



***Flexicurity e valorizzazione delle capability:
l'impulso alla ri-regolamentazione
del lavoro a termine***

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 97/2012

© Loredana Zappalà 2012
Dipartimento Scienze Sociali – Università di Catania
lzappala@lex.unict.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Flexicurity e valorizzazione delle capability: l'impulso alla ri-regolamentazione del lavoro a termine^α

**Loredana Zappalà
Università di Catania**

1. Premessa. Obiettivi e contenuti della regolazione e tendenze alla deregolamentazione	2
2. Il virus della flessibilità e le critiche all'employment protection legislation	4
3. La «pietra filosofale» delle politiche e del diritto del lavoro del nuovo secolo: la flexicurity	8
3.1. La flexicurity come "strategia politica" delle istituzioni comunitarie: sua ascesa e crisi.....	16
3.2. Quale« modernizzazione» del diritto del lavoro?	21
3.3. Ulteriori debolezze e fragilità della flexicurity veicolata dalle sole politiche	27
4. Dalla retorica della flexicurity al linguaggio delle capability: un modo nuovo di declinare la grammatica delle tutele	31
5. Il contratto a termine "liberalizzato" come rifugio regolativo inefficiente (e comunque insufficiente) di fronte alla crisi	36
5.1. (segue) I rimedi proposti: a) Il contratto unico a tutele progressive	37
5.2. La regolamentazione ossimorica del lavoro a termine nella riforma Fornero	41

^α Il presente lavoro costituisce il Cap. II del volume *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Giappichelli, Torino, 2012. Si ringrazia sentitamente l'editore per averne consentito la pubblicazione

1. Premessa. Obiettivi e contenuti della regolazione e tendenze alla deregolamentazione

Non è possibile studiare e capire l'evoluzione dei modelli di regolazione e delle tecniche di regolamentazione del lavoro a termine prescindendo dagli obiettivi perseguiti e dagli interessi sottostanti. Come è stato scritto, la crisi dell'inderogabilità «non è tanto crisi di tecnica regolativa, ma, essenzialmente, crisi di contenuti, o, se si preferisce, di eccedenza delle tecniche regolative invalidanti e sostitutive rispetto a contenuti che si suppongono superati o quanto meno non più bisognosi di quelle tecniche»¹. Se ciò è vero, di fondamentale importanza si rivela l'individuazione di «quali interessi sono presi in considerazione dall'ordinamento, quale valutazione e graduatoria viene compiuta, quale temperamento fra i diversi interessi è scelto, a quali interessi viene riconosciuta preminente dignità rispetto a quella di altri soggetti, ma anche quali interessi sono stati sacrificati o parzialmente disattesi, salvo riespandersi nella proiezione applicativa affidata soprattutto all'interpretazione giurisprudenziale»².

In proposito, è possibile immediatamente rilevare che la storia dei contratti con un termine finale di durata nell'ordinamento italiano rispecchia nel proprio codice genetico l'assunto secondo cui la regolamentazione di tale materia è stata, ed è tutt'oggi, ispirata a un compromesso fra l'interesse datoriale a utilizzare i contratti a termine per rendere più efficiente l'impresa o, più di recente, l'interesse alla diffusione di dette forme di flessibilità in chiave occupazionale, da una parte, e l'interesse alla sicurezza e alla stabilità lavorativa dei prestatori, dall'altra. L'obiettivo della legislazione lavoristica diretta a garantire la tutela della stabilità, intesa come «aspirazione del lavoratore a quel complesso di beni - professionalità, continuità, adeguatezza del reddito, prospettive di carriera – che sono indissolubilmente legati all'occupazione a tempo pieno e indeterminato»³, ha tuttavia assunto nella scienza giuridica giuslavoristica, tesa a difendere il «dover essere» della norma, un carattere talmente predominante da oscurare qualunque tentativo di riflessione sugli altri, pure presenti, obiettivi della regolazione sociale perseguibili in tale materia.

¹ Così C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2008, p. 347.

² Sul punto cfr. A. PERULLI, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2002, p. 235 ss.

³ M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, 1990, ora in B. CARUSO - S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, p. 75.

Come si vedrà nei capitoli che seguono, nel tempo, la regolamentazione dei contratti con un termine finale di durata, e in particolare la individuazione delle causali di ricorso al lavoro a tempo determinato, ha, più o meno consapevolmente, realizzato un bilanciamento mobile degli opposti interessi in gioco; il bilanciamento è avvenuto tenendo conto, non solo della necessità di riequilibrare gli squilibri di potere fra le parti e, in coerenza agli obiettivi dello Stato sociale, assicurare a tutti gli individui occasioni di reddito e di carriera, ma anche della opportunità di evitare comportamenti datoriali irrazionali e di correggere taluni «fallimenti del mercato». Il legislatore e, successivamente, la contrattazione collettiva, con tecniche e modalità che nel tempo sono andate adeguandosi alle nuove realtà produttive, hanno infatti operato una, più o meno consapevole, distinzione fra ipotesi, ritenute legittime, nelle quali il ricorso al lavoro a termine poteva ritenersi ispirato a criteri di razionalità nella gestione aziendale e, dunque, a comportamenti datoriali economicamente efficienti e ipotesi, da ritenersi illegittime, nelle quali, invece, l'utilizzo di forme temporanee di occupazione poteva potenzialmente produrre fallimenti del mercato e, pertanto, situazioni che, oltre a danneggiare i lavoratori interessati privati della sicurezza occupazionale, si sarebbero rivelate economicamente inefficienti per l'impresa o per il funzionamento del mercato del lavoro. La legislazione sul lavoro a termine, si pone in questa prospettiva funzionale, certamente non preminente, come un segmento della più generale normativa di razionalizzazione e trasparenza del mercato attraverso indicazioni di comportamenti razionali agli attori economici; la medesima *ratio*, cioè, della normativa a tutela della concorrenza.

Le diverse finalità della regolazione ascrivibile alla finalità di migliorare l'efficienza del funzionamento del mercato del lavoro, anche tramite aumento dei livelli occupazionali, in un *mix* di possibili combinazioni di obiettivi di natura economica e di politica sociale, è stato bene messo in evidenza in un interessante saggio di Mark Freedland di qualche anno fa⁴. Nell'ambito di una complessa riflessione sulla relazione fra politica occupazionale e diritto del lavoro, l'autore ha evidenziato come nella regolazione comunitaria si siano da sempre intrecciate molteplici e diverse finalità d'intervento.

Freedland rileva come tutta la storia del *European community employment law* sia stata collegata alla possibilità di legittimare l'intervento della Comunità in termini di politica economica e/o di politica

⁴ M. FREEDLAND, *Employment policy*, in P. DAVIES - A. LYON CAEN - S. SCIARRA - S. SIMITIS (a cura di), *European community labour law*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1996, p. 275 ss.

sociale⁵, ma allo stesso tempo sottolinea come il processo di giuridificazione del diritto del lavoro comunitario sia stato costantemente imbevuto anche da finalità di politica occupazionale non sempre coincidenti con le finalità di politica sociale: i due termini, infatti, non possono considerarsi sinonimi, poiché mentre scopo della politica sociale è la creazione di una rete di diritti minimi inderogabili, la politica occupazionale è sempre stata rivolta a perseguire obiettivi direttamente connessi alla regolamentazione e al controllo del mercato del lavoro e, in particolare, alla creazione e al mantenimento dell'occupazione e alla promozione della formazione professionale⁶.

In tale prospettiva, è possibile osservare come la regolamentazione dei contratti a termine, analizzata attraverso le doppie lenti del diritto nazionale, da una parte, e del diritto e delle politiche occupazionali comunitarie, dall'altra, costituisca un punto di osservazione privilegiato per evidenziare come la regolamentazione sia stata alternativamente ispirata, a seconda delle circostanze storiche e del contesto nazionale e/o comunitario di riferimento, sia da obiettivi di politica sociale, sia da obiettivi di politica occupazionale, nonché come tale regolamentazione sia stata, e sia ancora, in grado di fissare *standard* e/o assicurare una *job security* e/o una *employment security*. Una normativa definibile, pertanto, polifunzionale.

2. Il virus della flessibilità e le critiche all'employment protection legislation

L'indagine sugli obiettivi e sui contenuti della regolamentazione dei contratti con un termine finale di durata che si propone appare funzionale, in particolare, a fornire utili elementi di riflessione in merito a quegli «attacchi»⁷ provenienti dalla letteratura economica, ma anche da quella sociologica, che in nome della «ideologia» della flessibilità⁸ si sono

⁵ Cfr. M. FREEDLAND, *Employment policy*, cit., p. 287. In proposito v. pure G. MAJONE, *The European Community Between Social Policy and Social Regulation*, in *Jour. of common market studies*, 1993, 2, p. 153 ss.

⁶ Per un esempio sulla possibile non coincidenza fra obiettivi di politica sociale e obiettivi di politica occupazionale si rinvia anche a B. BERCUSSON, *La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali. Obiettivi e strumenti*, in *Lav. dir.*, 1991, p. 317 ss.

⁷ L'espressione è mutuata da R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2001, p. 4.

⁸ C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, Torino, 2012, in corso di pubblicazione; B. CARUSO, *Flexibility and labour law reforms in Italy*, in B. CARUSO - M. FUCHS (a cura di), *Flexibility in Employment and Labour Market Legislation in Europe: Comparing Italy and Germany*, Nomos-Giuffrè, Milano, 2004, p. 11 ss.; L. LAZZERONI, *Flessibilità e lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 371 ss.; M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1999, p. 9 ss. Sulla

infiltrati come un *virus* nel dibattito giuslavoristico: la legislazione protettiva è stata, infatti, accusata di influenzare in maniera negativa il funzionamento del mercato del lavoro, di rendere meno attraente per i datori di lavoro procedere a nuove assunzioni, di produrre distorsioni sulla stessa offerta di lavoro e di impedire al mercato di assestarsi su nuovi equilibri⁹. La regolamentazione delle modalità di apposizione di un termine al contratto di lavoro non è infatti sfuggita agli «attacchi» prima accennati, che hanno diffuso l'imperativo *no jobs for life*, in virtù del quale l'aumento dei lavori a termine dovrebbe considerarsi un fatto ineluttabile, oltre che benefico per l'efficienza dell'impresa e per il funzionamento del mercato e, in definitiva, per le statistiche occupazionali¹⁰.

L'«ideologia» della flessibilità trova fondamento su una lettura parziale della letteratura economico-organizzativa in materia di lavoro. A dire il vero, numerosi sono gli studi teorici rinvenibili nella letteratura economico-organizzativa degli anni ottanta che dimostrano come la flessibilità nasca quale esigenza dell'impresa che non può, tuttavia, prescindere dal temperamento con il bisogno di sicurezza per i lavoratori. Negli studi sulla «specializzazione flessibile» di Piore e Sabel del 1984, la flessibilità è considerata «la capacità di riprogettare continuamente il processo produttivo mediante una nuova disposizione delle sue componenti», sul presupposto che gli individui e le aziende siano pronti al cambiamento e che, comunque, «è importante porre dei limiti allo sfruttamento della manodopera non solo per fare della competizione uno stimolo alla innovazione, ma anche per mantenere all'interno della organizzazione la coesione necessaria per la flessibilità»¹¹.

necessità di combattere l' «ideologia della flessibilità» cfr. A. SUPLOT, *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003. V. pure L. MARIUCCI, (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006.

⁹ Il dibattito è, ovviamente, molto vasto e articolato su diverse posizioni, per alcuni riferimenti v. H. GIERSCH, *Euroscclerosis*, Institut für Weltwirtschaftsforschung, Università di Kiel, Discussion Paper n. 112, 1985; H. SIEBERT, *Labour rigidities: at the Root of Employment in Europe*, in *Jour.economic perspective*, 1997, p. 37 ss.

¹⁰ Cfr. P. AUER - S. CAZES, *Employment stability in an age of flexibility*, ILO, Geneva, 2003, p. 4; L. COSTABILE, *Riforme istituzionali e esiti economici: l'evoluzione della relazione di impiego e il ruolo del capitale umano specifico nell'esperienza italiana*, in *Ec. pol.*, 2002, p. 349; P. MINGUZZI, *Deregolazione del mercato del lavoro e occupazione: i nuovi dubbi dell'OCSE*, in *Soc. lav.*, 2000, p. 57.

¹¹ M.J. PIORE - C. SABEL, *Le due vie dello sviluppo industriale*, Isedi, Petrini Editore, Torino, 1987 (trad. it. di *The Second Industrial Divide*, Basic Books, 1984).

La cosiddetta «via alta» della flessibilità¹², proposta agli inizi degli anni ottanta, era già, pertanto, un possibile modello di *flexicurity*.

L'allontanamento e poi la successiva scomparsa degli aspetti di sicurezza dal concetto di flessibilità sono avvenuti solo successivamente, con il diffondersi degli studi economico-organizzativi della seconda metà degli anni ottanta di John Atkinson sulla *flexible firm*¹³, strutturata secondo il noto *core-periphery model*, che vede al centro dell'impresa un *core group* di lavoratori con contratto di lavoro a tempo pieno e di durata indeterminata. Attorno a questo *core group* vi sono poi dei *peripheral groups* la cui caratteristica determinante è quella di essere gestiti attraverso strategie ispirate alla flessibilità numerica – consistente nella libertà di assumere e licenziare *at will* – privi di qualsiasi forma di *job* o di *employment security*, di opportunità di carriera e di formazione, e a cui, sovente, è possibile pure applicare forme di flessibilità retributiva.

Sebbene questo modello d'impresa flessibile sia stato aspramente criticato nella letteratura economico-organizzativa¹⁴, il successivo dibattito sulla flessibilità promosso a seguito del rapporto su *Labour Market Flexibility* (OCSE, Paris, 1986) è stato profondamente influenzato dall'idea secondo la quale la flessibilità del lavoro, intesa quale flessibilità di assumere e licenziare, ma anche di variare orari e costi, sia un imperativo irrinunciabile per la competitività delle imprese e, di conseguenza, per migliorare le *performance* del mercato del lavoro¹⁵.

Questa idea di flessibilità, facendo riferimento a dati secondo i quali l'esistenza di una regolamentazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione (la cosiddetta *Employment Protection Legislation, EPL*) tende a ridurre il dinamismo del mercato del lavoro, aggravando le prospettive di lavoro delle donne, dei giovani e dei lavoratori più anziani, è dunque divenuta - negli anni novanta - egemone anche in ambito comunitario.

Le richieste di deregolamentazione dei mercati del lavoro caratterizzati dalla presenza di una *strict employment protection*

¹² C. TRIGILIA, *Sociologia economica*, Il Mulino, Bologna, 1998.

¹³ J. ATKINSON, *Manpower strategies for flexible organizations*, in *Personnel Management*, 1984, p. 28 ss.; ID., *Flexibility, uncertainty and Manpower strategy*, Report n. 89, Institute of Manpower Studies, Brighton, 1985; ID., *Flexibility or fragmentation? The United Kingdom labour market in the eighties*, in *Labour and Society*, 1987, 12, 1, p. 87 ss.; J. ATKINSON - N. MEAGER, *Is flexibility just a flash in the pan?* in *Personnel Management*, 1987, p. 26 ss.

¹⁴ A. POLLERT, *Dismantling flexibility*, in *Capital and Class*, 1988, n. 34, p. 42 ss.; A. POLLERT, *The Orthodoxy of Flexibility*, in A. POLLERT (a cura di) *Farewell to Flexibility?* Blackwell, Oxford, 1991, p. 3 ss.

¹⁵ Un contributo essenziale al dibattito internazionale su tali questioni proviene dal *Jobs Study* dell'Ocse del 1994 in cui è stata sottolineata l'importanza della flessibilità e della necessità di strategie di deregolamentazione del mercato del lavoro.

legislation si ripetono ormai da anni e sono contenute nei Reports di numerose istituzioni economiche internazionali¹⁶. Di recente, l'invito a una *revisione* della legislazione italiana in materia di lavoro è stato ribadito nella ormai famosa «lettera» che la Banca Centrale Europea ha inviato al nostro Governo¹⁷, dettando i presupposti economici e finanziari a cui era subordinato l'intervento a sostegno dei nostri titoli di Stato e che ha condotto, nell'arco di pochi mesi, all'adozione di ben due riforme che hanno profondamente modificato alcuni fondamentali aspetti della legislazione lavoristica, anche in materia di lavoro a tempo determinato¹⁸. Con la citata lettera, la BCE auspicava un rafforzamento della contrattazione aziendale nella definizione dei livelli salariali e delle condizioni di lavoro, nonché una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti dei lavoratori, prevedendo un sistema di assicurazione contro la disoccupazione e un insieme di politiche attive del lavoro tali da facilitare la ricollocazione dei lavoratori nelle imprese e nei settori più competitivi¹⁹.

Al di là di qualunque considerazione sull'*uso strumentale* della citata «raccomandazione» da parte del Governo italiano²⁰, l'ultima fase riformatrice cui si è assistito in Italia, viene valutata da alcuni autori come l'ennesimo effetto di «una sorta di "pensiero unico" che invita alla progressiva deregolamentazione dei rapporti di lavoro quale strumento indispensabile per garantire la crescita dell'occupazione in mercati più inclusivi, con invito agli stati nazionali ad adottare riforme che perseguono questi obiettivi»²¹.

¹⁶ Si veda, da ultimo, OCSE, *Rapporto Italia – Sintesi. Valutazioni e raccomandazioni*, 2011, www.oecd.org, p. 1 ss.; OCSE, *Employment Outlook – L'Italia a confronto con altri paesi*, 2011, www.oecd.org, p. 1 ss.2; BCE, *Labour Market Mismatches in Euro Area Countries*, 2002, www.ecb.int; BCE, *Banca Centrale Europea - Bollettino mensile – Gennaio*, 2007, www.bancaditalia.it pubblicazioni/bce, p. 5 ss.; BCE, *Banca Centrale Europea - Bollettino mensile – Settembre*, 2011, www.bancaditalia.it pubblicazioni/bce, p. 5 ss.

¹⁷ Il testo della lettera è reperibile sul sito www.corriere.it/economia del 30 settembre 2011.

¹⁸ Il riferimento è alla «manovra» di Ferragosto 2011 che ha prodotto l'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e, successivamente, alla cosiddetta «riforma Fornero» di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92.

¹⁹ Sui contenuti, e per una lettura critica, della lettera si rinvia A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 132/2011, p. 8 ss.; F. CARINCI, *"Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 138/2012, p. 5 ss. B. CARUSO - A. ALAIMO, *Diritto sindacale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 34 ss.

²⁰ Sul quale si rinvia a quanto scritto in maniera assolutamente condivisibile da A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8*, cit., p. 10 ss.

²¹ A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8*, cit., p. 11 ss. Sul punto v. pure la ricostruzione di D. ASHIAGBOR, *The European Employment Strategy: Labour Market Regulation and New*

A conferma del declino delle certezze assolute nella fase della grande depressione e della asseverata egemonia di pensieri autoproclamatisi o proclamati "unici" da altri, si stagliano ormai numerosi e non riassumibili in questa sede gli studi volti a confutare la fondatezza del citato «pensiero unico»²²; studi che rendono sicuramente più problematica una diretta e meccanica correlazione tra la protezione garantita dalla disciplina in materia di lavoro e aumento e/o diminuzione dei livelli di disoccupazione²³. Ciò ha indotto anche autorevoli esponenti delle istituzioni europee a prendere una esplicita posizione di dissenso sui potenziali eccessi della flessibilizzazione della normativa in materia di lavoro. In proposito, si è infatti affermato che «le riforme attuate (in Italia), diffondendo l'uso di contratti a termine, hanno incoraggiato l'impiego del lavoro, portando ad aumentare l'occupazione negli anni precedenti la crisi, più che nei maggiori paesi dell'area dell'euro; ma senza la prospettiva di una pur graduale stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari, si indebolisce l'accumulazione di capitale umano specifico, con effetti alla lunga negativi su produttività e profittabilità»²⁴.

3. La «pietra filosofale» delle politiche e del diritto del lavoro del nuovo secolo: la flexicurity

Negli anni novanta si è assistito al germogliare di approcci teorici finalizzati a bilanciare, dal punto di vista sociale, i rischi insiti al diffondersi di un modello sociale neo-liberista che lascia il lavoratore solo ad affrontare i rischi e le incertezze del mercato, ponendo le radici del

Governance, Oxford University Press, Oxford, 2005; L. ZOPPOLI, *Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation*, in *Dir. lav. mer.*, 2007, p. 597 ss.

²² Per una ricognizione della letteratura economica che dimostra come la regolamentazione del lavoro a termine produca anche effetti economici positivi sia sul funzionamento del mercato del lavoro, sia sul rapporto di lavoro, sia consentito rinviare a L. ZAPPALA, *Tra diritto e economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 171 ss.; v. pure R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 19 ss.; nonché di recente A. PERULLI - V. SPEZIALE, *L'articolo 8*, cit., p. 11 ss.

²³ V., di recente, T. BOERI - P. GARIBALDI, *Two tier reforms of Employment protection: a Honeymoon Effect?*, IZA Discussion Paper, 2005; R. LYARD - S. NICKELL - R. JACKMAN, *Unemployment. Macroeconomic Performance and the Labour Market*, Oxford University Press, Oxford, 2005; G. ESPING ANDERSEN, *Who is harmed by Labour Market Regulations? Quantitative Evidence*, in G. ESPING ANDERSEN - M. REGINI (a cura di), *Why deregulate Labour Markets?*, Oxford University Press, Oxford, 2000. Sulla parziale inaffidabilità dei dati proposti dalla letteratura economica sugli effetti della legislazione protettiva in materia di lavoro, cfr. R. ARTONI - M. D'ANTONI - M. DEL CONTE - S. LIEBMAN, *Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study*, Legal Studies Research Paper Series n. 06-11, Institute of Comparative Law "Angelo Sraffa" (I.D.C.), Università Bocconi, 2011.

²⁴ M. DRAGHI, *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, *Lezione magistrale* tenuta in Ancona il 5 novembre 2010, www.bancaditalia.it, p. 1 ss.

dibattito politico-teorico che ha poi condotto all'elaborazione di strategie politiche e regolative, dapprima comunitarie e poi nazionali, ispirate alla cosiddetta *flexicurity*.

Nel suo esordio la *flexicurity* rappresenta la traduzione in un concetto, a scarsa pregnanza giuridica, di una serie di indicazioni sul piano soprattutto delle politiche del lavoro; come meglio si vedrà, essa contiene dentro di sé le stigmate della filosofia del nuovo modello di regolazione europea che tende a sostituire le politiche agli strumenti *hard* del diritto, in gergo europeo a sostituire l'armonizzazione coesiva attraverso il diritto con strumenti di regolazione *soft*.

Non è un caso che il concetto viene elaborato nei laboratori eurocontinentali delle scienze economico-sociali e non nei *law department*. Quel che subito va rilevato, come più in dettaglio si dirà, è che il concetto non pone in essere soltanto una crisi fra politiche e obiettivi differenziati (flessibilità e sicurezza), e pure convergenti e sincronizzati; ma amplia e diversifica anche le tecniche e gli strumenti di intervento attraverso le politiche del lavoro, che vanno ripensate secondo una metodologia non solo passiva, ma anche attiva e proattiva.

Un primo approccio che, senza dubbio, ha costituito il brodo di coltura dell'elaborazione comunitaria della nozione di *flexicurity* è rappresentato dalla teoria dei *transitional labour markets* (TLM) di Gunther Schmid²⁵. Secondo tale approccio teorico, in una società in cui il lavoro subordinato non è più capace di proteggere i lavoratori dai rischi connessi alla perdita del lavoro e, di conseguenza, dai pericoli di esclusione sociale, i *transitional labour markets* rappresentano quei meccanismi sociali istituzionalizzati in grado di accompagnare e sostenere i lavoratori durante tutto il loro percorso lavorativo, evitando che nel passaggio da uno stato di occupazione a un altro, il lavoratore cada in una situazione di povertà, veda svalutate le proprie competenze professionali, si avvii verso un progressivo percorso che lo conduca all'esclusione della società attiva²⁶. La complessità di attivazione e

²⁵ G. SCHMID, *Transitional Labour Markets: A New European Employment Strategy*, Discussion Paper FS I 98-206, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 1998; G. SCHMID, *Transitional Labour Markets. A new European Employment Strategy*, in B. MARIN - D. MEULDERS - D. SNOWER (a cura di), *Innovative Employment Initiatives*, Ashgate, Aldershot, 2000, p. 223 ss.; G. SCHMID - B. GAZIER (a cura di), *The dynamics of full employment: social integration through transitional labour markets*, Edward Elgar, 2002.

²⁶ Le «transizioni» prese in considerazione nella teoria citata possono essere di diverso tipo: può trattarsi della transizione dal mondo della scuola al mondo del lavoro, da un lavoro più o meno qualificato ad un altro o ad un lavoro autonomo o ancora ad un periodo di formazione, da un periodo di occupazione ad un periodo «transitorio» di disoccupazione (supportato da sussidi pubblici), da una occupazione *full-time* ad una *part-time* e viceversa, da un periodo di dedizione ad un lavoro di familiare ad una attività lavorative retribuita, ecc.

funzionamento dei *transitional labour markets* presuppone articolate strategie di *partnership* fra i diversi *policy-makers*, le aziende, i sindacati e le istituzioni pubbliche.

Il funzionamento dei mercati del lavoro transizionali presuppone, dunque, meccanismi di protezione sociale e politiche del mercato del lavoro dirette a facilitare le transizioni. Questa prospettiva ribalta alcuni dei tratti caratteristici del *dna* dei sistemi di diritto del lavoro continentali: i sistemi di protezione sociale non sono più direttamente finalizzati a preservare il lavoro dalle dinamiche di mercato e, più precisamente, a separare le *chance* di vita di lavoratori e lavoratrici dagli incerti successi sul mercato del lavoro; scopo di essi, piuttosto, è rendere meno aleatorio il destino occupazionale individuale, in un contesto nel quale i meccanismi di regolazione di mercato riprendono il sopravvento²⁷.

Un secondo approccio teorico che ha poi ispirato, in maniera complementare, l'elaborazione comunitaria della nozione di *flexicurity* è costituito dal Rapporto Supiot del 1999²⁸. E' con il rapporto Supiot che i giuristi, inizialmente al margine dell'elaborazione di un concetto a gravidanza giuridica debole, in qualche modo se ne appropriano collegandovi anche proposte di regolazione e esperimenti di nuove tecniche di regolamentazione ispirate a quello che ambisce ad essere, sin dall'inizio, nel dibattito tra i giuristi, un nuovo paradigma.

Secondo Supiot, «la questione fondamentale che si pone oggi non è più quella della flessibilizzazione (già largamente prevista da quasi tutte le legislazioni europee), ma quella della armonizzazione di questi nuovi imperativi di libertà nel lavoro con il bisogno non meno importante che hanno tutti i lavoratori di far affidamento sulla lunga durata di un autentico *status* professionale che possa permettere loro di liberare in modo equo la propria capacità d'iniziativa individuale». Da qui, l'esigenza di investire efficacemente in forme di «sicurezza attiva», nonché nell'aggiornamento continuo delle competenze delle persone, per aiutarle a far fronte ai rischi occupazionali, alle incertezze del mercato e ai pericoli di alterazione della loro capacità di guadagno e di sostentamento. Anche in questo caso, dunque, assunta la necessità di flessibilità come dato incontrovertibile, l'idea forte di tale approccio si basa sul presupposto secondo cui lo statuto protettivo del diritto del lavoro dovrebbe tendere a «garantire la continuità di una traiettoria piuttosto che la stabilità degli impieghi».

²⁷ R. PEDERSINI, *Quale flexicurity? Studi e politiche su flessibilità e sicurezza nel lavoro*, in *Soc. lav.*, 2009, p. 125 ss.

²⁸ A. SUPIOT, *Il futuro del lavoro*, cit., p. 43 ss.

Pare evidente in questa riflessione, l'intenzione di focalizzare la regolamentazione del lavoro *oltre* il rapporto di lavoro *standard* per agganciarvi tutela passive, per ricalibrarla *nel* mercato del lavoro, in funzione anche di stimolo non all'ottenimento di un'occupazione qualunque, ma a un lavoro decente e possibilmente appagante; un lavoro, cioè, a misura anche di personali bisogni di chi domanda e non soltanto offre lavoro²⁹.

E tuttavia, l'elaborazione del concetto di *flexicurity* in questa fase rimane appannaggio soprattutto degli scienziati sociali, che lo mettono a punto allo scopo di innestarvi soprattutto politiche del lavoro, prima ancora che interventi di regolamentazione giuridica che ad esse si ispirano.

L'idea di fondere le questioni connesse alla sicurezza sociale con le politiche attive del lavoro viene, in particolare, sviluppata in Olanda a partire dal 1994 con l'avvento del Governo guidato da Wim Kok, che attraverso il noto slogan «*Jobs, jobs and jobs!*» diede avvio ad un nuovo modo di declinare la flessibilità alla luce delle questioni connesse alla sicurezza. In quegli anni, in Olanda, si avvertì l'esigenza di trovare una strada alternativa alla deregolamentazione; così nel dicembre del 1995, l'allora Ministro degli affari sociali e del lavoro, Ad Melkert presentò un *Memorandum* dal titolo «Flessibilità e sicurezza» (*Flexibiliteit en Zekerheid*) in cui si individuavano una serie di proposte orientate a riconciliare i due termini dell'endiadi (per es. migliorando le garanzie e le tutele per i lavoratori temporanei, ecc.), poi sviluppate dalla successiva legislazione e da una vasta serie di accordi collettivi³⁰. Nei medesimi anni, proprio quando i fautori del liberalismo professavano la crisi irreversibile del modello di *welfare* scandinavo, pure nella vicina Danimarca si diede vita ad un modello economico-sociale ispirato alla *flexicurity*. Anche l'esperienza danese, caratterizzata da una combinazione virtuosa fra stabilità macroeconomica, crescita e protezione sociale, si è dunque rilevata particolarmente significativa contribuendo, pure in questo caso, a smentire l'idea di un necessario *trade-off* tra economia competitiva e solidarietà sociale³¹.

²⁹ In questa prospettiva v. M. FREEDLAND - N. KOUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2005, p. 557 ss.; nonché A. ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 7 ss.

³⁰ T. WILTHAGEN, *A New Paradigm for Labour Market Policy Reform? Flexicurity Research Programme* FXPaper Nr. 1, OSA/Institute for Labour Studies, Tilburg University, 1998, p. ss.

³¹ P.K. MADSEN, *The Danish Model of Flexicurity: a Paradise - With Some Snakes*, in H. SARFATI . G. BONOLI (a cura di), *Labour Market and Social Protection Reforms in International Perspective*, Ashgate, Aldershot, 2002, p. 243. Sul modello danese v. l'analisi di C. STRØBY JENSEN, *The flexibility of flexicurity: the danish model reconsidered*, in *Economic ind.*

La prima elaborazione teorica compiuta della nozione di *flexicurity* si deve, in particolare, all'olandese Ton Wilthagen, che ne ha messo in luce soprattutto alcuni aspetti sincronico/procedurali. In tal senso, la *flexicurity* è stata definita «una strategia politica che tenta, in maniera *sincronica e coordinata*, di aumentare la flessibilità del mercato del lavoro, dell'organizzazione e delle relazioni di lavoro, da una parte, e di aumentare la sicurezza – la *employment security* e la *social security* – dei gruppi più deboli dentro e fuori il mercato del lavoro, dall'altra»³². I tratti salienti di tale definizione rinviano ad un elemento di sincronizzazione delle politiche, alla condivisione dell'azione, aperta al confronto, alla ponderazione e alla disputa di più attori a vario livello (ad es. *partners sociali*).

La *flexicurity*, nella sua originaria definizione, prescinde pertanto da elementi di assoluta novità contenutistici e sostanziali. La novità starebbe, invece, nella combinazione procedurale, di tipo temporale e metodologico, di politiche in qualche modo tradizionali sino allora considerate giustapposte, se non contrapposte, che oggi dovrebbero essere attuate in modo sincronico e coordinato. Appare, tuttavia, evidente che il nuovo approccio metodologico finisce per avere delle immediate ricadute anche sul piano contenutistico sostanziale e conseguentemente anche sul piano della regolamentazione giuridica. Il metodo della *flexicurity*, sotteso alle politiche, implica infatti l'apertura di un canale di collegamento tra tutela giuridica nel rapporto e nel mercato; cioè una visione integrale di sicurezza riferita sia al rapporto di lavoro (*employment security*) ma anche al mercato del lavoro (*social security*) con particolare riferimento alla *social exclusion*: la protezione dei «gruppi più deboli» presenti nel mercato del lavoro o al di fuori di esso (i c.d. *weaker groups*)³³.

Ma mentre tutto ciò si snoda, con una certa chiarezza, sul piano della rielaborazione del paradigma socio-economico del concetto, che detta, nelle esperienze europee continentali più avanzate, conseguenti

Democracy, 2011, p. 721 ss. Per un recente ricognizione di alcune esperienze europee significative v. T. BERGLUND - B. FURÅKER, *Flexicurity Institutions and Labour Market Mobility*, in *Intern. jour. comp. lab. law ind. relations*, 2011, p. 111 ss.

³² T. WILTHAGEN - R. ROGOWSKI, *Legal Regulation of Transitional Labour Markets*, in G. SCHMID - B. GAZIER (a cura di), *The Dynamics of Full Employment: Social Integration through Transitional Labour Markets*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002, p. 250 ss.; T. WILTHAGEN - F. TROS, *The concept of « flexicurity » a: new approach to regulating employment and labour markets*, Flexicurity Research Paper FXP 2003 – 3, OSA/Institute for Labour Studies, Tilburg University, 2004, p. 17 ss.; A. TANGIAN, *European flexicurity: concepts, methodology and policies*, in *Transfer*, 2007, p. 551.

³³ B. CARUSO - C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Dir. lav. mer.*, 2007, p. 457.

politiche, esso trova maggiori difficoltà a trasformarsi in una conseguente regolamentazione tecnico-giuridica "esportabile" al di fuori di quei contesti. Come si vedrà, sia nell'esperienza europea, sia nei contesti nazionali, la *flexicurity*, pur delineando dal punto di vista concettuale, sociologico ed economico, un potenziale virtuoso *mix* di politiche, non è del tutto riuscita a "condensarsi" in maniera chiara in modelli di regolamentazione giuridica pregnanti, in grado di orientare concretamente gli interventi di ri-regolamentazione nazionali. E' come se il paradigma del diritto del lavoro classico, basato sulle tutele rigide del rapporto di lavoro *standard* avesse avuto difficoltà a seguire sul versante della regolamentazione e del suo necessario rinnovamento, i sinuosi percorsi delle politiche ispirate alla *flexicurity*, soprattutto in quei contesti nazionali, come l'Italia, in cui la centralità del rapporto di lavoro *standard* e le sue tecniche di tutela (la norma inderogabile di legge) mostrano, per ragioni storiche, istituzionali e culturali, una resistenza maggiore.

E, comunque, a partire dagli anni novanta, un po' in tutta Europa, sembra sempre più condivisa l'idea che le tradizionali politiche redistributive siano divenute eccessivamente costose e per questo la loro attenzione vada progressivamente spostata verso *l'investimento* nelle capacità degli individui, ciò al fine di far sopravvivere i sistemi di *welfare* in un contesto caratterizzato da una competizione regolativa internazionale sempre più intensa. Tale modello di «solidarietà competitiva» aspirerebbe a realizzare un'uguaglianza degli individui nelle dotazioni iniziali, vale a dire una garanzia della occupabilità e dello sviluppo del capitale umano. L'obiettivo sarebbe quello di garantire più che una *job security*, una *employment security*, come forma di «egualitarismo dal lato dell'offerta»³⁴.

Gli anni novanta, come si è visto³⁵, sono così contrassegnati dal tentativo, sul versante delle politiche, di riequilibrare la fondamentale asimmetria fra integrazione negativa e positiva dei sistemi sociali di *welfare state*. In questo quadro, lo Stato-nazione ha devoluto quote crescenti di sovranità - sull'economia, la moneta, il mercato - all'Unione Europea, dando vita al contempo a una fase di crescente di «denazionalizzazione» del diritto del lavoro. Anche se non può individuarsi un nesso di causalità immediata e diretta tra mutamento del paradigma socio economico in chiave di *flexicurity* e mutamenti del paradigma giuslavoristico, la dottrina italiana più avvertita sembra anticipare, sul piano teorico, quelle che possono essere considerate

³⁴ Così W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000, p. 3 ss.

³⁵ V. *infra* cap. I.

nuove linee di tendenza del diritto del lavoro nazionale. Questo avviene man mano che si accentua il processo di integrazione sovranazionale che produce la conseguenza di una maggiore ibridazione con il diritto comunitario del lavoro, il quale, a sua volta, va assumendo i tratti fisiognomici delle esperienze nazionali in cui la *flexicurity* trova maggiori consensi e successi. Con riguardo al versante italiano gli effetti maggiori, negli anni novanta, si producono sul *format* dottrinale che subisce una vera e propria influenza comparativa (un vero e proprio processo di *contaminazione* indotta dalle dinamiche di integrazione europee)³⁶.

Sotto l'influsso delle dinamiche d'integrazione sovranazionale, la dottrina italiana più preminente constata, infatti, che il diritto del lavoro, sul piano dei contenuti, è divenuto sempre più «post-occupazionale», non essendo più calibrato solo sulle esigenze degli occupati stabili; nonché «post-materiale»³⁷, non guardando «più solo ai bisogni materiali del lavoratore *standard*, concepito astrattamente come parte debole nel contratto e soggetto a rischio di fronte ai poteri della gerarchia organizzativa dell'impresa, ma attribuendo rilievo crescente al lavoratore in carne e ossa, come persona portatrice di una propria identità, fatta di istanze di uguaglianza, ma anche di differenze che chiedono di essere rispettate».

La consapevolezza che la promessa della piena occupazione nel lavoro subordinato stabile si rivelava sempre meno esigibile, iscrive di prepotenza nell'agenda del diritto del lavoro, sovranazionale, ma anche nazionale, temi nuovi, in cui il lavoratore viene preso in considerazione come soggetto che si *muove* nel mercato del lavoro. Fino agli anni ottanta, il mercato del lavoro era stato prevalentemente preso in considerazione nella sua dimensione di "contesto" delle relazioni che precedono l'assunzione o che seguono il licenziamento, e dunque come terreno di intervento pubblico, con il lavoratore in veste di «utente» di servizi ed erogazioni collaterali rispetto all'occupazione stabile. Nel quadro dei profondi mutamenti degli anni novanta, l'attenzione sul lavoratore come soggetto che *transita* nel mercato del lavoro diviene

³⁶ M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia, 2000; B. CARUSO, *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. 2, 2005, p. 501 ss.

³⁷ Le citazioni sono tratte da M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, ora in B. CARUSO - S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 221 ss.; v. pure T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 467 ss. Sulla concezione statuale della nazione in chiave sociale e culturale, ispirata a un'idea di solidarietà, ossia alla diminuzione delle disuguaglianze sociali e dell'esclusione e sulla crisi di tale concezione v. A. TOURAINE, *Libertà, uguaglianza, diversità. Si può vivere insieme?*, Il Saggiatore, Milano, 1998, p. 244 ss.

quindi centrale, secondo la lucida analisi di D'Antona³⁸, insieme alle modalità per sostenere l'offerta di professionalità, e dunque l'«impiegabilità» del lavoratore, «attraverso la formazione e l'aggiornamento professionale, l'informazione capillare e tempestiva, e anche attraverso la costruzione di nuove forme contrattuali, dirette a regolare non una determinata prestazione di lavoro, ma l'impiego del medesimo lavoratore in più attività e in più forme di lavoro in un certo arco temporale (come il *contrat de activité*) entro una cornice negoziata e condivisa, fatta a un tempo di certezze e di aleatorietà»³⁹.

La migliore dottrina lavoristica coglie, dunque, gli elementi di novità connessi al paradigma della *flexicurity* nella compiuta, e quasi isolata, elaborazione teorico-giuridica che circola nel periodo, quella di Alain Supiot⁴⁰.

³⁸ Un intervento incisivo verso un potenziamento di tale prospettiva è tuttavia chiaramente rinvenibile in ambito sovranazionale agli inizi degli anni novanta, in cui si inseriscono due importanti interventi della Comunità posti in essere con il Libro Verde su *La Politica Sociale Europea* del novembre 1993 e con il ben più noto Libro Bianco su *Crescita, competitività e occupazione* del dicembre del medesimo anno che, definitivamente, portavano il problema occupazionale alla ribalta del dibattito europeo. Il Libro Bianco, in particolare, evidenziava come il mercato del lavoro fosse divenuto «meno flessibile per il sommarsi di misure frammentarie volte a ridurre il tasso di disoccupazione». Tutte le parti interessate erano così chiamate a riesaminare queste misure per eliminare gli ostacoli all'occupazione, e in questa luce accrescere le dosi di flessibilità. L'invito al «riesame» delle rigidità non si trasformava mai in un invito ad una «totale liberalizzazione del mercato del lavoro», poiché comunque l'obiettivo del Libro Bianco – solo parzialmente deregolativo – era quello di trovare una soluzione strategica innovativa a lungo termine. Il dilemma di una politica occupazionale plasmata sui soli obiettivi economici della competitività o su quelli redistributivi di opportunità e di *standard* di vita qualitativamente accettabili, veniva ricondotto a un'unicità di linguaggio già qualche mese dopo con il Libro Bianco su *La Politica Sociale Europea, Uno Strumento di progresso per l'Unione* del 1994 che preludeva, nelle linee di indirizzo e nei contenuti, la strategia occupazionale che nello stesso anno sarebbe stata varata al Consiglio europeo di Essen. Integrazione sociale ed economica, competitività e progresso sociale erano due facce della stessa moneta e dovevano fondersi in un'unica strategia occupazionale. Nel proseguire e ampliare la strategia occupazionale descritta nei documenti prima citati, durante il Consiglio europeo di Essen del dicembre 1994 si è così evidenziata la necessità di promuovere l'occupazione e la parità di opportunità tra donne e uomini, in particolare, tramite l'adozione di misure dirette a realizzare una «organizzazione del lavoro più flessibile, che risponda sia ai desideri dei lavoratori sia alle esigenze di competitività».

³⁹ Cfr. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo*, cit., p. 221.

⁴⁰ Il cosiddetto rapporto Supiot, su *Trasformazioni del lavoro e il futuro della regolazione del lavoro in Europa* preparato per la Commissione europea, è stato presentato per la prima volta a Madrid nel 1998. Il rapporto è stato pubblicato dapprima nel 1999 in francese ed è stato recentemente tradotto pure in italiano, v. A. SUPIOT, *Il futuro del lavoro*, cit.

3.1. La flexicurity come "strategia politica" delle istituzioni comunitarie: sua ascesa e crisi

Nel contesto europeo, l'idea di ripensare le tradizionali logiche di organizzazione del lavoro è "ufficialmente" presentata dalle istituzioni comunitarie in un apposito Libro Verde del 1997 su *Partnership for a New Organization of work*⁴¹. Tramite il dialogo fra tutte le parti coinvolte nel cambiamento, il citato Libro Verde poneva l'accento sulla necessità di realizzare un'impresa flessibile la cui organizzazione fosse fondata su tre fondamentali presupposti: *high skill, high trust, high quality*.

E' in questa fase e in quella sede che, per la prima volta, la *flexicurity*, sino ad allora oggetto di produzione dei laboratori di ricerca scientifica e di politiche nazionali, fa il suo ingresso nel lessico comunitario⁴², quale necessità di «bilanciamento fra flessibilità e sicurezza»: in questa fase, si comincia così ad affermare l'idea che l'incertezza che può essere prodotta dalla realizzazione di nuovi modelli organizzativi di lavoro che richiedono una maggiore adattabilità dei lavoratori debba essere compensata con una maggiore sicurezza offerta in termini di soddisfazione, di sviluppo delle competenze professionali dei prestatori che consentano una futura, ma certa, prospettiva di occupabilità dei lavoratori medesimi, nonché la possibilità di soddisfare il bisogno di questi ultimi di riconciliare i tempi di lavoro con i tempi di vita e con le responsabilità familiari⁴³. La *flexicurity* è così trasfusa in alcuni importanti «formanti» del processo di comunitarizzazione⁴⁴: il formante legislativo *soft*, il dialogo sociale, ma soprattutto quello delle politiche occupazionali, che attraverso la nuova tecnica del *Metodo aperto di coordinamento* ha dato avvio ad un meccanismo di induzione di processi di convergenza delle politiche nazionali, per mimesi (l'esportazione delle *best practices*) o per *moral suasion*.

Attraverso i predetti formanti la *flexicurity* è così stata elevata a principio ispiratore delle politiche del lavoro sovranazionali, incuneandosi lentamente nei *dna* degli ordinamenti degli Stati membri, attraverso un processo di *insinuazione* prima del *format* dottrinario, poi nelle proposte di regolamentazione *tout court* (il bilanciamento fra flessibilità e sicurezza

⁴¹ Commissione delle Comunità Europee, *Partnership for a New Organization of work, Green Paper*, COM (97) 126 def. del 16 aprile 1997.

⁴² V. R. ROGOWSKY, *La flexicurity come idea centrale del Modello sociale europeo*, in *Rivista pol. soc.*, 2009, p. 143 ss.

⁴³ Commissione delle Comunità Europee, *Partnership for a New Organization of work*, cit., p. 11 ss.

⁴⁴ Cfr., da ultimo, B. CARUSO - M. MILITELLO, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 94/2012.

è, infatti, obiettivo delle tre direttive sui lavori flessibili⁴⁵, ma anche nella direttiva sull'orario di lavoro⁴⁶). Il paradigma fa così il suo ingresso nella identità del diritto del lavoro e nel lessico giuslavoristico sovranazionale.

A partire da questo momento, con una tecnica che è stata definita di «metonimia comunitaria»⁴⁷, la necessità di una regolamentazione dei lavori *atipici*, fra cui anche il lavoro a termine, viene inglobata nel dibattito comunitario sulla flessibilità del lavoro e nel più ambizioso obiettivo cui sono rivolte le politiche occupazionali. In quegli anni, occupabilità, adattabilità, imprenditorialità e pari opportunità diventano parole chiave di una nuova strategia coordinata per le politiche nazionali dell'occupazione, i cui tratti caratteristici e le modalità d'azione vengono meglio definiti nel nuovo titolo sull'occupazione introdotto con il Trattato di Amsterdam⁴⁸, nonché nel Consiglio europeo straordinario sull'occupazione, tenutosi a Lussemburgo il 20-21 novembre del 1997⁴⁹.

Attraverso un lento processo di osmosi e ibridazione reciproca e continua tra ordinamento comunitario e ordinamenti giuridici nazionali, si è tentato progressivamente di elaborare un modello di lavoro «adattabile», ispirato alla flessibilità mite o equilibrata⁵⁰. Sul piano dei contenuti, il tentativo, ancorché faticoso, presuppone il contemperamento fra flessibilità per le imprese e sicurezza per i prestatori di lavoro, riconciliare le esigenze della vita lavorativa con i bisogni della vita

⁴⁵ Sul punto sia consentito rinviare a L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in S. SCIARRA - B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO, (diretto da) *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 309 ss.

⁴⁶ G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 169 ss.

⁴⁷ S. SCIARRA, *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 369 ss.

⁴⁸ Su cui v. SCIARRA, *The Employment Title in the Amsterdam Treaty. A Multi-language Legal Discourse*, in D. O'KEEFE - P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issue of Amsterdam Treaty*, Hart Publishing, 1999, p. 157 ss.

⁴⁹ La letteratura sulla strategia europea per l'occupazione è vastissima, per alcuni riferimenti v. D. ASHAGBOR, *The European Employment Strategy*, cit.; S. VELLUTI, *La costituzionalizzazione di nuove forme di EU governance. La strategia europea per l'occupazione e la sua implementazione tramite il metodo di coordinamento aperto*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, p. 431 ss.; C. DE LA PORTE - P. POCHET, *The European Employment Strategy: existing research and remaining questions*, in *Journal of European Social Policy*, 2004, p. 71 ss.; S. KLOSSE, *The European Employment Strategy: which way forward?* in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2005, pp. 5 ss.; A. WATT, *Reform of European Employment Strategy after five years: a change of course or merely of presentation?* in *European Journal of Industrial Relations*, 2004, p. 117 ss.; J. GOETSCHY, *The European Employment Strategy*, cit., p. 59 ss.

⁵⁰ Cfr. B. CARUSO, *Alla ricerca della «flessibilità mite»: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 2, p. 141 ss. Sul punto v. anche D. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *Lav. dir.*, 2007, n. 2, p. 327 ss.

familiare, rimuovere le discriminazioni di genere, ma anche quelle fra lavoratori *standard* e lavoratori flessibili, e, in ultima analisi, promuovere la creazione di un lavoro flessibile di «qualità»⁵¹.

Con riguardo particolare, all'analisi dell'evoluzione della regolazione del lavoro a termine nell'ordinamento comunitario, si rileva come, nel corso dell'ultimo decennio, questo sia stato oggetto del processo di «*cross fertilization*»⁵² che ha veicolato lo sviluppo di politiche del lavoro che presuppongono una "crasi" di obiettivi diversi e fra loro apparentemente contrapposti: flessibilità e sicurezza; "crasi" di obiettivi, contenuti e interessi che ha condotto, a partire dalla metà degli anni novanta, all'adozione di politiche e di interventi legislativi ispirati alle ossimoriche strategie di *flexicurity*. La *flexicurity* nel lessico delle politiche europee diviene, insieme, un orientamento di politica del lavoro, un modello normativo di regolazione, ma anche un possibile nuovo paradigma scientifico del diritto del lavoro sovranazionale, al di là della sua tradizionale struttura univocamente protettiva. «La genesi del concetto si radica nei modelli nazionali (non del tutto analoghi) danese e olandese; da lì muove e, con un evidente effetto, appunto, di *cross fertilization*, che influenza - vale a dire - le politiche delle istituzioni di *governance* europea, le quali producono, a loro volta, *input* "irritanti" sui modelli nazionali di regolazione che reagiscono riflessivamente»⁵³.

Si è trattato di interventi che in una prima fase, come detto, si sono mossi lungo l'asse delle politiche del lavoro, ma che già dalla seconda metà degli anni novanta hanno ispirato e si sono concretizzati anche in alcuni importanti direttive, come appunto quella in materia di lavoro a tempo determinato. Nonostante la *flexicurity* sia stata, dunque, declinata nel linguaggio delle politiche e in quello dei diritti, è tuttavia

⁵¹ Il dibattito su occupazione e flessibilità del lavoro, dopo il Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000, si è poi intrecciato con il tema della «qualità» del lavoro. A Lisbona, infatti, è emerso un obiettivo strategico nuovo ed ambizioso per l'Unione: modernizzare il modello sociale europeo investendo nelle persone e costruendo uno stato sociale attivo. In questa prospettiva, la flessibilità, qualora intesa come precarietà, incertezza, posto di lavoro mediocre, si poneva in contrasto con gli obiettivi del lavoro di qualità e diviene, dunque, un fenomeno da scongiurare.

⁵² Sulla teoria della «*cross fertilization*» v. B. CARUSO, *I cambiamenti nei luoghi di lavoro e il dialogo tra giuslavoristi nel "villaggio globale"*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione, Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 244 ss.; M. BARBERA - B. CARUSO, *The contribution of Italian labour law scholarship to the theories on European integration*, J. Monnet Working Paper, 2007, n. 11, NYU; nonché W. VAN GERVEN, *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law*, in D. O'KEEFE (a cura di), *Judicial Review in European Union Law*, Kluwer Law International, The Hague, London-Boston, 2001, p. 435 ss.

⁵³ B. CARUSO - M. MILITELLO, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 94/2012.

accaduto che dalla fine del secolo scorso, nella successiva elaborazione delle politiche e degli obiettivi ispirati alla *flexicurity* medesima, la Commissione europea abbia del tutto omesso di confrontarsi con una nozione che, tramite soprattutto l'intervento della Corte di Giustizia, si andava progressivamente riempiendo di "contenuti normativi" pregnanti. In tutti i documenti della Commissione sulla *flexicurity*, infatti, manca qualsiasi riferimento alla centralità del lavoro a tempo determinato come forma *normale* dei rapporti di lavoro, come anche alla necessità di evitare gli abusi nell'utilizzo dell'istituto. Nonostante, vale a dire, il processo di integrazione europea tramite il diritto si stesse consolidando - grazie soprattutto al ruolo di catalizzatore della Corte di Lussemburgo⁵⁴ - intorno a un nucleo duro di strumenti operativi per bilanciare *concretamente* flessibilità e sicurezza, i documenti della Commissione sulla *flexicurity* continuano a rimanere "sordi", rifiutandosi di confrontarsi con un modello di lavoro flessibile che invece si andava ad affermare prepotentemente nel diritto giudiziario e che, *in action* (tramite la regolamentazione, che si vedrà differenziabile, ma al tempo stesso ispirata ad alcuni principi e diritti fondamentali da assicurare ai lavoratori a termine), si è spesso rivelato in grado di operare un vero e proprio bilanciamento fra flessibilità e sicurezza.

Tratto saliente dell'evoluzione delle politiche sovranazionali in materia di *flexicurity* è quindi il mancato confronto con le dinamiche di integrazione attraverso il diritto, e dunque la promozione di un modello di *flexicurity* che, di fatto, ha rifiutato di confrontarsi con le concrete modalità della regolamentazione, con i suoi vincoli, con i suoi limiti, e soprattutto con il catalogo di principi, valori e diritti fondamentali delle tradizioni costituzionali nazioni e del nuovo ordinamento sovranazionale *in fieri*. Questo mancato confronto segnerà il limite delle citate politiche, la loro intrinseca debolezza e, in ultima analisi, la loro inevitabile ineffettività.

In particolare, le politiche della Commissione in materia non sempre si sono mosse all'insegna di una stessa linea ispiratrice, alternando primi bilanci⁵⁵ e fasi di rilancio⁵⁶, oscillando tra proposte

⁵⁴ Su cui v. *infra* cap. III.

⁵⁵ Cfr. *l'Impact Evaluation of the European Employment Strategy 2002* (cfr. pure il COM(2002) 416 def. del 17 luglio 2002, *Bilancio di cinque anni della Strategia Europea per l'Occupazione*), nel quale la Commissione ha riconosciuto il parziale fallimento delle politiche dettate nell'ambito del pilastro dell'adattabilità, volte a modernizzare l'organizzazione del lavoro tramite un giusto temperamento fra flessibilità e sicurezza, cfr. p. 27 e 233 ss.

⁵⁶ COM(2003) 6 def. del 14 gennaio 2003, *Il futuro della strategia europea per l'occupazione (SEO)*, «Una strategia per il pieno impiego e posti di lavoro migliori per tutti», in cui si «ristrutturazione» degli orientamenti per l'occupazione individuando tre obiettivi generali della strategia: piena occupazione, qualità e produttività del posto di lavoro, coesione e

ambiguamente volte a favorire la flessibilità dal lato della domanda e altre finalizzate a mitigare la flessibilità medesima per renderla compatibile con l'offerta proveniente dai lavoratori⁵⁷.

Un incrocio di proposte, dunque, spesso di segno diverso, non del tutto amalgamate e neppure sincroniche: l'opposto dell'effetto "crasi" insito, invece, nel paradigma della *flexicurity*.

Nonostante i tentativi di rilancio della strategia di Lisbona e il perseguimento di un reale bilanciamento fra flessibilità e sicurezza, è tuttavia parso «innegabile che l'effetto di trascinamento nei confronti dei paesi meno virtuosi sia stato modesto e che i piani nazionali raramente siano stati l'occasione per un ri-orientamento delle politiche sociali interne alla luce degli obiettivi prescritti dall'Unione». In ultima analisi, può dirsi che solo marginalmente il metodo aperto di coordinamento, attraverso i suoi meccanismi volontari di apprendimento reciproco, nonché di diffusione di più o meno consolidate migliori prassi⁵⁸, sia stato in grado di definire «una piattaforma per la definizione di politiche sociali e del lavoro di respiro sovranazionale, dotate di un qualche grado di effettività»⁵⁹.

La nozione di *flexicurity* sconta, dunque, l'intrinseca debolezza della sua genesi e del suo statuto scientifico nella misura in cui quest'ultimo, prescindendo da un assestamento "forte" del suo paradigma teorico giuridico, è stata affidata soltanto al veicolo delle politiche.

Nonostante, infatti, il varo nel 2000 della cosiddetta «strategia di Lisbona» l'inizio del nuovo secolo ha segnato una fase di stallo nella costruzione dell'Europa sociale; nell'ottica di un rilancio della strategia,

mercato del lavoro inclusivo. Cfr. pure COM(2004) 239 def. del 7 aprile 2004, *Strengthening the implementation of the European Employment Strategy; Facing the challenge, The Lisbon strategy for growth and employment, Report from the High Level Group chaired by Wim Kok November 2004*; COM(2005) 24 def. del 2 febbraio 2005, *Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona*.

⁵⁷ Cfr. *Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe*, Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok, November 2003, p. 27 ss.

⁵⁸ Cfr. F. RAVELLI, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 43/2005; M. BARBERA, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità*, cit., p. 349 ss.; J. ARROWSMITH - K. SISSON - P. MARGINSON, *What can 'benchmarking' offer the open method of co-ordination?*, in *Journal of European Public Policy*, 2004, p. 311 ss.; B.H. CASEY - M. GOLD, *Peer Review of Labour Market Policies in the European Union: what can countries really learn from one another?*, in *Journal of European Public Policy*, 2005, p. 23 ss.; M. BIAGI, *L'impatto della European Employment Strategy sul ruolo del diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. del lav.*, 2000, p. 413 ss.

⁵⁹ Entrambe le citazioni sono tratta dal documento AA.Vv., *I giuslavoristi e il Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»*. Una valutazione critica e propositiva, disponibile all'interno del *Dossier Dal Libro Verde sulla Modernizzazione del Diritto del Lavoro alla Comunicazione sulla Flexicurity*, a cura di C. MASSIMIANI, n. 9/2007, sul sito <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm>, p. 1569 ss.

tra il 2003 e il 2004, il Consiglio europeo ha così avviato una fase di studio e di riflessione sulle possibilità di intervento sui meccanismi di funzionamento del mercato del lavoro europeo. Tale fase è sfociata nella elaborazione dei due *Rapporti Kok* del 2003 e del 2004, che hanno avuto un ruolo decisivo nella successiva elaborazione della nozione comunitaria di *flexicurity*. Nel rapporto del 2003, dal titolo *Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe*, redatto dalla *Taskforce europea per l'occupazione*, presieduta da Wim Kok, la *flexicurity* è declinata quale strategia, prevalentemente deregolativa, che combina flessibilità con «sicurezza nel mercato del lavoro»⁶⁰.

Nell'ambito di una più complessa analisi delle possibili misure da adottare al fine di consentire alle economie europee di conseguire gli obiettivi di Lisbona, il secondo rapporto Kok del 2004⁶¹, ha nuovamente sottolineato l'importanza dello sviluppo di un mercato del lavoro basato sull'integrazione, in cui l'«adattabilità» dei lavoratori e delle imprese assume un ruolo cruciale e nel quale si prende atto di come il concetto di «sicurezza» abbia assunto una dimensione diversa ed egemone: «l'idea non è più quella di garantire il posto di lavoro per tutta la vita, ma di permettere alle persone di rimanere e di progredire nel mercato del lavoro».

3.2. Quale «modernizzazione» del diritto del lavoro?

A partire dal Consiglio europeo di primavera del 2005, in occasione della c.d. rivisitazione della SEO, il tema della *flexicurity* ha acquisito ufficialmente una posizione prioritaria nell'*Agenda sociale europea*, divenendo oggetto di un intenso dibattito fra una pluralità di attori operanti a diverso livello.

⁶⁰ Emblematica è la proposta della *Taskforce* di «esaminare e, ove necessario, aggiustare il livello di flessibilità dei contratti *standard*, al fine di renderli più attrattivi per i datori di lavoro e i lavoratori», come anche di «rivedere il ruolo di altre forme contrattuali, nell'ottica di fornire una pluralità di opzioni ai datori di lavoro e ai prestatori in grado di rispondere ai loro bisogni». Sull'opposto versante della sicurezza, il rapporto punta molto sull'obiettivo di facilitare le «transizioni» nel mercato del lavoro, sugli investimenti nel capitale umano e sulle politiche di inclusione dei soggetti esclusi dal mercato.

⁶¹ Relazione del gruppo ad alto livello presieduto da Wim Kok, *Affrontare la sfida. Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione*, Novembre 2004. I due rapporti Kok, come sopra accennato, hanno fortemente contribuito a mettere il tema della *flexicurity* al centro del dibattito pubblico sulle riforme dei sistemi nazionali di diritto del lavoro: questi, tuttavia, si rivelano emblematici di come l'idea di *flexicurity* promossa dalle istituzioni comunitarie all'inizio del nuovo secolo sia nata geneticamente sbilanciata verso una precisa idea di flessibilità/precarità, che impone l'adozione di strategie di deregolazione sia del rapporto di lavoro *standard*, sia delle forme contrattuali flessibili, nonché verso una precisa e monolitica idea di sicurezza, *solo* nel mercato e non più nel rapporto.

Nel novembre 2006 la strategia della Commissione cambia di passo: consapevole dell'impossibilità di veicolare politiche del lavoro senza prendere partito sulla regolamentazione giuridica, aggancia la *flexicurity* a «principi comuni» in grado di ispirare cambiamenti (la c.d. «modernizzazione») dei sistemi nel rispetto delle loro specificità nazionali.

La *flexicurity* si trasforma, allora, nelle intenzioni della Commissione, da mero flusso di proposte di impalpabili politiche, in principio che dovrebbe ritenersi immanente alle diverse regolamentazioni del lavoro e dei mercati nazionali allo scopo di orientarne e governarne i cambiamenti; ciò all'insegna dello *slogan*, non dichiarato ma presupposto: principi di regolazione comuni, dispositivi e tecniche di adattamento differenziate.

Viene, infatti, adottato il *Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, che lancia una pubblica consultazione su una serie di quesiti, che concernono la sfida di modernizzazione che i mercati del lavoro europei devono raccogliere per «conciliare una maggiore flessibilità con la necessità di massimizzare la sicurezza per tutti»⁶². «Modernizzazione» del diritto del lavoro e «flessibilità nella sicurezza» sono, infatti, i concetti chiave sui quali si concentra il documento e che ne riflettono la filosofia di fondo⁶³.

Sul piano dei contenuti, è stato messo in evidenza come il concetto di modernizzazione del diritto del lavoro proposto nel Libro Verde, cui il concetto di *flexicurity* fa da *pendant*, si riveli - come già i due rapporti Kok del 2003 e 2004 - fortemente debitore di stereotipi e preconcetti di natura ideologica, proponendo una «visione unilaterale della modernizzazione» che, accedendo all'idea della necessità di un ridimensionamento della *Employment Protective Legislation (EPL)*, impone un generalizzato allentamento dei vincoli nella regolazione dei

⁶² Cfr. Commissione europea, *Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM(2006) 708 def., Bruxelles, 22 novembre 2006.

⁶³ Cfr. Commissione europea, *Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM(2006) 708 def., del 22 novembre 2006. Sul Libro Verde oramai la letteratura è molto corposa, per alcuni riferimenti v. S. SCIARRA, *'Modernization' of Labour Law: A Current European Debate*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2007; G. BRONZINI, *Dodici noterelle sul Green paper*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p. 9 ss.; M.G. GAROFALO, *Post-moderno e Diritto del lavoro. Osservazioni sul libro Verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, p. 135 ss.; S. LEONARDI, *Sul Libro Verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo»*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, p. 145 ss.; E. ALES, *Modello sociale europeo e flexicurity: una sorta di «patto leonino» per la modernizzazione*, in *Dir. lav. mer.*, 2007, p. 523 ss.; E. GHERA, *Alcune osservazioni sul Libro Verde*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 1006 ss.; A. PERULLI, *Il Libro Verde UE sul diritto del lavoro: un'occasione mancata?*, in *Aran newsletter*, 2007, p. 21 ss.

rapporti *standard*, soprattutto con riguardo alla disciplina del licenziamento⁶⁴, a fronte di interventi più protettivi nel mercato del lavoro in modo da promuovere una maggiore mobilità e, quindi, l'occupabilità dei singoli lavoratori e l'aumento dei tassi occupazionali.

Secondo altra lettura, il *Libro verde* sarebbe da ricondurre a una sorta di «patto leonino di modernizzazione», proposto dalla Commissione agli Stati membri all'ombra di un sottile «ricatto»⁶⁵: mantenimento del modello di *welfare State*, grazie anche al sostegno economico dell'UE, solo a patto di una sostanziale ed effettiva «modernizzazione» della legislazione protettiva del lavoro.

Lecture diverse, invece, pur critiche rispetto ai contenuti, ne valorizzano l'ispirazione metodologica di fondo e l'approdo olistico implicito nel nesso finalmente chiaro tra politiche e strategie di regolamentazione giuridica, dopo la sbornia quantistica delle "politiche mediante indicatori" della SEO. Uno degli aspetti positivi della visione della modernizzazione del diritto del lavoro che promana dal documento della Commissione, è il riconoscimento del ruolo della contrattazione collettiva come strumento fondamentale di regolazione, al pari della legge, in ambito nazionale, ma anche sovranazionale. Se è vero che la dimensione collettiva non è adeguatamente considerata nei suoi molteplici aspetti dal documento, va osservato tuttavia che gli accordi collettivi sono visti come una fonte «cui è affidato un compito non meramente ausiliario di completamento delle disposizioni legali relativamente alle condizioni di lavoro, bensì di adattamento delle regole standard alle specificità territoriali e settoriali, in sintonia con una condivisibile concezione della sussidiarietà orizzontale che metta al centro della attività di regolazione, e della sua necessaria adattabilità, gli attori collettivi»⁶⁶.

⁶⁴ L. ZOPPOLI, *Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation*, in *Dir. lav. mer.*, 2007, p. 457.

⁶⁵ In tal senso E. ALES, *Modello sociale europeo e flexicurity*, cit., p. 527, che precisa «I termini del ricatto, peraltro ben noti, possono essere così riassunti: "Volete voi, Stati Membri, mantenere il *Welfare State*, tratto caratterizzante del Modello Sociale Europeo? Allora modernizzatelo ovvero assumetevne l'intero onere economico e sociale, affrancandolo dalla legislazione protettiva del posto di lavoro che tale onere fa, in parte più o meno larga, ricadere su noi imprese". L'alternativa è, ovviamente, la de-localizzazione in Stati Membri o non, privi, comunque, di sistemi di protezione sociale degni di questo nome».

⁶⁶ AA.VV. , *I giuslavoristi e il Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo" Una valutazione critica e propositiva*, 2007, p. 5 ss. in cui si ricorda anche l'importanza della stagione «patti per la competitività e l'occupazione», e il sostegno che essi hanno ricevuto in ambito comunitario, «costituisce un esempio da recuperare e rilanciare sia per quanto concerne gli specifici contenuti, sia per il modello flessibile di concertazione e di organizzazione della struttura contrattuale (il decentramento organizzato)

L'articolato dibattito successivo alla pubblicazione del Libro Verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro ha rappresentato uno stimolo all'adozione, da parte della Commissione europea, della comunicazione del 27 giugno 2007 su «*Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*»⁶⁷ nella quale si è giunti a una più compiuta elaborazione concettuale della nozione comunitaria di *flexicurity*, quale obiettivo strettamente funzionale al raggiungimento degli obiettivi di Lisbona⁶⁸.

che essa presupponeva. Non va sottaciuto che in questa particolare dimensione - la flessibilità nella sicurezza negoziata e a misura delle esigenze della persona oltre che della impresa - il concetto finisce per riflettere una serie di esigenze di reale modernizzazione del diritto del lavoro: a) una flessibilità che sia anche funzionale al miglioramento della qualità del lavoro e non solo della sua quantità; b) una flessibilità nelle condizioni di lavoro e nei regimi di orario che consenta di riequilibrare la distribuzione tra donne e uomini del lavoro di cura (peraltro ignorato dagli estensori del Libro verde, benché costituisca ormai, nella forme esternalizzate, una cospicua porzione dei nuovi lavori); c) una flessibilità che non sia soltanto unilateralmente imposta (o dall'impresa con la mediazione del contratto individuale, o dallo Stato per via di provvedimenti di mera deregolazione) ma democraticamente negoziata e quindi resa più efficace, anche per l'impresa, perché ottenuta consensualmente; d) una flessibilità che non sia la negazione della legislazione protettiva, ma un suo necessario completamento e adattamento: non si tratta di avallare riduzioni di tutele in cambio di incerte protezioni sul mercato del lavoro, ma di integrare la regolazione del rapporto di lavoro e quella del mercato del lavoro; e) una flessibilità nel rapporto che possa pure indurre mutamenti nel segno del rafforzamento di alcuni istituti di protezione nel mercato, in una logica di integrazione sistemica, senza però determinare lo stravolgimento di assetti e modelli di *welfare* nazionali, peculiari e consolidati».

⁶⁷ Commissione europea, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM(2007) 359 def., Bruxelles, 27 giugno 2007.

⁶⁸ Nel tentativo di concettualizzare in maniera analitica la nozione di *flexicurity*, la Commissione - nella comunicazione del 2007 - individua quattro componenti politiche che, come le parti di un *puzzle*, contribuiscono a identificare la strategia nel suo complesso, ma anche il modello procedurale proposto per attuare la strategia medesima. Le quattro componenti concernono: *forme contrattuali flessibili e affidabili* (nell'ottica del datore di lavoro e del lavoratore, degli "insider" e degli "outsider") mediante una normativa del lavoro, contrattazioni collettive e un'organizzazione del lavoro moderne; *strategie integrate di apprendimento lungo tutto l'arco della vita* per assicurare la continua adattabilità e occupabilità dei lavoratori, in particolare di quelli più vulnerabili; *efficaci politiche attive del mercato del lavoro* che aiutino le persone a far fronte a cambiamenti rapidi, riducano i periodi di disoccupazione e agevolino la transizione verso nuovi posti di lavoro; *sistemi moderni di sicurezza sociale* che forniscano un adeguato supporto al reddito, incoraggino l'occupazione e agevolino la mobilità sul mercato del lavoro. Quanto al modello procedurale si sostiene, invece, l'importanza del dialogo sociale e dell'instaurazione di un clima di fiducia fra tutti gli attori interessati: un efficace approccio di partenariato è, infatti, secondo la Commissione il più idoneo per sviluppare una politica virtuosa di *flexicurity*. Su queste basi, la Commissione ha individuato otto «principi comuni di *flexicurity*» e quattro percorsi di *flexicurity* che potrebbero essere intrapresi dagli Stati membri, di concerto con le parti sociali, alla luce della loro situazione specifica e del loro contesto istituzionale.

Nella consapevolezza che gli Stati membri presentano un contesto socioeconomico, culturale e istituzionale estremamente variegato e che, dunque, le possibili combinazioni di flessibilità e sicurezza sono molteplici, la Commissione europea - con la comunicazione del 2007 sulla *flexicurity* sopra citata - ha identificato quattro potenziali percorsi di *flexicurity*, vale a dire «quattro possibili combinazioni e sequenze "tipiche" delle componenti politiche della *flexicurity*», che - grazie al fondamentale ruolo del dialogo sociale - «dovrebbero fungere da strumento per l'apprendimento reciproco e per il *benchmarking* nel quadro della strategia di Lisbona rinnovata».

Il primo, e forse il più complesso, percorso di *flexicurity* che è possibile esaminare in questa sede, si propone l'obiettivo di «*affrontare la segmentazione contrattuale*»: nei paesi caratterizzati da mercati del lavoro segmentati, la strategia di *flexicurity* dovrebbe indurre a un miglioramento della tutela dei lavoratori occupati con forme contrattuali flessibili oppure, sul versante opposto, sarebbe possibile intervenire a rimodulare le tutele che attualmente caratterizzano i contratti a tempo indeterminato in molti degli ordinamenti nazionali⁶⁹. Detto percorso, dunque, si basa sulla seguente alternativa: dare più tutele ai lavoratori flessibili (parità di trattamento e imposizione di limiti al ricorso consecutivo a contratti a termine) oppure ridurre le tutele per i lavoratori *standard*, in modo da rendere i contratti a tempo indeterminato più appetibili per le imprese. Si tratta, tuttavia, di una falsa alternativa: l'aumento di tutele per i lavoratori flessibili, tramite soprattutto la promozione del principio di parità di trattamento, non è, infatti, come meglio si vedrà nelle pagine che seguono, solo una opzione politica per gli Stati membri, bensì un preciso obbligo loro imposto dalle tre direttive sociali emanate dalla Comunità in materia di *lavori flessibili*. La vera opzione politica «a costo zero» è invece certamente rappresentata dall'intervento volto ad allentare i vincoli esistenti nei regimi nazionali di stabilità del lavoro. Una intrinseca debolezza del percorso citato, inoltre, è rinvenibile nella dichiarata impossibilità di intervento sincronico sia sul versante della flessibilità, sia su quello della sicurezza: primo e decisivo *step* è, infatti, rappresentato dall'intervento di ri-

⁶⁹ Tale approccio punterebbe, inoltre, sulla promozione dell'apprendimento lungo tutto l'arco della vita, sulle politiche attive del mercato del lavoro, nonché sul miglioramento dei sistemi di sicurezza sociale. Per quanto attiene alla sequenza temporale, tuttavia, il percorso citato propone di dare priorità alla necessità di ridurre la segmentazione; operazione che «comporterebbe costi diretti limitati». Si prende invece atto che le altre misure di intervento potrebbero/dovrebbero essere necessariamente posticipate, sia per le difficoltà connesse alla messa a regime dei sistemi di formazione permanente, sia per le problematiche di una redistribuzione della spesa pubblica necessaria allo sviluppo dei sistemi di sicurezza sociale.

regolazione/deregolazione, mentre le riforme a garanzia di una maggiore sicurezza nel mercato sono rinviate temporalmente ad una fase successiva⁷⁰.

Nonostante l'annunciata necessità di "calare" la *flexicurity* in concreti percorsi di regolamentazione, la svolta del 2007 non sana il vizio originario della strategia comunitaria che rifiuta di confrontarsi con il processo di integrazione attraverso il diritto, soprattutto quello di matrice giurisprudenziale⁷¹, continuando a proporre strategie completamente avulse da concrete possibilità di confronto delle prospettive di ri-regolamentazione nazionali sul terreno dei diritti, dei vincoli di sistema, e dei valori fondamentali cui pure si va ispirando il modello sociale europeo.

Nel "monologo" della Commissione, promozione delle forme contrattuali flessibili, riduzione ai vincoli in materia di licenziamenti, apprendimento lungo tutto l'arco della vita, politiche attive del mercato del lavoro e miglioramento dei sistemi di sicurezza sociale sono, dunque, le componenti che - in dosi e combinazioni diverse - caratterizzano i quattro percorsi di *flexicurity* sopra analizzati. I percorsi, ovviamente, rappresentano delle mere indicazioni fornite agli Stati membri su come possano funzionare le strategie di *flexicurity*, liberi restando di scegliere

⁷⁰ Solo per completezza è possibile come gli percorsi aspirino a «sviluppare la *flexicurity* all'interno dell'impresa e offrire la sicurezza nella transizione»: questo percorso è ispirato a paesi che presentano flussi occupazionali limitati, dominati da grandi imprese che offrono elevati livelli di protezione del lavoro; ad «affrontare le carenze di competenze e opportunità tra la manodopera»: questo percorso tipico è calibrato su paesi in cui la sfida maggiore è data da grandi carenze di competenze e opportunità tra la popolazione; a «migliorare le opportunità per coloro che ricevono prestazioni sociali e i lavoratori sommersi»: questo percorso tipico riveste interesse per i paesi che sono stati investiti da fenomeni di ristrutturazione economica, a seguito dei quali un numero consistente di persone si trovano a dipendere da prestazioni sociali di lungo periodo.

⁷¹ Del tutto inspiegabile appare, in particolare, il continuo invito a rivedere la *EPL* senza alcun riferimento all'esistenza dell'art. 30 della Carta di Nizza, secondo il quale «ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali», come anche senza un necessario, quanto opportuno, confronto con la direttiva 98/59/CE sui licenziamenti collettivi, alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia sulla centralità della tutela dei lavoratori coinvolti e sulla necessità di un «controllo sociale sulle scelte dell'impresa». Ugualmente miope appare, inoltre, una strategia di *flexicurity* che volutamente ignora il confronto con direttive importanti quali la 2003/88/CE in materia di orario di lavoro, ricca di spunti valorizzabili nell'ottica di una positiva conciliazione fra flessibilità per l'impresa e tutela dei propri tempi di vita; o la direttiva 2010/18/UE sui congedi parentali e, dunque, sulle potenzialità di strumenti idonei ad aumentare le possibilità di uomini e donne di restare nel mercato del lavoro nonostante gli impegni di cura; oppure ancora le tre direttive sui lavori flessibili (97/81/CE sul lavoro a tempo parziale, 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato e 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia) e la copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia sul lavoro a termine su cui v. *infra* cap. III.

un modello piuttosto che un altro, di selezionare alcuni passaggi tipici dai vari percorsi, come anche di inventarne di nuovi⁷².

Dove il cambiamento di passo europeo sulla *flexicurity* appare comunque più rilevante, allo scopo dell'oggetto di indagine, è certamente nel percorso di regolazione che si suggerisce: il delinearci di un involucro, *rectius*, di un contenitore procedurale che appare prospetticamente adeguato per le politiche di *flexicurity*, ispirato al metodo della regolazione riflessiva. Con una lacuna basilare: il meccanismo di autoipoiesi funziona come procedura efficiente di regolazione se tuttavia la rotazione regolativa avviene intorno a un fulcro stabile e ben piantato nella teorica dei diritti fondamentali, che è pure il vero tratto identitario del modello sociale europeo; il perno stabile che i costruttori dei documenti in oggetto volutamente ignorano, con uno effetto di strabismo a dir poco discutibile, è proprio la Carta di Nizza non ancora entrata in vigore in quella fase, ma certamente documento comunitario di tale importanza da non potere essere non considerato, come invece avviene nel Libro verde e nella comunicazione citata⁷³. Costruire il nuovo paradigma della *flexicurity* ignorando la Carta dei diritti fondamentale è scelta che rende debole e poco credibile culturalmente, oltre che regolativamente, l'intera operazione.

3.3. Ulteriori debolezze e fragilità della flexicurity veicolata dalle sole politiche

Sebbene la *flexicurity* rappresenti, come si è visto, una novità concettuale, sul piano dei contenuti, non può essere sottaciuto il fatto che nelle politiche di *flexicurity*, il diritto del lavoro sembri essere

⁷² Per una ricognizione delle prime analisi di impatto delle politiche di *flexicurity*, v. *Measuring the impact of flexicurity policies on the EU labour market*, Rapporto finale, Institute for Advanced Studies Vienna, giugno 2011; E. VOSS - A. DORNELAS - A. WILD - A. KWIATKIEWICZ, *Social Partners and flexicurity in contemporary labour markets*, Synthesis report, maggio 2011; EUOFOUND, *Evaluation of the first phase of flexicurity (2007-2010): Interim Report*, by GHK, 10 February 2012; *The second phase of flexicurity: an analysis of practices and policies in the Member States (forthcoming)*, ottobre 2011.

⁷³ AA.VV., *I giuslavoristi e il Libro verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XX secolo"*, ove si osserva: «Il Libro verde ostenta una totale indifferenza verso il linguaggio dei diritti fondamentali, penetrato nell'ordinamento dell'Unione attraverso una pluridecennale giurisprudenza della CGCE e, poi, recepito anche dai Trattati e in particolare dall'art. 6 TUE». Ed ancora: «Sebbene si alluda ad una "modernizzazione" del diritto del lavoro, il documento della Commissione finisce implicitamente con accettare l'orientamento più conservatore per il quale la "sicurezza" esistenziale del lavoratore è raggiungibile solo con un *corpus* di regole che disciplinano il contratto, mentre la Carta di Nizza ha già - se non altro come documento politico - allargato la visuale al piano della cittadinanza sociale, dai servizi pubblici ai processi formativi alla garanzia di un "minimo vitale", si da schermare in parte il cittadino di fronte agli eventi occupazionali», p. 8 ss.

prevalentemente chiamato a ridimensionare drasticamente il proprio ruolo di tutela del lavoratore quale parte del contratto di lavoro, essendo invece invitato a svolgere una funzione di razionalizzazione del mercato, in virtù della quale anche strategie di promozione della flessibilità *tout court* e di allentamento dei vincoli alla *EPL* possono ritenersi utili, se non indispensabili. Lo spostamento del pendolo sul mercato e sui problemi dell'occupazione diventa così la leva teorica per giustificare politiche di inclusione e redistribuzione di tutele tra soggetti considerati troppo forti nel rapporto e soggetti considerati troppo deboli nel mercato. Gli imperativi di occupabilità e adattabilità divengono strumenti di efficienza del mercato e di valorizzazione della competenza professionale per gli scopi di adattamento alle esigenze dell'impresa. Tale impostazione ideologica è poi inglobata in una strategia politica che, per sua natura, non confrontandosi con il linguaggio dei diritti, sconta pure una intrinseca fragilità regolativa: la possibilità degli Stati membri di adattare e differenziare le politiche di flessicurezza ai diversi contesti nazionali è, infatti, il punto di forza della strategia, che la rende ben accetta da parte di tutti i paesi, ma è anche il suo punto di maggiore debolezza. Nulla, se non una flebile operazione di *moral suasion*, può evitare i rischi di comportamenti opportunistici da parte degli Stati membri, diretti a selezionare fra i percorsi e gli obiettivi di *flexicurity*, i profili di intervento che si ritengono politicamente e/o ideologicamente più comodi da attivare. Se poi ci si sofferma a rileggere la definizione socio-economica della nozione di *flexicurity* e la si confronta con la successiva elaborazione della nozione nel lessico comunitario, ci si accorge di un parziale scollamento fra le due nozioni: nella nozione comunitaria, infatti, l'elemento ritenuto fondamentale da Wilthagen della «sincronizzazione» delle diverse politiche di intervento sui due versanti della flessibilità e della sicurezza resta sulla sfondo della strategia. Né nei principi comuni, né fra gli «indicatori di contesto pertinenti per la sicurezza» elaborati dalla Commissione, si intravedono elementi concreti finalizzati a promuovere o, almeno, a rendere controllabile e verificabile, che il singolo Stato membro intervenga a riformare il proprio mercato del lavoro in maniera sincronica e coordinata, sia sul versante della flessibilità per le imprese, sia su quello della sicurezza; sicurezza che, peraltro, nella definizione di Wilthagen - a differenza dalla nozione di *flexicurity* poi adottata nelle più recenti politiche comunitarie - dovrebbe riguardare tanto le tutele nel rapporto, quanto quelle nel mercato.

A fronte della estrema variabilità dei possibili percorsi di *flexicurity*, il concetto, nel lessico delle istituzioni comunitarie, ha così rischiato di rimanere una "formula vuota" dietro la quale sarebbe possibile celare e/o difendere qualsiasi tipo di intervento regolativo da parte degli Stati che

intendessero adeguare agli *input* comunitarie le loro politiche; intervento magari solo fittiziamente ispirato a reali finalità di contemperamento fra flessibilità e sicurezza⁷⁴. La *flexicurity*, per come concepita e utilizzata dalle istituzioni comunitarie, è stata così sospettata di avere finalità nascoste quali l'induzione nei confronti degli Stati membri, magari in cerca di "alibi europei", di processi di deregolamentazione; è stata così accusata di essere insidiosa, socialmente disequilibrata, poco contestualizzata, e di non considerare il compromesso tra i diversi elementi che la compongono.

Lo stesso tentativo di "rilancio" e di ri-bilanciamento della *flexicurity* «in tempo di crisi»⁷⁵ verso strategie maggiormente protettive degli aspetti di sicurezza⁷⁶, non sembra in grado, da solo, di riempire di contenuti "forti" il contenitore concettuale rappresentato dall'ossimorica nozione di *flexicurity*; dubbi⁷⁷, del resto, che restano confermati dalla lettura della Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010 intitolata *Europa 2020*, che sembra puntare più su obiettivi occupazionali quantitativi, più che qualitativi, così generando la sensazione che, «in questo quadro, la *flexicurity* sembri sempre più diventare uno dei tanti tasselli delle politiche europee, un po' più incerto e sbiadito»⁷⁸.

⁷⁴ V. P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 37 ss. che evidenzia la forte eterogeneità, se non contraddittorietà, delle riforme nazionali collocabili sotto l'ombrello della *flexicurity*.

⁷⁵ Nel giugno 2009, il Consiglio europeo si è pronunciato in merito alla *Flessicurezza in tempi di crisi* dove ha sostenuto tale concetto, affermando che «vista come strategia integrata per migliorare sia la flessibilità che la sicurezza del mercato del lavoro e supportare quelli che sono temporaneamente fuori da questo, la *flexicurity* è ancora lo strumento più importante e adeguato nell'attuale contesto di difficoltà economica caratterizzato da disoccupazione crescente, povertà, segmentazione e dalla necessità di stimolare la crescita, creando lavori nuovi e migliori e rafforzando la coesione sociale».

⁷⁶ Cfr. Consiglio europeo, *Flexicurity in time of crisis*, 2009, in cui si afferma l'importanza dell'obiettivo di «mantenere l'occupazione, dove possibile, per esempio attraverso il sostegno alle imprese che forniscono alternative al licenziamento quali modelli di lavoro flessibile e adeguamenti temporanei all'orario di lavoro, dove applicabili, e altre forme di flessibilità interna fra le imprese. Questo aiuterà a mitigare gli impatti sociali della crisi e a prevenire la perdita di capitale umano specializzato delle aziende».

⁷⁷ Cfr. l'introduzione del Commissario europeo Andor alla Conferenza di alto livello sulla *flexicurity* promossa dalla Commissione europea il 14 novembre 2011, in cui si afferma: «La questione è capire se nell'Unione europea si siano sviluppate pratiche di flessicurezza realmente integrate, quali condizioni economiche hanno consentito ciò e come queste siano state governate (...). La flessicurezza, così come è stata concepita nel 2007, continua ad aiutare l'Europa a affrontare le sfide che abbiamo di fronte ora e quelle che ci aspettiamo guardando all'orizzonte del 2020?».

⁷⁸ V. L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 141/2012, p. 4 ss.; v. pure P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, cit., p. 39 ss.; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, Relazione presentata al Convegno AGI di Ancona, 26-27

Nel tentativo di tirare le fila del discorso, è possibile affermare che l'elaborazione della nozione di *flexicurity* rappresenti uno sforzo per bilanciare, dal punto di vista sociale, gli inevitabili mutamenti indotti dalla globalizzazione, dalla crisi economica e occupazionale, dalle pressanti richieste di deregolamentazione *tout court*, ma anche un tentativo - come si è visto - non del tutto riuscito di aggirare e superare - grazie a un approccio regolativo/decisionale innovativo e multilivello, anche se a carattere *soft* - le difficoltà connesse ad un intervento comunitario in materia sociale con strumenti di *hard law*. In tal senso il dibattito sulla *flexicurity* ha rappresentato «la sperimentazione di un modello di partecipazione e decisione alle possibili strategie di riforme che si ispira al principio della democrazia deliberativa e di *governance* multilivello»⁷⁹. Sotto il profilo del tema della presente ricerca la *flexicurity* aspira così a diventare non un porto franco dalle politiche di tutela, ma un luogo di incontro e di smistamento di tecniche tradizionali e nuove tecniche di regolamentazione, funzionali a nuove dimensioni della tutela stessa.

In tal senso, l'idea di un necessario bilanciamento fra flessibilità e sicurezza, da realizzare tramite procedure di «coordinamento riflessivo» (un coordinamento che, vale a dire, stimola e supporta l'«auto-regolazione» da parte degli Stati membri, in un continuo ed essenziale confronto con le parti sociali), come anche l'adozione di un approccio metodologico basato su una visione circolare della regolazione che coinvolge, simultaneamente, interventi di riforma del rapporto di lavoro, del mercato del lavoro e dei sistemi di *welfare*, ha rappresentato una indiscussa e positiva novità nel dibattito sul processo di integrazione e di costruzione del modello sociale europeo⁸⁰; una novità che, tuttavia, come si vedrà nel paragrafo successivo, necessita di essere agganciate a una

ottobre 2012, secondo il quale «è significativo che nei più recenti documenti comunitari su Europa 2020 emerga nitidamente un ripensamento di queste formule salvifiche nella consapevolezza che occorrono politiche ben più ampie e integrate per perseguire concretamente l'obiettivo prioritario di un 75% di occupati nel 2020 per i cittadini compresi nella fascia di età 20/64 anni (oggi siamo al 69%) con particolare attenzione ai giovani, donne e immigrati».

⁷⁹ B. CARUSO - C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia*, cit., p. 457.

⁸⁰ Sul carattere «altamente ambiguo e polisemico» del concetto di modello sociale europeo (MSE) v. A. ALAIMO, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 219 ss.; G. RICCI, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 88/2011. La letteratura sul tema è ovviamente sterminata, per alcuni ulteriori riferimenti v. M. JEPSEN - A. SERRANO PASCUAL, *The European Social Model: an exercise in deconstruction*, in *European journal of soc. pol.* 2005, 3, p. 231 ss.; C. CALDARINI, *Venti parole attorno al concetto di modello sociale europeo*, in *Riv. pol. soc.*, 2005, p. 375 ss.; F. SCHARPF, *The European social model: coping with the challenges of diversity*, in *Journal of common market studies*, 2002, 4, p. 645ss.

più solida base concettuale che valorizzi i diritti fondamentali dei lavoratori a termine e gli aspetti qualitativi connessi all'utilizzo di tale forma contrattuale.

4. Dalla retorica della flexicurity al linguaggio delle capability: un modo nuovo di declinare la grammatica delle tutele

Si è da più parte osservato che la *flexicurity*, da un certo momento in poi, ha sostituito, nel lessico europeo, la formula magica "flessibilità". Tale nuova formula, risultato della crasi di due metaconcetti, ad alto effetto evocativo, nella sua intrinseca indeterminatezza e genericità, si presta a veicolare politiche regolative e proposte di regolamentazione, se non proprio disparate, in ogni caso, ad alto tasso di sincretismo. Poiché concetto - in se considerato - "vuoto", *rectius* contenutisticamente saliente soltanto *per relationem*, cioè per rinvio ai contenuti dei segmenti concettuali che lo compongono (la flessibilità e la sicurezza) appare, allora, euristicamente utile il suo aggancio alla solidità di una teoria della giustizia sociale compiuta⁸¹.

E' stato, infatti, da più parti osservato come, al fine di fornire una base concettuale più solida e socialmente più accettabile della strategia di *flexicurity* ispirata al modello sociale europeo in costruzione, detta strategia possa essere ricondotta a quello che è stato definito il «*capability approach*» - nella elaborazione che ne hanno fatto soprattutto Amartya Sen⁸² e Martha Nussbaum⁸³ - vale a dire un modello di giustizia, e di conseguente regolazione sociale, in grado di garantire ai soggetti una «effettiva libertà di agire e di scegliere» e dunque una reale capacità di partecipare attivamente al mondo del lavoro ed alla vita sociale⁸⁴.

⁸¹ Si fa riferimento alla teoria della giustizia sociale elaborate da A. SEN, *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Bologna, 2006; ID., *L'idea di giustizia*, cit.

⁸² A. SEN, *Scelta, benessere, equità*, cit.; ID., *L'idea di giustizia*, cit.

⁸³ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, il Mulino, Bologna, 2001; ID., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino, Bologna, 2002. Di recente v. ID., *Capabilities, entitlements, rights: supplementation and critique*, in *Journal of Human Development and Capabilities*, 2011, 1, p. 23 ss.; ID., *Creare capacità*, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁸⁴ Così R. ROGOWSKY - S. DEAKIN, *Reflexive Labour Law, Capabilities and the Future of Social Europe*, Warwick School of Law Research Paper No. 2011/04; R. SALAIS - R. VILLENEUVE, *Europe and politics of capabilities*, Cambridge University Press, 2005; R. SALAIS, *Work and Welfare: Toward a Capability Approach*, in J. ZEITLIN - D. TRUBEK D. (a cura di) *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 317 ss. V. pure B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability», nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 1 ss., p. 1 ss.; C. BARNARD - S. DEAKIN - R. HOBBS, *Capabilities and rights: An emerging agenda for social policy?* in *Industrial relations journal*, 2001, 5, p. 464 ss.; S. DEAKIN - J. BROWNE, *Social*

Un modello di giustizia sociale che presuppone, a cascata, una de-giuridificazione controllata (non affidata al mercato) e finalizzata pur sempre alla valorizzazione della persona, come razionale rimedio alla eccessiva colonizzazione dei mondi vitali. Un adeguamento della regolamentazione (e dei relativi apparati e dispositivi tecnici) in grado di tener conto anche dell'obiettivo di flessibile adattamento delle tutele alle persone "sitate" nei territori e nei concreti (e non più astratti: la fabbrica, l'ufficio) luoghi di lavoro.

L'idea di un possibile sviluppo della società fondato sulla creazione e il sostegno delle libertà sostanziali, intese come «capacità di scegliersi una vita cui (a ragion veduta) si dia valore», che – come detto – si deve all'opera di Amartya Sen⁸⁵, ha fornito pure il criterio cui si è ispirato il rapporto Supiot del 1998 per sviluppare l'idea di un nuovo modello economico di sviluppo basato sulla conoscenza. Secondo Sen, le *capabilities* non sono solo una conseguenza delle dotazioni e delle motivazioni di ciascun individuo, ma sono anche il frutto della facoltà di accedere ai processi di socializzazione, istruzione e formazione che consentono loro di sfruttare le proprie dotazioni iniziali⁸⁶. In quest'ottica, il concetto di *capability* si pone quale presupposto dello sviluppo di un modello di economia basata appunto sulla conoscenza, in cui compito della regolazione sociale è quello di garantire all'individuo la possibilità di agire consapevolmente nel mercato e nei luoghi di lavoro, ma anche al di fuori di essi. La regolazione sociale, allora, non deve più soltanto proteggere "da qualcosa", ma deve anche essere in grado di sviluppare le capacità di azione dei soggetti⁸⁷.

Non, dunque, un'astratta responsabilità dell'individuo nel mercato, secondo l'approccio tradizionalmente utilitarista di *law and economics*, ma una concezione della libertà collegata a un'idea di eguaglianza sostanziale

Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach, in T. HERVEY - J. KENNER (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, p. 27 ss. che sottolineano come «*Sen's capability approach offers a new way of assessing and evaluating legal, social, political and economic interactions*».

⁸⁵ A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000 (trad. it. di *Development as freedom*, 1999, Oxford University Press), che fra l'altro, a p. 78, ricorda come l'interesse per le condizioni per operare nella società e, dunque, per godere delle imprescindibili libertà minimali, era già presente nell'economia classica e, in particolare, nell'idea smithiana della necessità di poter «apparire in pubblico senza vergogna».

⁸⁶ Su tale lettura del pensiero di Sen, v. pure S. DEAKIN - F. WILKINSON, "Capabilities", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *Dir. lav. mer.*, 2000, p. 317 ss.

⁸⁷ L. LEONARDI, *Capacitazioni, lavoro e welfare. La ricerca di nuovi equilibri fra Stato e mercato: ripartire dall'Europa?*, in *Stato e mercato*, 2009, p. 31 ss. B. CARUSO, *Il contratto di lavoro come istituzione europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 84/2010, p. 8 ss.

non di reddito, né di mere opportunità iniziali, secondo il celeberrimo approccio rawlsiano⁸⁸ - i mezzi anche sofisticati: l'istruzione, la formazione, l'assistenza, e dunque le opportunità -, ma anche di reali possibilità delle persone e quindi di risultato. In tal caso l'eguaglianza non va intesa come uguagliamento degli esiti, ma come effettivo conseguimento di obiettivi anche diversi, purché consapevolmente scelti e posti a valle del progetto di vita di ogni persona. Secondo l'approccio delle *capability*, dunque, una cosa è scegliere di lavorare con un contratto di lavoro a tempo determinato per una propria scelta di vita o perché si è in possesso di una professionalità talmente elevata da azzerare i rischi di periodi di non lavoro, o perché attraverso il contratto a termine lungo si consolida il contratto psicologico e quindi l'affidamento fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore, in un contesto comunque di rispetto del principio "effettivo" di parità di trattamento tra lavoratore a termine e lavoratore stabile. Altra cosa è rimanere intrappolati in una vera e propria spirale di precarietà e insicurezza che impedisce lo sviluppo di ogni progetto di vita e di sviluppo di carriera.

Le politiche occupazionali e le riforme del lavoro devono pertanto essere considerate non soltanto nell'ottica di trasferimenti monetari (politiche passive), ma neppure soltanto nell'ottica dell'attivazione e responsabilizzazione dell'individuo finalizzate al mercato, ove la valorizzazione del "capitale umano" è l'unico e immanente orizzonte utilitaristico delle politiche di *workfare*. Le strategie di contrasto alla disoccupazione, nell'ottica delle *capability*, sono molto più complesse e sofisticate: non puntano solo all'efficienza e all'equilibrio del mercato;

⁸⁸ Il riferimento è alla teoria della «giustizia come equità» proposta da Rawls secondo il quale «ogni persona ha lo stesso titolo indefettibile a uno schema pienamente adeguato di libertà di base compatibile con un identico schema di libertà per tutti gli altri. Le disuguaglianze sociali ed economiche devono soddisfare due condizioni: primo, devono essere associate a cariche aperte a tutti in condizioni di equa uguaglianza delle opportunità; secondo devono dare il medesimo beneficio ai membri meno avvantaggiati della società (principio di differenza)», v. J. RAWLS, *A theory of Justice*, Belknap, Cambridge, 1971; ID., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Feltrinelli, Milano, 2002. Sulla scia del pensiero di Rawls, Sen cercherà di coniugare le intuizioni del filosofo americano sulla giustizia (la concezione della giustizia come correttezza, la centralità della libertà che deve coniugarsi con l'equità economica e sociale), con le sue che cercano di andare oltre, evidenziando come sia necessario che ogni individuo debba poter scegliere i propri stili di vita servendosi delle proprie capacità. Nel superare la teorizzazione astratta di Rawls, Sen propone un'idea di giustizia *in action*, che ha riflessioni pure sulle tecniche di regolamentazione da utilizzare: nella consapevolezza che l'idea di giustizia non vada solo affermata, Sen propone infatti una serie di riflessioni pratiche che includono metodi per comprendere come ridurre l'ingiustizia e promuovere la giustizia in concreto.

mirano ad un'occupazione di *qualità* non solo nell'ottica produttiva, ma anche nell'ottica della personale soddisfazione della persona⁸⁹.

I summenzionati concetti presuppongono - come detto - quello di *capability* e rinviano a quello di *occupabilità*, vale a dire a politiche che si fondano su concezioni del mercato e dei diritti, della libertà e del lavoro che possono essere alternative tra loro; essi implicano, di conseguenza, anche tecniche di regolamentazione diverse, e creativamente reinventate, a conferma della non neutralità assiologica delle regole e della loro mutabilità in ragione delle politiche, e dei relativi valori sottesi, che si intendono perseguire.

Le istituzioni e gli attori sociali, in particolare, sono chiamati a individuare una serie di «fattori di conversione» degli stati esistenziali in *capability*: da questo punto di vista, si ritiene che i fattori di conversione tanto più sono efficaci - soprattutto per quanto concerne le politiche del lavoro - quanto più la rete degli attori sociali e istituzionali è, efficientemente, dislocata nei territori⁹⁰.

Da questo punto di vista, come si vedrà, l'approccio delle *capability* può fungere da chiave di lettera idonea a dare coerenza a un sistema di regolamentazione che, come si è accennato, ha elevato la *derogabilità* della disciplina legale in materia di lavoro a termine da parte delle parti sociali a vera e propria *regola*. La progressiva delega alle parti sociali a tutti i livelli di ampi spazi di *regolamentazione* e di *deregolamentazione* del precetto legale può, infatti, ritenersi coerente con la strategia di *flexicurity* e con l'approccio delle *capability* solo nella misura in cui consente l'individuazione di adeguati «fattori di conversione» del potenziale stato di precarietà in una desiderata situazione di sicurezza lavorativa; ove la sicurezza non si identifica con un unico e pervasivo schema contrattuale (il contratto di lavoro a tempo indeterminato), ma con il risultato ultimo garantito dalle reti sociali di protezione nei mercati transizionali, ove gli attori istituzionali utilizzano una serie differenziata e articolata di strumenti e tecniche di regolazione, tra i quali anche il contratto a termine.

Anche in materia di lavoro a termine, dunque, l'approccio delle *capability* può pertanto costituire un ponte tra quelle che si presentano come dicotomie o alternative tradizionali, con cui i giuslavoristi da tempo fanno i conti o cominciano a fare i conti: la funzione di equità/di efficienza del diritto, la tutela nel rapporto/nel mercato del lavoro, *inderogabilità/derogabilità* della disciplina lavoristica, legge/contratto

⁸⁹ Cfr. M. FREEDLAND - N. KOUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, cit., p. 557 ss.

⁹⁰ B. CARUSO, *Occupabilità*, cit., p. 16 ss.

collettivo, contrattazione a livello nazionale/decentrato, uguaglianza/differenza di tutele.

Con l'avvento della crisi economica epocale⁹¹ che ha colpito i paesi europei nell'ultimo quinquennio, soprattutto alcuni i cd. PIGS, tuttavia, l'efficacia e l'opportunità delle strategie regolative ispirate alla *flexicurity* sono state messe in dubbio da una sempre più cospicua letteratura⁹², che in parte propone un superamento della strategia di *flexicurity*, a favore di modelli di regolazione maggiormente orientati all'efficienza dei mercati. Se la *flexicurity* ha già segnato il passaggio da una logica di *job security* a una di *employment security*, il ripensamento della strategia punta - attraverso progressivi aggiustamenti nella *employment protection legislation* dei diversi Stati - a un ulteriore passaggio caratterizzato dall'abbandono della ormai inattuabile *employment security*, a favore di una ancor più vaga e indefinita *labour market security*, in cui anche periodi *non work* e *unemployment* possono divenire la normalità⁹³.

Nel proseguo del presente lavoro, ci si soffermerà a lungo sulla strategia di *flexicurity* proposta dalle istituzioni comunitarie, anche in tempo di crisi e nella prospettiva di *Europa 2020*, nonché sull'attuazione della strategia medesima nel contesto nazionale e - come si vedrà - prospettive di deregolamentazione *tout court*, ma nemmeno di flessibilizzazione esasperata della flessibilità in entrata non sono nell'agenda delle istituzioni comunitarie.

Nonostante la crisi che coinvolge i sistemi europei, numerosi sono i contributi dottrinali che continuano a valorizzare le strategie di *flexicurity* alla luce dell'approccio della *capability for work* e dei «fattori di conversione» delle abilità, delle competenze e delle prospettive di ottenere un lavoro di «valore e qualità» e della *capability for voice*, quale capacità di partecipare - anche tramite le parti sociali - a un processo decisionale sempre più articolato e complesso⁹⁴.

⁹¹ I. KADEK DIAN SUTRISNA ARTHA - J. DE HAAN, *Labour market flexibility and the impact of the financial crisis*, in *Kyklos*, 2011, p. 231 ss.

⁹² Per alcune recenti critiche alla strategia v. L. BURRONI - M. KEUNE, *Flexicurity: a conceptual critique*, in *European jorn. ind. rel.*, 2011, p. 75 ss.

⁹³ Così P. AUER, *What's in a Name? The Rise (and Fall?) of Flexicurity*, in *Journal of industrial rel.*, 2010, 3, p. 371 ss.; ID., *Dalla flexicurity ai mercati transizionali del lavoro. La flexicurity al tempo della crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 37 ss.

⁹⁴ J.M. BONVIN, *Individual working lives and collective action. An introduction to capability for work and capability for voice*, in *Transfer*, 2012, p. 9 ss. Sull'opportunità di valutare anche gli indicatori comunitari sulla *flexicurity* nell'ottica delle *capability* e dei «fattori di conversione» v. J. VERO - J.M. BONVIN - M. LAMBERT - E. MOACHON, *Decoding the European dynamic employment security indicator through the lens of capability approach. A comparison of the United Kingdom and Sweden*, in *Transfer*, 2012, p. 55 ss.

Si considera cioè la *flexicurity* non soltanto come politica, o insieme di politiche, ma nel senso più ampio, di cambiamento paradigmatico della disciplina ovvero, ancor più precisamente, di concetto/veicolo di una nuova strategia di giustizia sociale, in grado di dettare anche un ripensamento delle strategie di regolazione e delle stesse tecniche di regolamentazione.

5. Il contratto a termine “liberalizzato” come rifugio regolativo inefficiente (e comunque insufficiente) di fronte alla crisi

Molteplici sono gli studi economici che dimostrano come il lavoro a tempo determinato, laddove vi sia una legislazione abbastanza stringente del lavoro a tempo indeterminato, sia utilizzato non solo per esigenze temporanee o per finalità di prova del lavoratore che successivamente si intende assumere a tempo determinato, ma anche per sostituire vere e proprie quote di lavoratori stabili, così dando vita a fenomeni di vera e propria *segmentazione* del mercato del lavoro⁹⁵, che rischiano di produrre conseguenze economiche e sociali devastanti per i lavoratori a termine che spesso restano incastrati nella *trappola* della precarietà, senza peraltro evitare i fallimenti del mercato. Numerosi sono, infatti, i paesi europei che hanno perseguito una politica legislativa ispirata dall'idea di *flexibility at the margin*, caratterizzata dalla permanenza di una rigida disciplina dei licenziamenti per i *permanent contracts*, con l'introduzione di una sostanziale deregolamentazione dei *temporary contracts*. Tali politiche, come ha evidenziato di recente la stessa Commissione europea⁹⁶, hanno contribuito a far crescere l'occupazione, ma al tempo stesso, tale modello di regolamentazione - battezzato da Boeri *two-tier reform*⁹⁷ - ha prodotto una segmentazione del mercato a tutto danno

⁹⁵ Cfr. M. CENTENO - A.A. NOVO, *Excess worker turnover and fixed-term contracts: Causal evidence in a two-tier system*, in *Labour economics*, 2012, p. 320 ss.; L. CAPPELLARI - C. DELL'ARINGA - M. LEONARDI, *Temporary employment, job flows and productivity: A tale of two reforms*, Working paper 3520, CESifo; P. CAHUC - O. CHARLOT - F. MALHERBET, *Explaining the spread of temporary jobs and its impact on labor turnover*, Mimeo, CREST-ENSAE, Ecole Polytechnique, 2012; T. BOERI, *Institutional reforms in European labor markets*, in O. ASHENFELTER - D. CARD (a cura di), *Handbook of Labor Economics*, Vol. 4, North-Holland, Amsterdam, 2010, p. 1173 ss.; S. BENTOLILA - P. CAHUC - J. DOLADO - T. LE BARBANCHON, *Two-tier labor markets in the Great Recession: France vs. Spain*, Discussion paper 5340, IZA, 2010. V. pure L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 141/2012.

⁹⁶ Nel rapporto *Employment in Europe 2010: EU labour markets in time of economic crisis*, v. all'indirizzo http://ec.europa.eu/employment_social/eie/executive_summaries_en.html.

⁹⁷ T. BOERI - P. GARIBALDI, *Two Tier Reforms of Employment Protection: a Honeymoon Effect?*, Working Paper No. 37, February 2007, sul sito www.carloalberto.org.

delle nuove leve, penalizzate in termini di stabilità, retribuzione, crescita professionale, carriera, protezione sociale, per non parlare delle crescenti percentuali di giovani confinate fra i c.d. NEET (*not in education, employment or training*)⁹⁸.

Da tale rigida e impermeabile separazione fra *insider* e *outsider*, derivano costi pesanti per gli *outsiders* che premono alle porte del mercato del lavoro stabile, senza riuscirvi a entrare, con conseguente condanna ad una provvisorietà che li penalizza nella programmazione della loro vita, nella crescita professionale, nella carriera, nella retribuzione e nel successivo sistema pensionistico. Il tutto genera fenomeni di vera e propria distruzione di capitale umano, sub specie di sottoutilizzazione di conoscenze e di spreco di investimenti formativi (sia pubblici sia privati).

5.1. (segue) I rimedi proposti: a) Il contratto unico a tutele progressive

In Italia gravi segmentazioni si registrano in ordine alle dimensioni delle imprese, all'età e al genere dei lavoratori, ai diversi territori. A fronte di questo fenomeno, che incombe anche sul mercato del lavoro italiano⁹⁹, diverse sono state le proposte avanzate volte a superare i pericoli insiti in un mercato del lavoro sempre più *duale*. Fra le proposte, con finalità non meramente deregolamentative, che più hanno acceso il dibattito politico e dottrinale italiano è possibile ricordare quella relativa all'introduzione del cosiddetto *contratto unico a tutela progressiva*¹⁰⁰.

⁹⁸ Per un'analisi dei possibili effetti negativi della segmentazione del mercato del lavoro anche sui lavoratori a tempo indeterminato che di fatto, in simili contesti, sarebbero indotti ad accettare condizioni lavorative più flessibili, ma peggiori, v. W. EICHHROST - P. MARX, *Reforming German labour market institutions: A dual path to flexibility*, in *Journal of European soc. pol.*, 2011, p. 73 ss.

⁹⁹ L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea*, cit., p. 10.

¹⁰⁰ Il riferimento è alla proposta avanzata inizialmente da Tito Boeri e Pietro Garibaldi sul sito www.lavoce.info nel 2007 (cfr. T. BOERI - P. GARIBALDI, *Il "Testo Unico" del contratto unico*, del 19.10.2007, su www.lavoce.info; Id. *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Padova, 2008) che si è poi concretizzato, anche grazie all'intervento di Pietro Ichino nel suo ruolo di Senatore, con ben tre d.d.l.: i primi due, nn. 1872 e 1873, presentati l'11 settembre 2009, con l'ambizioso progetto di aggiornare gli artt. 2063-2074 c.c. al diritto sindacale post-corporativo e di riadattare gli artt. 2082-2134, 2222, 2240-2246 c.c. al radicale cambiamento del disposto base, cioè dell'art. 2094 c.c.; ed il terzo, n. 1481, depositato il 25 marzo 2009, avente come obiettivo il «contratto unico», peraltro riproposto sotto il nome di «standard minimo universale di protezione della continuità del lavoro e del reddito». A queste proposte è seguita quella del Senatore Nerozzi con il d.d.l. n. 2000, presentato il 5 febbraio 2010, con «un contratto unico d'ingresso» (Cui), ricalcato sul modello di Boeri e Garibaldi; mentre alla Camera, era stato presentato dall'On. Madia, col d.d.l. n. 2630, presentato il 22 luglio 2009, cui, a distanza di un paio d'anni, farà seguito l'On. Della Vedova, col d.d.l. n. 4277, presentato il 7 aprile 2011, intestati al «contratto

Il contratto unico è pensato come un contratto a tempo indeterminato, e quindi non prevede alcun termine di scadenza; prevede invece una fase di inserimento ed una fase di stabilità. La fase di inserimento dovrebbe durare fino a tre anni. La fase di stabilità inizierebbe al termine del terzo anno. La proposta prevede, dunque, una fase contrattuale d'ingresso, di durata non superiore a tre anni, in cui sarebbero riconosciuti un salario minimo e una tutela obbligatoria in caso di recesso del datore di lavoro per motivi diversi dal licenziamento disciplinare, nella forma di un'indennità di licenziamento di ammontare pari a cinque giorni di retribuzione per ogni mese di prestazione lavorativa (l'entità della compensazione monetaria diventa così correlata alla durata del rapporto).

In tale fase di ingresso - la proposta non lo dichiara ma lo sottintende - la "durata dell'instabilità" inusualmente più ampia rispetto al normale rapporto in prova, sarebbe funzionalmente orientata a rafforzare progressivamente, quasi fisiologicamente, il vincolo fiduciario; sarebbe cioè mirata a costruire le fondamenta di un "solido" contratto psicologico in grado di garantire reciproci investimenti di fiducia, prima a breve e medio termine (nei tre anni); poi ad altri di più lungo termine (nella fase di stabilizzazione).

Una sofisticata e positiva interazione tra flessibilità (anche in uscita) iniziale, e di medio termine, e stabilità quale obiettivo finale perseguito da entrambi i contraenti (per reciproco interesse e non solo per "buona" volontà o per volontà eteronomamente imposta).

All'assunzione iniziale con termine finale lungo di durata, e legittimità del recesso libero *ante tempus*, segue un rapporto fiduciario a stabilità garantita (ciclo economico permettendo), con l'instaurazione di un contratto a tempo indeterminato. Il citato contratto, inoltre, imporrebbe rigorosi limiti all'utilizzo "fraudolento" del contratto a termine con uno stesso lavoratore, fissando precisi vincoli all'azienda che intendesse riassumere a termine il medesimo lavoratore¹⁰¹. Anche in tale

unico di inserimento formativo» (Cuif) e, rispettivamente, ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato omni-assorbente. Per una ricostruzione articolata di tali proposte v. F. CARINCI, "Provaci ancora Sam", cit., p. 7 ss. Il dibattito sulla proposta è stato rilanciato recentemente da A. ALESINA - F. GIAVAZZI, *Dieci proposte (a costo zero) per dare una scossa all'Italia*, su www.corriere.it del 24 ottobre 2011.

¹⁰¹ Un'azienda che, per esempio, avesse interrotto un contratto unico durante la fase di inserimento potrebbe riassumere lo stesso lavoratore, nei successivi dodici mesi, solo ripristinando il suo statuto, in quanto a tutele contro il licenziamento, all'atto dell'interruzione del rapporto di lavoro. Ad esempio, se licenziato dopo 6 mesi, avrebbe fin dal primo giorno diritto a un mese di indennità nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Dal nuovo contratto verrebbe scomputato il periodo di inserimento già consumato nel precedente contratto. Pertanto, nell'ipotesi di licenziamento dopo 6 mesi, il

senso, un peso sul piatto della sicurezza che rende equilibrata e credibile, sul secondo versante, "la crisi" flessicurezza.

La proposta ha suscitato un vasto dibattito¹⁰², ma anche alcuni rilevanti critiche legate al fatto che, come è stato rilevato da una autorevole dottrina, «il contratto unico sarebbe sì un contratto a tempo indeterminato, ma si badi bene che "contratto a tempo indeterminato" non è affatto sinonimo di impiego stabile», e nel caso di specie ci si troverebbe di fronte «a un contratto a tempo indeterminato con libertà di licenziamento nei primi tre anni di durata del rapporto»¹⁰³.

Pare evidente che tali critiche si spieghino nella prospettiva, peraltro culturalmente legittima, di chi intravede nella tecnica della inderogabilità e della stabilità reale, garantita storicamente dalla sanzione della reintegra, l'unico orizzonte possibile della sicurezza nel lavoro, intesa come sicurezza del singolo posto di lavoro (secondo l'ideologia e la pratica della *job property*). Esse, però, finiscono per apparire unilaterali qualora un istituto di tutela (ancorché onusto di gloria come l'art. 18 dello Statuto) finisca per essere de-contestualizzato e reso quasi una monade auto esplicativa: nel caso della proposta sul contratto unico, infatti, l'allentamento del regime di stabilità reale nei primi tre anni, si inseriva in un quadro di regolamentazione complesso e articolato, in cui pesi e contrappesi venivano ri-balanciati in vista di un risultato finale che voleva essere comunque di sicurezza prospettica, in grado di agglutinare un certo tasso "sostenibile" di flessibilità utile all'impresa. Tradotta in prospettiva di bilanciamento dei valori e degli interessi, si tratta di una

nuovo contratto avrebbe una fase di inserimento limitata a 30 mesi, cfr. T. BOERI - P. GARIBALDI, *Il "Testo Unico"*, cit.

¹⁰² Per alcuni riferimenti cfr. L. CAVALLARO - D. PALMA, *Come (non) uscire dal dualismo del mercato del lavoro: note critiche sulla proposta di contratto unico a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 507 ss.; T. BOERI - M. ROCCELLA, *Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *Micromega*, 2009, p. 111. ss.; C. DAMIANO, *Unificare il mercato del lavoro*, in *Quaderni rass. sind.*, 2009, p. 91 ss.; L. BECCHETTI - S. CASTRIOTA - I. ROSSI, *La felicità in un contratto unico del lavoro*, su www.lavoce.info del 27.12.2011; C. PODDA, *Un sistema di tutele crescenti e uguali per tutti*, in *Quaderni rass. sind.*, 2009, p. 97 ss.

¹⁰³ Così M. ROCCELLA, in T. BOERI - M. ROCCELLA, *Dialogo sui precari*, cit., p. 117, il quale inoltre osservava criticamente «Boeri e Garibaldi insistono molto sul fatto che alla scadenza del contratto a termine il lavoratore non ha diritto ad alcunché, ma dimenticano di dire che durante il periodo di vigenza di un contratto a termine i lavoratori sono assistiti dal massimo grado di stabilità, nel senso che è impossibile sciogliersi legittimamente da un contratto a termine. Il contratto a termine è connotato da quella che i giuristi chiamano efficacia reale per ambedue le parti del rapporto, il che vuol dire che se un datore di lavoro volesse risolvere il rapporto dopo ad esempio tre mesi un contratto a termine della durata di tre anni sarebbe tenuto a corrispondere un risarcimento del danno pari alle retribuzioni dei 33 mesi restanti; mentre nel caso della proposta di Boeri e Garibaldi, un datore di lavoro che avesse la stessa bella idea sarebbe tenuto a corrispondere un indennizzo pari a 15 giorni di retribuzione. Come si vede la differenza non è di poco conto».

proposta mirata a contemperare, sul piano dei principi costituzionali, art. 4 e art. 41, ma anche art. 35, secondo comma, nella misura in cui valorizza processi di formazione e di investimenti formativi, in vista di personali percorsi di libertà e sicurezza e non solo utili all'impresa. Nella prospettiva della regolamentazione, una soluzione complessa e articolata con l'uso di un *mix* di strumenti disparati per un obiettivo ad alto tasso di complessità: tenere in equilibrio esigenze di flessibilità dell'impresa e sicurezza di chi lavora, ma utilizzati interattivamente per il raggiungimento di uno scopo teologicamente orientato: una mediazione difficile, ma sostenibile, tra tutela del lavoratore ed esigenze di efficienza dell'impresa.

La *ratio* e i contenuti della citata proposta, che trova nell'esperienza francese un significativo, quanto controverso, precedente legislativo¹⁰⁴, riecheggiano anche nel modello del *single permanent contract* di recente "sponsorizzato" dalle istituzioni comunitarie nel rapporto *Employment in Europe 2010: EU labour markets in time of economic crisis*¹⁰⁵. In tale documento, la Commissione europea, a fronte della persistente crisi economica e dei sempre più diffusi fenomeni di segmentazione del mercato del lavoro, produttivi di gravi conseguenze economiche negative in termini di investimenti sul capitale umano, sottolinea la validità della proposta presentata da autorevoli economisti i quali hanno suggerito quale "ricetta" l'adozione di un complesso di misure, comprendenti «*the adoption of a 'single permanent contract' replacing the existing legal asymmetry between permanent and fixed term contract. Such contract would be characterized by employment security increasing concurrently with job tenure (e.g. through the gradual rise in severance payments rights)*»; ed inoltre «*the introduction of a minimum wage; universal eligibility to unemployment insurance regardless of the type of contract; and limiting the application of temporary contracts to specific circumstances, such as genuine temporary task or highly paid work*»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Per un'analisi delle somiglianze e delle divergenze fra la proposta di «contratto unico» e il *Contrat nouvelles embauches* ed il *Contrat première Embauches* dell'esperienza francese, si rinvia all'approfondita analisi di F. CARINCI, "Provaci ancora Sam", cit., p. 18 ss.

¹⁰⁵ V. all'indirizzo http://ec.europa.eu/employment_social/eie/executive_summaries_en.html, cit., p. 152 ss. V. pure Commission Staff working document, *Open, dynamic and inclusive labour market*, Strasburgo 18.4.2012, SWD (2012) 97 final.

¹⁰⁶ Su tale posizione v. le osservazioni critiche di F. CARINCI, "Provaci ancora Sam", cit., p. 12 ss. Sulla stessa posizione critica v. alcuni studi tesi a dimostrare come l'introduzione di un *single contract* in mercati del lavoro caratterizzati da un fenomeno di dualismo, non sia sempre in grado di limitare un utilizzo distorto del lavoro a termine, in sostituzione del lavoro stabile, così P. GETE - P. PORCHIA, *A real options analysis of dual labor markets and the single labor contract*, MPRA (Munich Personal RePEc) ArchivePaper No. 34055, Ottobre 2011, <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/34055/>. Sugli effetti positive di tale proposta v.

5.2. La regolamentazione ossimorica del lavoro a termine nella riforma Fornero

Nonostante le spinte verso una riforma che conducesse all'ingresso nel mercato del lavoro italiano del «contratto unico» con la sua *ratio* di massima valorizzazione del contratto a termine come veicolo, a tutto campo, delle politiche e della filosofia della *flexicurity*, gli interventi legislativi in materia di lavoro a termine, varati dal governo presieduto da Mario Monti e contenuti nella cosiddetta riforma Fornero di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92, non seguono l'inversione di rotta annunciata da quella proposta e si collocano, invece, nel solco del tradizionale modello della *flexibility*, ma anche della *flexicurity, at the margin*, «figlia non di una programmazione consapevole, ma di una risposta congiunturale, divenuta sempre più febbrile, con la risultanza di una stratificazione alluvionale»¹⁰⁷.

I recenti cambiamenti¹⁰⁸, sicuramente ambivalenti per i nuovi dispositivi introdotti, sembrano, infatti, in linea con il passato: in maniera simile a quanto aveva fatto il legislatore del 2001, la nuova disciplina prova a recuperare la prospettiva del contratto a termine quale istituto in grado di garantire, unilateralmente e unicamente, una certa flessibilità al margine a favore dell'impresa; al contempo, tuttavia, la riforma del 2012 si ispira anche all'impostazione contenuta nelle modifiche alla disciplina del 2001 introdotte dal protocollo sul *welfare* del 2007 con finalità di controllo, limitazione e razionalizzazione dell'istituto. Attraverso un *mix* di interventi, la riforma Fornero prova a giustapporre, non antitetivamente, le due diverse e sinora contrapposte *rationes* (onde il sentore di ambivalenza) che si sono in qualche modo accavallate, diacronicamente, nella regolamentazione dell'istituto nell'ultimo decennio.

invece J.I. GARCIA PÉREZ - V. OSUNA PADILLA, *The effects of introducing a single open-ended contract in the Spanish labour market*, relazione presentata alla Conferenza *Dual Labor Markets and the Single Contract* il 13 aprile 2012, disponibile sul sito http://www.iza.org/conference_files/dlmsc_2012/viewProgram?conf_id=2181. Tale ultime posizioni si pongono sul piano delle previsioni degli effetti economici di un determinato intervento, in presenza di certe condizioni di mercato, secondo un approccio tipico dell'economista che non può certo condizionare, oltre un certo limite, l'analisi e la valutazione del giurista.

¹⁰⁷ Sulla convergenza dei paesi dislocati al di qua ed al di là delle Alpi verso questo modello v. F. CARINCI, *"Provaci ancora Sam"*, cit., p. 31.

¹⁰⁸ Su sui v. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, WP CSDL "Massimo D'Antona".IT – 153/2012; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, cit.; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, Relazione presentata al Convegno AGI di Ancona, 26-27 ottobre 2012; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 155/2012; P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 154/2012.

I provvedimenti adottati, infatti, mentre ricollocano, per un verso, il contratto a termine all'interno di una visione - e di un obiettivo - di mera flessibilità in entrata (il primo contratto), "riducono", in compensazione, i margini di utilizzabilità dello stesso da parte dell'impresa attraverso nuovi divieti, limiti e penalizzazioni economiche.

Nel considerare, secondo una impostazione assolutamente tradizionale, il contratto a termine un istituto che gioca un ruolo positivo, in termini di flessibilità, solo per l'impresa, ma che genera, invece, insicurezza per i lavoratori (è questo il ragionamento del legislatore), la sua regolamentazione deve essere un *mix*, apparentemente ossimorico, di agevolazioni e restrizioni, di facilitazioni e limiti e divieti. Mentre, tuttavia, il legislatore dell'ultimo decennio, a secondo dei mutamenti di colore dei governi che si sono succeduti, si era ispirato alternativamente all'obiettivo di liberalizzazione e/o a obiettivi di controllo/limitazione dell'istituto, e gli interventi assumevano *unilateralmente*, e *alternativamente*, l'obiettivo dell'allentamento o della restrizione regolamentativa, il legislatore della riforma Fornero fonde in un unico intervento obiettivi di liberalizzazione e controllo, introducendo una disciplina che in maniera un po' schizofrenica liberalizza il ricorso al lavoro a termine, ma al contempo fortemente ne limita l'utilizzo.

Nel far ciò, la riforma Fornero sposa un modello di intervento ispirato alla *flexicurity* diametralmente diverso da quello cui si era ispirato il contratto unico a tutele progressive. Quest'ultimo, infatti, in maniera innovativa per la tradizione italiana, tentava un temperamento fra flessibilità e sicurezza *all'interno* dello schema contrattuale del rapporto di lavoro a termine: all'interno di un unico contratto flessibile aumentavano progressivamente le tutele per i lavoratori coinvolti. Con la riforma Fornero, si conferma invece che l'obiettivo di sicurezza non è funzionalmente endogeno, ma esogeno all'istituto; un tale obiettivo è considerato, nella *ratio* della riforma, per definizione estraneo alla causa del contratto, alla sua funzione economico-sociale. In tal modo, se di filosofia di *flexicurity*, nell'intervento ultimo del legislatore, si può parlare, essa va collocata a monte e *all'esterno* dell'istituto del contratto a termine in sé considerato; essa è estrinseca poiché, semmai, collocabile nel bilanciamento di effetti complessivi sul sistema (onde l'enfasi nuova e inusuale sulla valutazione di impatto normativo) di diversi istituti: al contratto a termine è affidata la dose - ristretta rispetto a prima - di flessibilità per l'impresa (salvo ripensamenti regolativi, ove la valutazione d'impatto ne dovesse rivelare un restringimento eccessivo); al contratto di apprendistato la dose, ampliata e rafforzata, di sicurezza per i

lavoratori all'interno dello stesso contratto¹⁰⁹. Gli interventi summenzionati, dunque, non valorizzano *direttamente* il contratto termine in una prospettiva di *flexicurity* endogena al contratto, così come aveva tentato di fare la proposta del contratto unico. La riforma realizzata, nel solco della tradizionale impostazione italiana dell'istituto, tende a escludere in maniera aprioristica che il contratto a termine possa essere, in sé, considerato uno strumento in grado *anche* di perseguire obiettivi di flessibilità sostenibile nella prospettiva della sicurezza. E' invece al contratto di apprendistato, come detto, che il legislatore "tecnico" affida il ruolo di porta di ingresso privilegiata al lavoro stabile, relativamente sicuro, e pure appagante, oltre che *decente*, in ragione dell'investimento formativo che esso presuppone¹¹⁰.

Con riguardo alle tecniche di regolamentazione e agli specifici dispositivi, come si vedrà, la legge n. 92 del 2012 è intervenuta a modificare diversi profili della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 368 del 2001¹¹¹, confermando un modello di regolamentazione che fissa alcune regole ampie, specificate da regole di dettaglio minimaliste e semplificate, finalizzate ad affermare, almeno in linea teorica, la centralità del lavoro a tempo indeterminato come «contratto dominante» e a prevenire e/o limitare gli abusi nell'utilizzo del lavoro a termine, delegando ampi margini di derogabilità alla contrattazione collettiva a tutti i livelli e aprendo vasti spazi di bilanciamento degli interessi al potere giudiziario.

¹⁰⁹ Un diverso e più efficace contemperamento fra flessibilità e sicurezza *all'interno* del contratto sembra realizzato infatti nell'ambito della disciplina del contratto di apprendistato. Per un'analisi dell'evoluzione della disciplina in materia v. F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi-unico")*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 145/2012.

¹¹⁰ Si veda la lunga intervista rilasciata dal ministro Fornero al Sole 24 ore del 16 ottobre 2012 *"Meno vincoli sui contratti a termine, con un decreto la modifica della riforma"*. Sulla nuova centralità del contratto di apprendistato nell'ordinamento italiano, F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista*, cit. Sul rapporto tra contratto di apprendistato, strategie di *flexicurity* e *capability* si rinvia a B. CARUSO, *Occupabilità*, cit., p. 19 ss.

¹¹¹ Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit.; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, cit.