ISSN 1126-5760

ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA

Mattia Persiani e Franco Carinci

4-5/2006

Conflitto industriale e conflitto generazionale

Persona e danni risarcibili

Il compenso del lavoro a progetto

Accertamento pregiudiziale sull'efficacia e validità dei contratti e accordi collettivi nazionali

Regresso delle tutele e vincoli comunitari

Riservatezza del lavoratore subordinato e accesso ai dati personali - Competenze dell'Autorità garante - *Mobbing* e competenza legislativa regionale - Produzione documentale e nuovi mezzi di prova nel processo del lavoro - Contributi sindacali, sindacati non firmatari e condotta antisindacale - Le Sezioni unite sul risarcimento dei danni alla persona - Dirigenti di aziende industriali e spese di difesa - Scioglimento dei fondi di previdenza complementare e tutela degli iscritti - Controllo giudiziale della malattia - Illegittimità della cartella esattoriale - L'effettività del diritto alle ferie - Indennità sostitutiva per ferie non godute - Licenziamento per giusta causa del dirigente - La tempestività nel licenziamento disciplinare - Sospensione condizionale e patteggiamento della pena - Potere disciplinare e principio di immediatezza - Tentativo obbligatorio di conciliazione e arbitrato irrituale

CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2006

Gabriele Franza
Ricercatore dell'Università di Roma « Tor Vergata »

REGRESSO DELLE TUTELE E VINCOLI COMUNITARI

Sommario. 1. Il problema. – 2. Il significato della clausola di non regresso. – 3. Il « livello generale di tutela ». – 4. L'« ambito coperto » dalla direttiva. – 5. La confusione tra l'armonizzazione nel progresso ed un inesistente divieto di regresso. – 6. L'incompatibilità di un simile divieto con il principio di libera concorrenza e con le politiche occupazionali. – 7. La posizione della Corte di Giustizia. – 8. Il controllo sulle ragioni del regresso. – 9. L'asserito onere di indicazione di tali ragioni ed il principio di « leale cooperazione ». – 10. Clausola di non regresso e *ratio legis*.

1. – Da diversi anni il legislatore comunitario, sovente sulla scorta di accordi conclusi tra le parti sociali, statuisce nelle direttive in materia di politica sociale che la loro « attuazione » non costituisce, per gli Stati membri, una valida giustificazione per realizzare un « regresso », nell'« ambito coperto » dalla direttiva, del « livello generale » di tutela già garantito dalle legislazioni nazionali.

L'introduzione pressoché generalizzata, dapprima nei considerando (1) e poi anche nella struttura propriamente normativa delle direttive (2), di questa clausola oramai nota come clausola di non regresso, ha sollecitato l'attenzione della letteratura giuslavoristica (3).

---

(1) Cfr. il secondo considerando della direttiva n. 89/391, in materia di sicurezza e salute dei lavoratori sul lavoro, in base al quale « la presente direttiva non può giustificare l'eventuale riduzione dei livelli di protezione già raggiunti in ciascuno Stato membro, poiché gli Stati membri, in virtù del Trattato, stanno cercando di promuovere il miglioramento delle condizioni esistenti in questo settore e si sono prefissi l'obiettivo dell'armonizzazione di dette condizioni nel progresso ». Sul punto già L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2001, n. 3, pag. 633 e segg., in particolare alla nota 52.

(2) Cfr. art. 1, par. 3, dir. n. 92/85 Cee; art. 18, par. 3, dir. n. 93/104 Ce; clausola 4, par. 2, dell'accordo quadro recepito dalla dir. n. 96/34 Ce; art. 6, dir. n. 97/80 Ce; clausola 6, par. 2, dell'accordo quadro recepito dalla dir. n. 97/81 Ce; art 2, par. 2, dell'accordo quadro recepito dalla dir. n. 99/63 Ce; clausola 8, par. 3, dell'accordo quadro recepito dalla dir. n. 99/70 Ce; art. 2, par. 3, dir. n. 2000/34 Ce; art. 6, par. 1, dir. n. 2000/43 Ce; art. 8, par. 2, dir. n. 2000/78/Ce; art. 2, par. 2, dell'accordo recepito dalla dir. n. 2000/79 Ce; art. 8 dir. n. 2001/23 Ce; art. 9, par. 3, dir. n. 2002/14 Ce; art. 10, dir. n. 2002/15 Ce; art. 8 *ter*, dir. n. 2002/74 Ce; art. 23, dir. n. 2003/88 Ce.

(3) Cfr. M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, n. 3, pag. 493 e segg.; A. Celotto, *Direttive comunitarie in attesa di recepimento e ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 758 e segg.; M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *Working Papers C.S.D.L.E.*, 2004, n. 49, pag. 20 e segg.; L. Garofalo, *Le clausole di « non regres-*

La principale questione posta dalla clausola consiste nello stabilire se essa introduca, come vagheggiato da alcuni, un divieto di *reformatio in peius*, tale da produrre un inammissibile effetto di cristallizzazione (*stand still*) delle tutele nazionali vigenti. Ovvero se, in ragione della sua chiara formulazione letterale ed in doverosa conformità ai principi dell'ordinamento comunitario, abbia, come in effetti ha, una diversa ed assai più contenuta funzione.

2. – Dalle innovazioni introdotte con l'Atto unico europeo e soprattutto dall'Accordo sulla politica sociale, la Comunità persegue il fine di armonizzare i sistemi nazionali attraverso l'adozione di prescrizioni minime. Pertanto l'obbligo di attuare una direttiva si identifica, per gli Stati membri, con l'obbligo di garantire la conformità della legislazione interna a quelle prescrizioni. Conformità che, qualora non già esistente al momento dell'adozione della direttiva, impone ai legislatori nazionali l'elevazione e il successivo mantenimento del proprio regime di protezione sociale almeno fino a tale soglia (4).

---

so » nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, I, pag. 39 e segg.; Id., *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, n. 3, pag. 569 e segg.; G. Dondi, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, *ibidem*, pag. 559 e segg.; U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, *ibidem*, pag. 536 e segg.; Id., *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Working Papers C.S.D.L.E.*, 2005, n. 64, pag. 31 e segg.; A. Andreoni, *La nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, n. 1, pag. 87 e segg. In argomento anche S. Scarponi, *Luci e ombre della dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, n. 2, pag. 403;V. Leccese, *L'orario di lavoro*, Bari, 2001, pag. 199 e segg.; A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, pag. 67 e segg.; A. Vallebona, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. Lav.*, 2002, pag. 30; R. Nunin, *L'accordo quadro del 18 marzo 1999 e la direttiva n. 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato: profili regolativi ed obblighi di conformazione per l'Italia*, in L. Menghini (a cura di) *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002, pag. 52 e segg.; M. De Luca, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Foro It.*, 2002, c. 105; G. Proia, *Flessibilità e tutela « nel » contratto di lavoro subordinato*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, pag. 419; L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine*, op. cit., pag. 633 e segg.; C. Lazzari, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2002, pag. 443 e segg.; B. Caruso, *Riforma del* part-time *e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *Working Papers C.S.D.L.E.*, 2003, n. 17, pag. 16 e segg.; A. Allamprese, *Osservazioni sul decreto 66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro*, Atti del Seminario su *La riforma dei tempi e orari di lavoro: il decreto legislativo n. 66/2003*, Siena, 27 giugno 2003; S. Sciarra, *Fundamental Labour Rights and the Lisbon Agenda*, in *Working Papers C.S.D.L.E.*, 2005, n. 36, pag. 7 e segg. Per un'analisi nella dottrina d'oltralpe N. Moizard, *Droit communautaire. Son usage régressif dans la riforme de la charge de la preuve d'un harcèlement*, in *Sem. Soc. Lamy*, 2003, n. 1113, pag. 6 e segg.

(4) Questo significato della locuzione « attuazione della direttiva » è confermato dalla

La derogabilità *in melius* della tutela minima comunitaria quale facoltà dei legislatori nazionali è espressamente sancita dal Trattato, secondo cui l'adozione delle disposizioni comunitarie non osta a che uno Stato membro mantenga o introduca norme di maggiore protezione (art. 137 § 4). E nelle direttive sono spesso introdotte apposite clausole che ribadiscono questo principio, a ben vedere confermato indirettamente anche dalle clausole di non regresso, che presuppongono un ordinamento superconformato ([5]).

Infatti le clausole di non regresso considerano l'ipotesi di un ordinamento nazionale che, essendo appunto conformato in eccesso rispetto alla soglia di tutela minimale, modifichi *in peius* la propria legislazione di tutela del lavoro, abbassandola verso il minimo comunitariamente imposto.

La clausola di non regresso è diretta ad escludere che tale arretramento di tutele, in sé pienamente legittimo in quanto rispettoso della soglia minima comune, possa fondarsi sul « pretesto » rappresentato dalla apparente necessità di attuare una direttiva. E così, non solo si attribuisce all'ordinamento interno la piena responsabilità politica delle proprie legittime scelte regressive nei confronti dei destinatari della normativa interna ([6]), ribadendo che il governo europeo non ha affatto inteso ridurre il livello di tutela nazionale, eventualmente superiore alle prescrizioni minime comunitarie, stante la già ricordata derogabilità *in melius* della tutela comunitaria. Ma soprattutto si vieta un arretramento della protezione nazionale privo di qualsiasi giustificazione diversa dal mero ingannevole pretesto di dover attuare la direttiva.

3. – Per definire la reale portata della clausola è innanzitutto necessa-

---

pronuncia della Corte costituzionale n. 45 del 7 febbraio 2000 (in *Foro It.*, 2000, I, col. 701; *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 746 e segg.), in materia di lavoro a tempo parziale, che rileva come « l'eliminazione pura e semplice della tutela contenuta nella vigente disciplina » farebbe sorgere « la responsabilità dello Stato italiano per inadempimento di uno specifico obbligo comunitario ». Questa conclusione, del resto, viene ribadita dalla sentenza n. 41 del 2000 (anch'essa in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag. 746 e segg.), coeva a quella appena esaminata, ove il Giudice delle leggi osserva che l'abrogazione referendaria della disciplina del contratto a termine sarebbe « assolutamente inidonea ad assolvere l'obbligo, imposto dalla direttiva, di introdurre nell'ordinamento interno norme volte a regolamentare sia le ragioni ed i limiti del rinnovo del contratto a tempo determinato, sia le ipotesi di trasformazione di esso in contratto a tempo indeterminato ». Da ciò desumendone, senza alcun riferimento alla clausola di non regresso, « l'inammissibilità del referendum, dovendo escludersi che dall'abrogazione referendaria di norme interne possa derivare l'esposizione dello Stato italiano a responsabilità nei confronti della Comunità europea ».

([5]) G. Dondi, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 566.

([6]) Per tutti U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 552.

rio determinare il significato della locuzione « livello generale di tutela », rispetto al quale è vietato l'arretramento pretestuoso.

Si tratta di stabilire se il legislatore comunitario abbia assunto ad oggetto della comparazione imposta dalla clausola (7) soltanto le tutele riguardanti il rapporto di lavoro (8), ovvero anche, come appare corretto, i benefici per gli *outsiders* nell'accesso all'impiego (9).

L'esclusione di questi ultimi sarebbe discutibile nei suoi stessi presupposti teorici (10). Invero – come evidenziano i « considerando » delle direttive sui lavori atipici – il governo europeo e le stesse parti sociali so-

(7) La disputa sul metodo di accertamento del mantenimento del livello generale delle tutele è circoscritta alla alternativa tra il ricorso ad un confronto da compiersi istituto per istituto mediante « un parametro non analitico, bensì selettivo » (G. Dondi, op. ult. cit., pag. 560), attento cioè agli aspetti « della disciplina dell'istituto che hanno valore essenziale e caratterizzante » (U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza*, op. cit., pag. 69 segg.); ovvero al criterio del cosiddetto conglobamento (in questo senso M. Delfino, *Il principio di non regresso*, op. cit., pag. 507; P. Tosi, F. Lunardon, *Introduzione al diritto del lavoro. L'ordinamento europeo*, Bari, 2005, pag. 124; nello stesso senso, ma con espresso riferimento alla complessiva disciplina del contratto a termine, L. De Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro. It.*, 2002, c. 36 e segg.; A. Vallebona, *La nuova disciplina*, op. cit., pag. 29. *Contra*, S. Centofanti, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 925. In senso critico anche G. Pera, M. Papaleoni, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003, pag. 167, secondo cui tale comparazione si rivelerebbe paradossale « ponendo nel calderone cose diversissime »). Al contrario il ricorso al criterio del cumulo (M. De Luca, *Direttiva comunitaria*, op. cit., col. 95), imponendo la somma dei trattamenti più favorevoli previsti dalle normative nazionali che si succedono mediante la eventuale reviviscenza della norma interna sostituita, potrebbe trovare applicazione solo nella ipotesi in cui si giungesse ad accertare la violazione della clausola di non regresso, per un arretramento pretestuoso del livello generale di tutela (sul punto si veda comunque *infra*, n. 10).

(8) In questo senso U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza*, cit., pag. 70, nota 171; M. De Luca, *Direttiva comunitaria*, op. cit., col. 105.

(9) A. Vallebona, *La nuova disciplina*, op. cit., pag. 30. Sulla questione, dunque, incide la specifica materia oggetto della disciplina europea. Difatti, mentre l'individuazione di queste tutele è « agevole nel caso in cui la fonte comunitaria contenga disposizioni chiare, precise ed incondizionate e, in ogni caso, esprima criteri univoci per l'opera di recepimento » (G. Proia, *Flessibilità e tutela*, op. cit., pag. 419), non altrettanto può dirsi laddove le direttive si propongono di realizzare una equilibrata sintesi tra le esigenze di flessibilità e sicurezza. Ciò che avviene in particolare nelle direttive cd. flessibili o di seconda generazione, in cui la politica sociale si coniuga con le nuove tematiche occupazionali (in argomento T. Treu, *Politica sociale: problemi e prospettive*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, n. 3, pag. 307 e segg.; G. De Simone, *Flessibilità, lavori flessibili, diritto comunitario*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2003, pag. 503 e segg.).

(10) G. Dondi, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 561, che giustamente rileva come « l'alternativa di politica del diritto fra una concezione statica della tutela ed un garantismo più flessibile, che metta a confronto gli obiettivi di tutela e istituisca fra essi una graduatoria di prevalenza alternativa (sintetizzabile nella contrapposizione fra tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro o sul mercato) è lungi dall'essere risolta ».

no consapevoli che, nella ricerca di un equilibrio tra utilità nel mercato del lavoro delle tipologie flessibili e sicurezza nel rapporto di lavoro, l'innalzamento dei livelli di tutela nel primo ambito può implicare il sacrificio del livello di tutela nel secondo, e viceversa. Sicchè il percorso intrapreso dalle istituzioni comunitarie, in quanto finalizzato a bilanciare e, laddove possibile, coniugare senza sacrifici i due profili ([11]), verrebbe vanificato se si propendesse per un'interpretazione restrittiva delle tutele comparabili.

D'altronde, proprio al fine di garantire tale contemperamento di interessi il legislatore comunitario ha, con accortezza, precisato che il livello di tutela soggetto al non regresso consiste nel solo « livello generale » di protezione. Con tale locuzione, quindi, si circoscrive la stessa *ratio* di « non pretesto » propria della clausola, sancendo *a priori* ed indipendentemente dalla motivazione la legittimità di un arretramento di un certo tipo di tutele nell'ipotesi in cui contestualmente se ne introducono altre ([12]). Si consente, così, ai legislatori interni di realizzare un equilibrato bilanciamento di tutele tra *insiders* ed *outsiders* anche in sede di attuazione di direttive contemplanti tale bilanciamento, con assoluta irrilevanza delle ragioni dell'arretramento su un versante compensato dall'avanzamento sull'altro versante ([13]).

4. - Al fine di precisare ulteriormente la portata della clausola, occorre anche chiarire il significato dell'espressione « ambito coperto » dalla direttiva (o dall'accordo quadro in essa recepito), perché è rispetto a tale « ambito » che la clausola espleta la propria funzione.

Secondo alcuni Autori l'« ambito coperto » dalla direttiva riguarda i soli aspetti disciplinati, attraverso le prescrizioni minime, dalla normativa comunitaria ([14]).

([11]) Così ancora G. Proia, *Flessibilità e tutela*, op. loc. cit.; in senso analogo per la direttiva sul lavoro a tempo parziale già S. Scarponi, *Luci e ombre*, op. cit., pag. 403.

([12]) G. Dondi, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 566.

([13]) In quest'ottica, quindi, assumono rilevanza anche le formulazioni su cui si modella la clausola nelle singole direttive. Ad esempio, la clausola di non regresso inserita nella dir. n. 97/81 sul lavoro a tempo parziale legittima l'interprete a vagliare la portata regressiva di una disposizione di tutela diversa (cioè peggiorativa) pure alla luce delle ulteriori finalità occupazionali, che vengono espressamente salvaguardate dal legislatore comunitario in quanto costituiscono un obiettivo della stessa direttiva.

([14]) In questo senso M. Tiraboschi, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Milano, 2002, pag. 69; G. Santoro Passarelli, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, pag. 184; A. Vallebona, *La nuova disciplina*, op. cit., pag. 30.

Un'altra dottrina identifica, invece, la nozione di ambito coperto dalla direttiva con « l'*intero* campo su cui lo specifico intervento comunitario è destinato comunque ad incidere » ([15]), perché altrimenti risulterebbe vanificata la funzione antifradulenta della clausola.

Il dibattito si acuisce quando la disciplina europea risulta parca dal punto di vista strettamente precettivo, come nel caso della direttiva sul lavoro a tempo determinato. Ma argomenti a sostegno dell'impostazione da ultimo richiamata sono stati ravvisati anche in presenza di una maggiore articolazione dell'impianto normativo, come nella direttiva sull'orario di lavoro ([16]).

La lettura estensiva non pare tenere debitamente conto della portata attribuibile alla locuzione « attuazione della direttiva ». Si è rilevato, infatti, che attuare una direttiva in materia di politica sociale significa garantire la persistente conformazione dell'ordinamento interno alle sue prescrizioni minime. Sicchè la clausola di non regresso non incide su processi realmente traspositori, ma, presupponendo un ordinamento già superconformato, è diretta solo ad evitare un arretramento delle tutele nazionali imputato pretestuosamente alla apparente necessità di attuare la direttiva.

Se questo è la *ratio*, non vi è alcuna possibilità di riferire la clausola a quei profili della materia che esulano dall'intervento comunitario. Difatti, non ricorrendo per quei profili la possibilità di sfruttare inesistenti prescrizioni minime quale pretesto per un eventuale intervento regressivo, la volontà del legislatore nazionale di realizzare un arretramento di tutele sarà, con assoluta certezza, riconducibile in via esclusiva alle sue opzioni di politica sociale.

5. – Secondo una parte della dottrina, tuttavia, la clausola di non regresso costituirebbe espressione di un generale principio di non regresso, argomentabile dall'art. 136 del Trattato. E così, introducendo un limite al potere legislativo interno, in guisa di divieto di arretramenti, la clau-

---

([15]) U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza*, op. cit., pag. 65 e segg. Per l'estensione degli effetti della clausola di non regresso ad ogni profilo della materia si veda U. Carabelli, *Intervento programmato* al Seminario del Cesri-Luiss su *La riforma del lavoro a termine del 22 ottobre 2001*, Roma, 2001, in *www.unicz.it/lavoro*; L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine*, op. cit., pag. 647; M. Delfino, *Il principio di non regresso*, op. cit., pag. 488 e segg.; L. De Angelis, *Il nuovo contratto a termine*, op. cit., col. 40; C. Lazzari, *L'attuazione nell'ordinamento italiano*, op. cit., pag. 443 e segg.; V. Speziale, *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studi Aidlass (Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002), Milano, 2002, pag. 456 e segg.

([16]) In questo senso ancora U. Carabelli, V. Leccese, op. ult. cit., pag. 67.

sola avrebbe proprio la funzione di realizzare l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro perseguito nella logica della parificazione nel progresso, il quale imporrebbe « la salvaguardia del livello di protezione esistente negli ordinamenti nazionali » ([17]). In tal modo si verrebbe a configurare un rapporto di equivalenza funzionale tra l'obiettivo dell'armonizzazione nel progresso ed il divieto di arretramenti, facendo anche di quest'ultimo un vincolo giuridico di fonte primaria. Da qui la cristallizzazione delle tutele già esistenti ([18]), salva l'ulteriore interazione con altri obiettivi, sanciti nel Trattato istitutivo ([19]) o dalle singole direttive ([20]), che inneschino processi di bilanciamento nelle sedi traspositorie.

Questa idea è profondamente sbagliata. È vero, infatti, che le clausole di non regresso, al pari delle clausole che riproducono nelle singole direttive il criterio sancito dall'art. 137 § 4 del Trattato, rispondono all'esigenza della Comunità di non imporre l'adeguamento degli ordinamenti interni verso il basso, ossia verso il livello di protezione minimo garantito dalla fonte sovranazionale. Ma non è corretto dedurre dall'obiettivo del miglioramento delle condizioni di lavoro il ben diverso ed inesistente principio di non regresso, per cui ai legislatori nazionali sarebbe vietato ridurre le proprie tutele fino al livello minimo comunitario ([21]).

([17]) M. Delfino, *Il principio di non regresso*, op. cit., pag. 499, secondo cui, in definitiva, l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro presupporrebbe che non venissero inficiate, mediante disposizioni *in peius*, le condizioni già garantite ad uno specifico livello di protezione, in quanto il cosiddetto *improvement* conterrebbe per definizione, ed anzi avrebbe come sua base di partenza, proprio lo *stand still* delle disposizioni di tutela. Nello stesso senso L. Garofalo, *Le clausole di « non regresso »*, op. cit., pag. 39 e segg., secondo cui le « le clausole di non regresso costituiscono l'attuazione concreta del principio cardine del diritto sociale comunitario, e cioè, quello che vuole che l'azione comunitaria operi nel senso della parificazione nel progresso poiché è diretta al miglioramento delle condizioni di lavoro ».

([18]) Nel senso di un divieto di arretramenti assoluto L. Garofalo, op. loc. cit.; nello stesso senso N. Miranda, *La nuova disciplina sul lavoro a termine alla luce della direttiva comunitaria*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2004, n. 3, pag. 530 e segg.; da ultimo A. Andreoni, *La nuova disciplina sul lavoro a tempo*, op. cit., pag. 87 e segg.

([19]) M. Delfino, op. cit., pag. 493 e segg.; in senso adesivo B. Caruso, *Riforma del* part-time, op. cit., pag. 16.

([20]) A. Celotto, *Direttive comunitarie*, op. cit., pag. 758 e segg.

([21]) In altri termini, mentre appare scontato che la clausola di miglior favore si fondi sulla *ratio* del *favor laboris* rispetto all'introduzione di uno standard protettivo europeo meno elevato, costituisce invece una petizione di principio assumere che dalla stessa norma discenda anche la regola ferrea della cristallizzazione del trattamento *in melius* previsto dal diritto nazionale, secondo un'imprecisata equipollenza tra l'interazione tra fonti internazionali e quella – differente – imposta dalla conformazione dell'ordinamento interno alla fonte sovranazionale che preveda un trattamento di miglior favore. In questo senso invece L. Ga-

Questa conclusione non solo è priva di qualsiasi aggancio normativo, ma contrasta palesemente con il tenore delle esaminate clausole di non regresso, che non avrebbero senso se esistesse un generale divieto di regresso. Contrasta, inoltre, con il principio (art. 137 § 4) e le clausole che autorizzano lo Stato nazionale a mantenere eventuali disposizioni più favorevoli al lavoratore rispetto al minimo comunitario, poiché se tale mantenimento è una facoltà non può essere un obbligo. Contrasta, poi, con tutto il processo evolutivo della politica sociale, in cui il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro è sempre coordinato con gli altri obiettivi sanciti dall'art. 136, ed in particolare con l'esigenza di competitività dell'economia della Comunità e il rispetto delle diverse prassi nazionali (22). Contrasta, infine, con la tecnica regolativa prescelta proprio per realizzare il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che è quella della armonizzazione garantita dalla previsione di soglie minime condivise di tutela (23).

Le prescrizioni minime comunitarie esprimono il contemperamento, al livello di protezione ritenuto più appropriato (24), delle esigenze di tutela dei lavoratori già occupati con le altre finalità (sociali ed economiche) sui cui si innesta l'azione congiunta della Comunità e degli Stati membri. Tale contemperamento, pertanto, non persegue solo il fine del

---

ROFALO, op. ult. cit., pag. 46, ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali sul tema dei rapporti tra fonti sovranazionali e principio del *favor laboris*.

(22) A. ADINOLFI, *Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, nn. 2-3, pag. 563 e segg.; M. WEISS, *Il Trattato di Amsterdam e la politica sociale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, n. 1, pag. 3 e segg.; R. FOGLIA, *La politica sociale dopo Amsterdam*, *ibidem*, pag. 27 e segg.; R. BLANPAIN, *Il Trattato di Amsterdam e le sue conseguenze: fine del modello sociale europeo?*, in *Dir. Lav.*, 1998, n. 1, pag. 21. D'altronde, se è vero che tali obiettivi non erano contemplati nell'Accordo sulla politica sociale, è parimenti certo che in esso scompariva ogni riferimento all'obiettivo della armonizzazione nel progresso. Sicché, qualora si propendesse per una lettura formalistica delle disposizioni del Trattato, rispetto alle direttive adottate in base a quell'Accordo (artt. 3 e 4) non sarebbe comunque legittimo configurare una «perfetta integrazione» fra l'obiettivo dell'armonizzazione nel progresso e quello dell'armonizzazione minima (così invece M. DELFINO, op. cit., pag. 500).

(23) La connessione tra obiettivi e tecniche regolative elaborata nel Trattato istitutivo viene inoltre ribadita in numerosi considerando delle direttive; si veda, ad es., il settimo considerando premesso alla direttiva n. 93/104 Ce in materia di orario di lavoro, secondo cui «l'adozione di prescrizioni minime relative all'organizzazione dell'orario di lavoro può migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori della Comunità».

(24) Come ha avuto modo di precisare la stessa Corte di Giustizia in materia di orario di lavoro (Corte Giust., 12 novembre 1996, C-84/94, *Regno Unito* c. *Consiglio*), la nozione di «prescrizioni minime» non integra affatto gli estremi del minimo comune denominatore di tutele, come tale accettabile da parte di tutti gli ordinamenti interni, in quanto non «pregiudica l'intensità dell'azione... ritenuta necessaria», che viene dunque rimessa alla «dimensione più appropriata: quella della discrezionalità politica» della Commissione e del Consiglio (M. ROCCELLA, *Diritto comunitario*, op. cit., pag. 22).

miglioramento delle condizioni di lavoro, bensì anche quelli, parimenti rilevanti, dell'occupazione e del funzionamento del mercato comune, mediante un processo normativo che tiene conto del mutevole equilibrio tra i differenti obiettivi e che, in definitiva, mira a realizzarne la sintesi ([25]). Ed è, quindi, in tale momento che si realizza quel bilanciamento di interessi che, invece, sarebbe alterato dalla cristallizzazione delle eventuali maggiori tutele del lavoro previste a livello nazionale ([26]).

La verità è che lo *stand still* dei livelli di protezione, conseguente all'inventato divieto di arretramenti, non costituirebbe affatto una tecnica di *improvement*, perché non garantirebbe in alcun modo il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro di tutti i lavoratori della Comunità ma, per l'appunto, si limiterebbe a cristallizzare quelle già acquisite dai soli lavoratori degli Stati più garantisti.

6. – Contro l'ammissibilità di una cristallizzazione di tutele imposta dalla fonte sovranazionale militano anche altri ordini di ragioni.

Il sistema di ripartizione delle competenze normative in materia di politica sociale soggiace, infatti, al rispetto dei principi fondanti le altre politiche comunitarie, a partire da quella economica. Una cristallizzazione delle tutele violerebbe il principio della libera concorrenza, perché imporrebbe il mantenimento di un regime di costi diversificato per ciascun ordinamento interno in ragione del differente livello di protezione sociale già garantito. Per tale via si finirebbe, dunque, per imporre dall'alto (cioè tramite la fonte comunitaria) proprio quegli effetti di *dumping* che l'ordinamento della Comunità non può introdurre, e che anzi deve prevenire e sanzionare ([27]).

Da tempo, inoltre, la politica sociale europea, soprattutto per il tramite del dialogo sociale, risente dell'adeguamento a nuove tecniche regolative, quale quella del coordinamento per obiettivi, già affinate nell'evoluzione delle politiche per l'occupazione e dell'annessa strategia.

Anche nell'ambito della politica sociale, infatti, da un lato oramai convive, assieme alla funzione armonizzatrice, il potere delle istituzioni

---

([25]) Così anche G. Dondi, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 563.

([26]) Peraltro, proprio la correlazione tra l'armonizzazione nel progresso, i nuovi settori di competenza (anche) comunitaria e l'introduzione della regola della maggioranza in seno al Consiglio inducono a ritenere che il miglioramento delle condizioni di lavoro non sia concepito solo in una prospettiva verticale, cioè mediante l'innalzamento delle tutele per uno specifico settore; quanto piuttosto in senso orizzontale, vale a dire aumentando la capacità regolativa degli organi comunitari in materia sociale attraverso il ricorso oramai generalizzato alla tecnica delle prescrizioni minime. In questo senso, per tutti, M. Weiss, *Il Trattato di Amsterdam*, op. cit., pag. 5.

([27]) Cfr. U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 550 e segg.

comunitarie di « adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte » (secondo la più recente formulazione, adottata a Nizza, dell'art. 137 § 2). Dall'altro, si assiste ad una incessante contaminazione delle tecniche utilizzate nell'elaborazione delle stesse direttive di armonizzazione, e soprattutto degli accordi quadro conclusi dai sindacati europei. Contaminazione spesso destinata a risolversi « nella ibridazione del linguaggio più propriamente normativo rinvenibile nelle proposte elaborate dalla Commissione con quello esortativo e ottativo » ([28]), tipico della *soft law*.

Una cristallizzazione delle tutele, pertanto, contrasterebbe con gli obiettivi sanciti, in tema di politiche per l'occupazione, dall'art. 125 del Trattato, a mente del quale la Comunità persegue la « promozione di una forza lavoro adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici » ([29]). In sostanza, proprio la dinamicità che permea le relazioni correnti tra fonti nazionali e sovranazionali impone di rifiutare la logica unidirezionale della preservazione di specifici assetti di tutela nazionali, i quali, all'opposto, sono destinati ad un costante rinnovamento per la « ricerca di un equilibrio contingente e, dunque, per definizione non cristallizzabile » ([30]).

7. – L'interpretazione della clausola di non regresso è stata sottoposta alla Corte di Giustizia nella causa *Mangold* ([31]), definita con sentenza della Grande Sezione il 22 novembre 2005. L'*Arbeitsgericht Munchen*, con ordinanza del 26 febbraio 2004 ([32]), aveva chiesto alla Corte se la legge tedesca di riforma del mercato del lavoro, che riduce l'età anagrafica oltre la quale è consentito stipulare contratti a termine senza una specifica causale, fosse in contrasto con la clausola di non regresso contenuta nella direttiva 99/70 Ce.

I giudici di Lussemburgo hanno escluso tale contrasto, chiarendo che « una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro ». È infatti sufficiente che l'intervento regressivo non sia « in alcun modo collegat[o] con l'applicazione di questo ».

([28]) G. Perone, *L'azione regolativa delle parti sociali nella dinamica delle e tra le fonti giuslavoristiche europee*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, n. 1, pag. 26.

([29]) G. Dondi, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 564.

([30]) G. Perone, *L'azione regolativa*, op. ult. cit., pag. 25.

([31]) Corte Giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold* c. *Helm*.

([32]) Il testo dell'ordinanza può leggersi in GUCE, C 146/1 del 29 maggio 2004.

La sentenza conferma, quindi, che la funzione della clausola è soltanto quella di impedire che un arretramento di tutele si fondi sulla asserita pretestuosa necessità di conformare in tal modo l'ordinamento interno alla direttiva ([33]). Mentre ogni altro obiettivo legittima una *reformatio in peius* sino alla soglia delle prescrizioni minime comunitarie ([34]). E nel caso in questione tale obiettivo è stato rinvenuto nella politica di promozione dell'occupazione praticata dal legislatore tedesco ([35]).

Pertanto la Corte condivisibilmente esclude che la clausola di non regresso imponga una cristallizzazione delle tutele. Con ciò implicitamente accogliendo le osservazioni dell'avvocatura generale, secondo cui tale effetto « contrasterebbe con il sistema di ripartizione delle competenze voluto dal Trattato, il quale nel campo della politica sociale riserva alla Comunità il compito si sost[enere] e complet[are] l'azione degli Stati membri in specifici settori (art. 137 CE) » ([36]).

La ricordata disposizione del Trattato, infatti, risponde al principio di sussidiarietà, disciplinando le modalità di ripartizione delle competenze assunte dalla Comunità e dagli Stati membri nell'ambito dei settori di competenza concorrente individuati dal medesimo art. 137. Il combinato disposto dei paragrafi 2 e 4 di questa disposizione affida al legislatore co-

---

([33]) A commento della sentenza A. Vallebona, *Lavoro a termine: primo contratto e clausola di non regresso*, in corso di pubblicazione su *Dir. Lav.*, 2006, n. 2, II. In precedenza, per analoghe riflessioni V. Leccese, *L'orario di lavoro*, op. cit., pag. 208 e segg.; A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro*, op. cit., pag. 30; L. Angelini, *La riforma del contratto di lavoro a tempo determinato. Temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, pag. 81; V. Ferrante, *Sub. art. 19. Disposizioni transitorie e abrogazioni*, in M. Napoli (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2004, pag. 1434 e segg.

([34]) Come rilevato anche dall'avvocato generale Tizzano nelle conclusioni della causa *Mangold*, la questione del rispetto del preesistente livello generale di tutela è, infatti, questione subordinata alla determinazione della portata giuridica attribuibile alla clausola (C-144/04, conclusioni dell'avvocato generale, punto 52). Sicché, la riconosciuta facoltà di regresso sino alla soglia comunitariamente imposta comporta la legittima derogabilità *in peius* anche di quel livello generale.

([35]) Pertanto, posto che il ricordato obbligo di trasparenza può essere soddisfatto anche in virtù delle esigenze occupazionali degli Stati membri (siano esse espressione delle politiche comunitarie o di quelle nazionali), si apprezza a maggior ragione l'irrilevanza della supposta esclusione di tali esigenze dal successivo processo di comparazione (vedi *supra*, n. 3, nota 8), che resta invece precluso dall'accertato legittimo arretramento di tutele.

([36]) C-144/04, conclusioni avvocato generale, punto 64. Sul tema si vedano le osservazioni già proposte da A. Adinolfi, *Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, pag. 361 e segg., secondo cui, tra l'altro, « un obbligo di *stand still* avrebbe l'effetto di cristallizzare le disparità di trattamento esistenti nelle normative nazionali contraddicendo, così, l'obiettivo dell'armonizzazione perseguito dall'art. 118A ».

munitario il compito di individuare – seppur al livello ritenuto più opportuno e sempre modificabile – le sole prescrizioni minime, al di sopra delle quali si riespande la competenza dei legislatori nazionali ([37]), intesa peraltro anch'essa in senso dinamico, vale a dire quale capacità di modificare in qualsiasi momento ed in qualsiasi direzione l'assetto normativo esistente, purché nel rispetto della soglia comunitaria.

Per questa ragione il paragrafo 4 dell'art. 137 non impone agli Stati membri di mantenere il livello di protezione sociale esistente al momento dell'attuazione di una direttiva, bensì contempla la facoltà di mantenere così come di non mantenere in vigore disposizioni di miglior favore ([38]), escludendo soltanto che il governo europeo sia legittimato a fissare un tetto di protezione sociale ([39]).

8. – All'esito della sentenza *Mangold*, che, come si è visto, stabilisce definitivamente l'inesistenza di un divieto di regresso, la questione che pone la clausola di non regresso si riduce a quella del se, ed eventualmente come, gli Stati membri debbano giustificare un arretramento del livello generale di tutela nell'ambito della direttiva da attuare. Ed, in particolare, se debbano esplicitare le ragioni sottese all'intervento regressivo, dimostrando la loro diversità rispetto agli obiettivi perseguiti dalle prescrizioni comunitarie, in modo da rispettare la *ratio* di « non pretesto » della clausola in esame.

Già prima dell'intervento della Corte si era infatti sostenuto che la stessa formulazione della clausola imponesse comunque ai legislatori nazionali un tale obbligo di giustificazione ([40]).

([37]) In senso analogo si vedano le conclusioni dell'avvocatura generale nella causa C-313/02, *Wippel* c. *Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG*, ove si precisa che « gli Stati membri restano liberi di assicurare, nel rispetto degli obiettivi comuni, un livello di tutela più elevato di quello garantito dal diritto comunitario... Tuttavia, non sussiste un obbligo di diritto comunitario di disciplinare la materia in modo più penetrante » in quanto « le disposizioni comunitarie sul lavoro a tempo parziale individuano semplicemente i parametri minimi ».

([38]) A. Vallebona, *La nuova disciplina*, op. cit., pag. 30; U. Carabelli, V. Leccese, *L'attuazione delle direttive comunitarie sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, in *Dir. Lav.*, 2004, n. 3-4, pag. 1038.

([39]) La Corte di Giustizia (Corte Giust., 17 dicembre 1998, C-2/97, *Società Italiana Petroli S.p.a.* c. *Borsana S.r.l*) ha confermato la validità di tale interpretazione, ribadendo che la facoltà di introdurre una maggiore protezione delle condizioni di lavoro compatibile con il Trattato – nel caso di specie, in attuazione della direttiva particolare n. 90/394 in tema di salute e sicurezza sul luogo di lavoro – rientra nelle esclusive competenze che gli Stati membri continua(va)no a detenere ai sensi dell'art. 118A § 3, ed è, pertanto, sottratta al giudizio di proporzionalità della stessa Corte di Giustizia.

([40]) V. Leccese, *L'orario*, op. cit., pag. 199 e segg.; poi U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 545 secondo cui « stante l'assenza di qualsivoglia formale proce-

In proposito la Corte di Giustizia ha, piuttosto laconicamente, rilevato che nel caso giunto al suo vaglio la *reformatio in peius* introdotta dal legislatore tedesco non viola la clausola di non regresso, in quanto è collegata all'opportunità di incentivare l'occupazione delle persone anziane, e, quindi, non è riconducibile ad un pretestuoso motivo di necessaria attuazione in tal senso della direttiva sul lavoro a termine ([41]).

Più approfondita risulta, invece, l'argomentazione, solo in parte richiamata dalla Corte, svolta nelle conclusioni proposte dall'avvocato generale Tizzano. Per quest'ultimo, infatti, la clausola non introduce un obbligo di contenuto negativo di carattere assoluto, cioè un obbligo di cristallizzazione delle tutele, ma è comunque, per ragioni di carattere letterale e sistematico ([42]), una clausola giuridicamente e non solo politicamente vincolante. In particolare, essa imporrebbe agli Stati membri di « dimostrare » la sussistenza di « motivi diversi dalla necessità di attuare la direttiva », qualora abbiano introdotto un arretramento di tutele ([43]).

Tuttavia, affinché quest'onere sia soddisfatto non è necessario, sempre secondo l'avvocato generale, che tali motivi perseguano la realizzazione di ulteriori obiettivi comunitari, potendo invece consistere in opzioni di politica del diritto imputabili al solo legislatore interno. Opzioni che, come nel caso giunto al vaglio della Corte di Giustizia, possono emergere non solo dai lavori preparatori della legislazione regressiva ([44]), ma anche dall'analisi dei precedenti interventi normativi e dal loro succedersi secondo una univoca *ratio* di tutela ([45]).

Secondo questa impostazione, dunque, spetta alla Corte di Giustizia

---

dura prevista dal Trattato per questi casi... sullo Stato membro grava una sorta di *informale* obbligo di motivazione, ovvero di fornire in qualche modo – ad esempio nella presentazione del d.d.l. o magari all'interno dello stesso provvedimento legislativo... una chiara esplicitazione delle ragioni economiche e sociali che inducono ad una simile modifica, sì da rendere evidente che si tratta, appunto, di una precisa scelta politica legata al mutamento dello *status quo*». Di estrinsecazione di una « volontà diretta a peggiorare le condizioni di lavoro » parla anche V. Ferrante, *Sub. art. 19*, op. cit., pag. 1434.

([41]) Corte Giust., C-144/04, punto 53 della motivazione.

([42]) Dal punto di vista letterale si rileva infatti che con l'uso del verbo indicativo si è voluta privilegiare una formulazione precettiva (C-144/04, conclusioni dell'avvocato generale, punto 58); da quello sistematico si osserva, inoltre, che la clausola inserita nella direttiva in esame (cioè quella sul lavoro a termine) è collocata nella parte normativa piuttosto che nei soli considerando introduttivi (*ibidem*, punto 59).

([43]) C-144/04, conclusioni dell'avvocato generale, punti 62-63.

([44]) C-144/04, conclusioni dell'avvocato generale, punti 75-77, ove si richiamano le specifiche valutazioni sull'occupazione espresse dalla commissione governativa incaricata di elaborare la legge di riforma tedesca.

([45]) C-144/04, conclusioni dell'avvocato generale, punto 76.

identificare la *ratio* della legge regressiva, in base ai lavori preparatori o, in ogni caso, in base alla sua coerenza, o quanto meno compatibilità, con una linea di politica legislativa nazionale. Poiché, sembra di capire, se la ragione della regressione rimanesse oscura, se ne potrebbe desumere l'utilizzazione pretestuosa della attuazione della direttiva e la conseguente violazione della clausola di non regresso.

9. – L'attribuzione alla clausola di non regresso di un valore precettivo, nei ricordati termini di un onere di indicare le vere ragioni del regresso gravante sugli Stati membri, sembra tuttavia porsi in conflitto con le disposizioni comunitarie di rango primario.

L'onere di giustificazione, infatti, assoggetterebbe i legislatori nazionali ad un vincolo, assieme procedurale e sostanziale, lesivo della facoltà, riconosciuta dall'art. 137 del Trattato, di non mantenere in vigore norme di miglior favore. Cioè di una facoltà che nella disposizione del Trattato incontra il solo limite del rispetto delle prescrizioni minime, e non quello della compatibilità con gli altri principi della fonte istitutiva.

D'altronde, la clausola di non regresso è collocata nelle direttive, cioè in fonti comunitarie derivate, e, come si è visto, non può essere ricondotta ad un principio di non regresso implicitamente deducibile dall'art. 136, perché gli obiettivi di politica sociale ivi contemplati sono tutti complessivamente sintetizzati dall'elaborazione delle prescrizioni minime.

Per evitare un conflitto normativo, che nel rapporto tra fonti di diverso livello segnerebbe l'invalidità ([46]) della clausola nell'accezione esaminata, si è sostenuto che l'onere in questione, inteso quale obbligo « di trasparenza », possa essere ricondotto al principio di leale cooperazione ([47]) sancito dall'art. 10 del Trattato ([48]).

Senonchè, pur potendosi ritenere superata la originaria semplicistica interpretazione di tale disposizione, quale mera ripetizione dell'obbligo (fondamentale) di rispettare tutti gli altri obblighi derivanti dall'ordina-

---

([46]) G. Dondi, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 565.

([47]) U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 557. Diversamente, nella erronea prospettiva di un divieto assoluto di arretramenti, L. Garofalo, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 577 e segg., secondo cui « il vincolo comunitario [di non regresso] trascende il mero dato letterale emergente dalla singola clausola di non regresso e si ricollega all'obbligo di leale cooperazione – e, in particolare, all'obbligo generale di astensione da esso derivante – che determina gli effetti già individuati dalla Corte Costituzionale nella giurisprudenza prima ricordata, e cioè, un condizionamento diretto di tutte le fonti di produzione giuridica dell'ordinamento interno ».

([48]) L'art. 10 prevede che « gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità ».

mento comunitario, occorre rilevare che la qualificazione del principio di leale cooperazione quale autonomo obbligo comunitario è cosa ben diversa dalla sua qualificazione quale fonte di autonome obbligazioni per gli Stati membri. Difatti, come può dirsi acquisita l'idea che « gli obblighi (di *facere* e *non facere*) di cui all'art. 10 assumano nell'interpretazione della Corte di giustizia una valenza autonoma », è parimenti certo che « essi trovano espressione concreta nel collegamento con le altre norme del Trattato o del diritto derivato » ([49]).

La leale cooperazione rappresenta quindi uno strumento di inquadramento e di limitazione, ma anche di legittimazione delle competenze nazionali, nel rispetto, peraltro, dei principi di attribuzione delle competenze e di sussidiarietà ([50]), al fine di garantire l'assunzione, da parte degli Stati membri, della condotta più consona all'effettivo perseguimento delle specifiche finalità comunitarie. Ed invero, come ancora chiarito dalla Corte di Giustizia, l'essenza del principio esprime solo un obbligo generale di cooperazione, il cui contenuto « dipende, di volta in volta, dalle disposizioni del Trattato o dai principi che si desumono dalla sua struttura complessiva » ([51]).

Pertanto, il principio di leale cooperazione potrebbe essere invocato per la corretta applicazione e l'eventuale sanzione di un onere, quale quello che si vorrebbe imposto dalla clausola di non regresso. Ma non può legittimare quell'onere dinanzi ad un'altra disposizione di rango primario che con esso si ponga in conflitto ([52]).

([49]) F. Pocar, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, in G. Cian, A. Trabucchi (a cura di), *Breviaria Iuris*, Padova, 2001, pag. 117, ed ivi i riferimenti giurisprudenziali attinenti.

([50]) M. Blanquet, *L'art. 5 du Traité C.E.E*, Paris, 1994, pag. 333.

([51]) Così a partire da Corte Giust., 12 luglio 1973, C-2/73, *Geddo* c. *Ente Nazionale Risi*.

([52]) Ciò non significa, peraltro, disconoscere la rilevanza del criterio della giustificazione nell'ambito del generale dovere di solidarietà e cooperazione corrente tra istituzioni comunitarie e Stati membri. Nelle politiche sociali, e soprattutto in quella occupazionale che tende inevitabilmente a sovrapporsi alle prime (S. Sciarra, *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, n. 2, pag. 381 e segg.; M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, pag. 171), il metodo di confronto e comparazione incentrato sullo scambio di informazioni e di migliori prassi (cosiddetto metodo aperto di coordinamento) si fonda, ad esempio, sull'esplicitazione attraverso i piani nazionali delle misure adottate per allinearsi agli orientamenti comunitari.

È proprio in questa logica, tuttavia, che il criterio della giustificazione si attaglia ad una visione organica delle politiche comunitarie, garantendone l'effettività anche nella specifica ottica degli arretramenti di tutele. Difatti quell'onere motivazionale permea con certezza ogni intervento legislativo, cioè anche successivo a quello espressamente volto ad attuare una direttiva (vedi *infra*, n. 10 e nota 54) ed a prescindere dal fatto che sia migliorativo o peggiorativo e, in quest'ultimo caso, si spinga a varcare *in peius* il livello di tutela identificabile al momento dell'adozione dell'atto comunitario. Pertanto, la qualificazione della clausola di non re-

10. – L'identificazione del vincolo posto dalla clausola con l'onere dello Stato membro di indicare, o rendere comunque identificabili, le ragioni del regresso, si rivela peraltro discutibile anche all'esame della sola norma secondaria.

Questa risponde ad una *ratio* di « non pretesto », che mira ad escludere una *reformatio in peius* realizzata sfruttando uno specifico motivo, cioè l'apparente necessità di attuare la direttiva. Il che significa che solo tale « motivo » è sanzionato, mentre ogni altro motivo è irrilevante.

Pertanto sugli Stati membri grava non un onere di giustificazione, ma un circoscritto obbligo di contenuto negativo, consistente nel divieto di arretramenti fondati su quel determinato « illecito » motivo. Sicchè, secondo i principi generali in materia ([53]), la violazione del divieto andrebbe dimostrata da chi la invoca. E, se pure si ritenesse quale sufficiente indizio, idoneo ad invertire tale onere, la contestualità tra regresso e attuazione della direttiva, questa soluzione sarebbe impraticabile tutte le volte che il regresso fosse realizzato successivamente ([54]).

Senonchè, la ricostruzione in chiave di dimostrazione del motivo illecito mal si attaglia al nostro problema, che non riguarda atti di autonomia privata, per i quali può rilevare il motivo ([55]), bensì leggi, per le quali la

---

gresso in chiave strettamente precettiva (nella ricordata prospettiva dell'onere di giustificazione) condurrebbe, irragionevolmente, a prospettare una sovrapposizione tra differenti meccanismi sanzionatori, perché, mentre ogni intervento del legislatore nazionale (*in peius* o *in melius*) troverebbe riscontro in un apparato sanzionatorio di carattere *soft*, cioè politico sociale, soltanto per alcuni interventi (regressivi rispetto ad uno specifico assetto di tutele) risulterebbe attivabile la procedura di infrazione da parte della giustizia comunitaria.

([53]) Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro It.*, 2002, I, col. 769; A. Vallebona, *Gli oneri di allegazione e di prova nelle azioni fondate sull'inadempimento del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 2002, n. 4, pag. 251 e segg..

([54]) Ipotesi, questa, rilevante solo per chi considera applicabile la clausola di non regresso non solo alla iniziale trasposizione della direttiva, ma anche a qualsiasi successivo intervento nella materia: cfr. P. Tosi, F. Lunardon, *Introduzione*, op. cit., pag. 132; S. Centofanti, *Peculiarità genetiche*, op. cit., pag. 917 e segg.; A. Occhino, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004, pag. 197; U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza*, op. cit., pag. 52; M. Delfino, op. cit., pag. 497. Con specifico riguardo alla disciplina dell'orario di lavoro, ed in particolare all'istituto delle ferie annuali retribuite la cui disciplina è stata modificata dall'art. 1, lett. d), del d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 (adottato comunque in attuazione della legge delega del 1° marzo 2002, n. 39), M. Roccella, *Diritto comunitario*, op. cit., pagg. 11 e 24 in nota. Nello stesso senso, anche la Corte di Giustizia nella sentenza *Mangold*, ove si rileva che « l'espressione applicazione, utilizzata senza ulteriori precisazioni nella clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro non riguarda la sola iniziale trasposizione della direttiva 1999/70... ma copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate » (C-144/04, punto 51 della motivazione).

([55]) A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, pag. 138.

volontà soggettiva del legislatore, intesa come dato psicologico, è per definizione irrilevante. Mentre anche la manifestazione dei motivi obiettivi sottesi, in un dato contesto storico, a quella legge (cd. volontà storica, quale è quella espressa nel procedimento di formazione della legge in base ai « lavori preparatori »), ha una rilevanza limitata, perché non offre certezze interpretative ed è, comunque, travolta dalla *mens legis*, cioè dalla volontà obiettivata nella norma, una volta immessa nel sistema ed eventualmente adeguata allo sviluppo del contesto sociale ed economico, in base al più congruo scopo di tutela che le può essere assegnato nel preciso momento in cui si procede all'atto interpretativo.

Pertanto l'accertamento dell'eventuale violazione della clausola di non regresso dipende dall'interpretazione dell'ordinamento interno nel suo complesso. Ma, in proposito, se il regresso può legittimamente fondarsi sulle insindacabili ([56]) ed « autonome scelte di politica economica e sociale fatte proprie da ciascuno Stato » ([57]), il compito dell'interprete si risolve nella facile ricerca, tra i lavori preparatori e, soprattutto, nel sistema normativo in evoluzione, di una « autonoma sufficiente *ratio* » ([58]) che sostenga il realizzato regresso. Sicchè la violazione della clausola di non regresso, con conseguente attivazione della Corte di Giustizia, seppur non resta circoscritta all'ipotesi di scuola in cui il legislatore espressamente dichiari di realizzare un regresso con l'esclusivo proposito di conformarsi alle prescrizioni della fonte comunitaria, appare davvero difficile da ipotizzare ([59]).

([56]) Invero, quando il legislatore europeo ha imposto agli Stati membri un rigoroso onere di giustificare le discipline interne dinanzi alle finalità comunitarie, lo ha meditatamente corredato di parametri di valutazione, al fine di renderlo giustiziabile dalla giurisprudenza comunitaria. Nella stessa causa *Mangold* la Corte, rilevando il contrasto della legislazione tedesca con il principio di non discriminazione nell'accesso all'occupazione fondato sull'età, ha osservato che la deroga a detto principio, introdotta per favorire l'inserimento professionale dei lavoratori anziani (cioè per una finalità tra quelle considerate legittime dalla direttiva n. 2000/78), pur risultando « oggettivamente e ragionevolmente » giustificata ai sensi dell'art. 6, n. 1, della stessa direttiva, soggiace tuttavia alla verifica degli strumenti utilizzati dall'ordinamento interno, che nel caso di specie non risultano « appropriati e necessari » rispetto all'obiettivo perseguito (C-144/04, punti 58 e segg. della motivazione). Si comprende quindi perché, ad avviso della Corte, la giustificazione sottesa alla medesima disposizione nazionale, cioè la necessità di promuovere l'accesso all'impiego delle persone anziane, soddisfa l'obbligo di trasparenza imposto dalla clausola di non regresso, ma non vale di per sé a derogare il principio di non discriminazione fondato sull'età.

([57]) U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione*, op. cit., pag. 552.

([58]) A. Vallebona, *Lavoro a termine*, op. cit..

([59]) La questione sorta nell'ordinamento italiano, in ordine al peculiare meccanismo di recepimento delle direttive comunitarie e ad una eventuale violazione dell'art. 76 Cost. da parte della legislazione delegata, per eccesso o mancanza di delega, risulta quindi distinta dal problema della violazione della clausola di non regresso. Infatti, per l'ordinamento comuni-

Si comprende allora, ed appare condivisibile sul piano effettuale, l'affermazione per cui la riduzione dei livelli di tutela sino alla soglia delle prescrizioni minime « denuncia già di per sé la (legittima) volontà del legislatore nazionale di non mantenere le condizioni di miglior favore » ([60]).

In altri termini, l'eventuale arretramento di tutele non richiede alcuna espressa giustificazione da parte del legislatore, in quanto è ontologicamente giustificato dal solo fatto di essere stato voluto ed introdotto attraverso una apposita disposizione, cui implicitamente accede una scelta di politica del diritto. Si è, dunque, in presenza del legittimo esercizio, da parte del legislatore interno, dei suoi poteri normativi nell'ambito delle competenze riservategli dalla fonte comunitaria. Sicché la scelta di operare un regresso, resa manifesta dalla nuova disposizione, garantisce proprio attraverso la clausola di non regresso l'assunzione di responsabilità politica da parte dello Stato membro ([61]).

---

tario, rispetto ad norma regressiva che, posta al vaglio della clausola nel senso sopra specificato, risulti giustificata, è del tutto irrilevante che tale norma sia stata adottata nell'ordinamento interno attraverso un procedimento viziato, sia perché essa produce effetti, per l'uno e per l'altro ordinamento, sino all'eventuale declaratoria di illegittimità, sia perché la sua eventuale « eliminazione » all'esito di un giudizio di costituzionalità comporterebbe la reviviscenza della norma sostituita, per definizione conforme al sistema di protezione europeo.

La questione, in altri termini, si risolve nello stabilire se il legislatore delegante debba esplicitare al legislatore delegato, a titolo (non di giustificazione rilevante per l'ordinamento comunitario, bensì) di criterio direttivo *ex* art. 76 Cost., un chiaro intento regressivo, configurandosi altrimenti una delega « in bianco » al governo passibile di giudizio di incostituzionalità. Ovvero se, a mente della giurisprudenza della Consulta, che ha ritenuto la delega viziata per carenza di principi e criteri direttivi solo laddove questi ultimi risultino integralmente omessi, sia sufficiente che il delegante legittimi il governo alla rivisitazione della materia, al fine di garantire la tenuta armonica del sistema, senza tuttavia indicare chiaramente la necessità di modifiche peggiorative. Soluzione, quest'ultima, che si lascia preferire, una volta espunta la rilevanza « comunitaria » dalle questioni afferenti il metodo di implementazione.

([60]) Così ancora G. Dondi, *L'interpretazione,* op. cit., pag. 566, secondo cui dalla formulazione delle clausole di non regresso « non se ne può dedurre, senza un'interpretazione di tipo additivo, che esse pretendono che sia esplicitata una diversa ragione (giacché la riduzione di tutela già esprime di per sé che è avvenuta la valutazione di un cambiamento dello *status quo ante*) ».

([61]) In questa prospettiva si può infine osservare che, se è vero che un arretramento di tutele si denuncia « da solo », cioè per il fatto stesso che dalla norma scaturiscono effettivi regressivi, è comunque necessario che tali effetti possano essere desunti in modo inequivoco. Difatti, quando l'indagine dell'interprete nazionale ha ad oggetto profili giuridici disciplinati da una direttiva comunitaria, su di essa incide pure, quale canone ermeneutico, la *ratio* della clausola di non regresso, la quale esclude che un arretramento di tutele si giustifichi per il solo obbligo di garantire la conformazione alle prescrizioni minime. L'operatore, quindi, pur potendo ricorrere alle finalità di tutela del lavoro espresse dalle disposizioni comunitarie, non è legittimato ad utilizzare le prescrizioni minime per attribuire una portata regressiva alla norma interna, perché altrimenti la direttiva assumerebbe, rispetto ai profili giuridici su cui lo Stato è già conformato, la valenza di mero pretesto per introdurre un regresso di tutele.