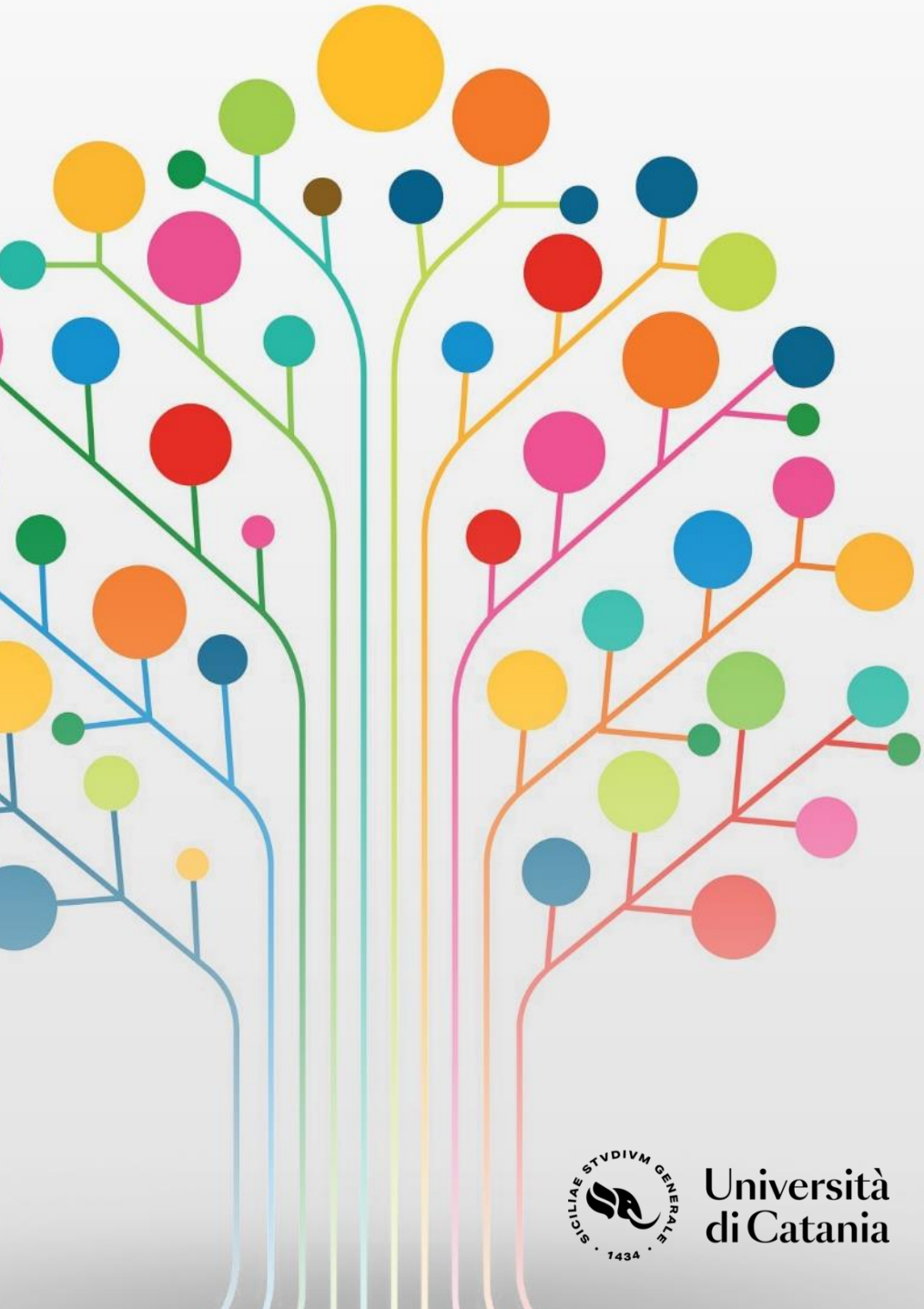
1/2017

Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università di Catania

Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

TIZIANO TREU, Università Cattolica del Sacro Cuore

ROBERTO VOZA, Università di Bari

DOMENICO MEZZACAPO, Università di Roma "La Sapienza"

PASQUALE PASSALACQUA, Università di Cassino e del Lazio Meridionale

LAURA CALAFÀ, Università di Verona

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

BRUNO CARUSO, Università di Catania

VALERIA NUZZO, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

MICHELE DE LUCA, già Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

MARCO MARAZZA, Universitas Mercatorum

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, Università di Roma "La Sapienza"

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2017 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569097

Venti Maggio
BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA"

n. 1/2017

SOMMARIO

Globalizzazione e diritti umani Le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese
Tiziano Treu 1

La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo
Roberto Voza 35

Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016
Domenico Mezzacapo 49

Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto
Pasquale Passalacqua 70

Undocumented work (by foreigners) and sanctions. The situation in Italy
Laura Calafà 92

La mutazione genetica del diritto del lavoro
Valerio Speziale 111

La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storie e attualità
Bruno Caruso 161

Verso una società multiculturale. Gli inediti conflitti tra la libertà di vestirsi secondo la propria fede e l'interesse datoriale al profitto
Valeria Nuzzo 176

Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione
Michele De Luca 192

Il debito contributivo dell'impresa insolvente
Marco Marazza 210

La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione
Bruno Caruso 228

Flexicurity e oltre
Tiziano Treu 247

Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione
Giuseppe Santoro Passarelli 269

Il bancario "ibrido" nell'economia liquida (*nuove proposte dall'autonomia collettiva*)
Marco Marazza 282

Struttura ed evoluzione del sistema previdenziale italiano: note di ricerca
Stefano Giubboni 295

Globalizzazione e diritti umani
Le clausole sociali dei trattati commerciali
e negli scambi internazionali fra imprese*

Tiziano Treu

1. Logiche economiche e logiche sociali nel commercio internazionale. 2

2. La diffusione delle clausole sociali. 3

3. Diversi istituti e fonti di regolazione sociale: il cd. GSP, organismi internazionali, contrattazione transnazionale. 4

4. Le clausole sociali: motivazioni economiche e sviluppo sostenibile. 6

5. Le reazioni ai Trattati e le direttive europee ai negoziatori del TTIP. 8

6. Diverse categorie di clausole sociali. 10

7. Diversi linguaggi e diversi contenuti. 12

8. I meccanismi procedurali e di *enforcement.* 13

9. Le due procedure tipo del TPP: implementazione cooperativa e composizione delle controversie. 14

10. La clausola ISDS e le sue criticità. 15

11. Le debolezze delle procedure applicative dei Trattati. 17

12. Un bilancio incerto. 20

13. Il (possibile) valore pattern setting del CETA e del TTIP. 21

14. Gli scambi transnazionali attivati dalle imprese. 22

15. Le regole poste dalle aziende multinazionali: la responsabilità sociale. 23

16. La contrattazione transnazionale di impresa. 24

17. Contenuti ed efficacia degli accordi transnazionali. 25

18. Casi pilota. 26

19. Risposte e ipotesi innovative. 29

20. Strategie e strumenti plurimi per la regolazione sociale internazionale. 30

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 133/2017

1. Logiche economiche e logiche sociali nel commercio internazionale.

La globalizzazione nei suoi multiformi aspetti – in primis il commercio internazionale- investe tutti gli aspetti della vita personale e delle nazioni. Mette a contatto diretto non solo le diverse economie del mondo, ma anche i vari modelli regolatori e sociali nazionali, quindi le forme del capitalismo.
Questo contatto è stato visibile fin dalle prime fasi, risalenti nel tempo, della globalizzazione. La diffusione di questa e la vastità degli ambiti in cui è andata incidendo hanno condizionato una molteplicità di aspetti, come i consumi, le abitudini e gli stili di vita costitutivi della stessa identità personale e collettiva di milioni di persone.

Questa osservazione sembrerebbe scontata o innocua, se non fosse che mette in discussione un assioma - cioè la separazione fra sfera economica e sfera socio-politica - su cui si sono fondate le policies nazionali delle istituzioni e degli stessi attori sociali. [1] L'irrompere degli scambi globali nei territori nazionali e regionali può rappresentare un fattore di criticità o di rottura di questo assioma, cioè della separazione fra le logiche economiche e quelle socio-politiche.

Infatti mentre la globalizzazione opera per ridurre l'autonomia decisionale degli Stati, essa altera i precari equilibri con cui le istituzioni nazionali avevano cercato di conciliare gli imperativi economici con le istanze sociali e personali. Detto altrimenti rende più visibile il contatto e il potenziale conflitto della logica commerciale degli scambi con le logiche sociali e personali delle varie *constituencies* nazionali che sostengono le regole di legge. Il conflitto non è stato smorzato dall'esperienza della globalizzazione e dai suoi risultati economici positivi; anzi sembra essersi acutizzato negli ultimi tempi come risulta dalle reazioni protezionistiche di molti Stati, anche del mondo occidentale tradizionalmente aperti come l'Europa e da ultimo gli Stati Uniti. Se e come queste reazioni possano condizionare le prospettive future del commercio internazionale è una questione aperta su cui è prematuro azzardare ipotesi. Si tratterà di riflettere su come le diverse possibili ipotesi evolutive di questi aspetti della globalizzazione potranno influire (anche) sui modelli regolatori dei rapporti sociali fin qui sviluppatesi.

Il terreno di confronto fra questi diversi orientamenti di policy non è nuovo ma diventa più diretto e potenzialmente più trasparente, chiamando in causa il ruolo della legge e dei diritti nella regolazione dei rapporti personali e sociali.

Nella storia il confronto fra le due logiche, del commercio globale e dei diritti, è stato a lungo esorcizzato. È emblematico al riguardo l'orientamento del WTO, che ha rifiutato dall'inizio di occuparsi delle questioni attinenti alle clausole sociali dei trattati ritenendole di competenza esclusiva e separata dell'OIL.[2] Nonostante ciò, o proprio per questo, il WTO è diventato un obiettivo centrale delle proteste dei movimenti antiglobalizzazione. E L'OIL si è trovata a elaborare regole,

---

[1] Sulle implicazioni generali di questo tema anche per i rapporti transnazionali, vedi le considerazioni sviluppate in M. Ceruti, T. Treu, *Organizzare l'altruismo. Globalizzazione e welfare*, Laterza, 2010, p. 39 ss., 57 ss.

[2] In realtà alle clausole sociali sono state rivolte critiche anche da osservatori "progressisti" per essere state utilizzate non solo per evitare dumping sociale ma per proteggere settori produttivi e gli interessi politici dei paesi sviluppati. Inoltre si è messa in dubbio l'utilità delle clausole sociali, e delle relative sanzioni negative, rispetto al fine di assicurare che i benefici del commercio internazionale siano utili alla riduzione delle diseguaglianze e della povertà nei paesi meno sviluppati: cfr. ad es. B. Hepple, *Diritto del lavoro, diseguaglianze e commercio globale*, DLRI, 2003, p. 27 ss.

o meglio ipotesi di regole sociali, in isolamento rispetto alle dinamiche dei trattati commerciali e senza l'appoggio dei vantaggi e delle sanzioni di questi, oltre che senza la disponibilità di strumenti normativi propri, a differenza di altri organismi internazionali.[3]

2. La diffusione delle clausole sociali.

L'emergere di regole sociali negli scambi di mercato è stato progressivo e affidato alle scelte di trattati stipulati fra due o più paesi, legati alle condizioni politiche ed economiche di questi e motivati da valutazioni contingenti delle reciproche convenienze.
Basta scorrere le rassegne, ormai molteplici,[4] sui contenuti dei Trattati intervenuti nei decenni e sulle relative clausole sociali per verificare come la loro varietà rifletta le condizioni di contesto in cui si sono conclusi gli accordi: non solo i vari periodi storici, ad es. di crisi o di sviluppo, della loro definizione, ma le diverse situazioni economiche e politiche nonché le posizioni geografiche e la rilevanza strategica dei paesi coinvolti.

Sono soprattutto autori statunitensi ad essersi occupati per primi e ad aver dedicato attenzione particolare alle clausole sociali dei Trattati; anche perché queste clausole hanno trovato le sperimentazioni iniziali in trattati promossi dagli USA, a cominciare dall'accordo pilota del NAFTA (1994), con l'annesso protocollo sociale (NAALC). Pur in mancanza di una storia esauriente sullo sviluppo di queste clausole si è rilevata la difficoltà di definire tali regole nei trattati conclusi dagli Stati Uniti con paesi economicamente deboli e politicamente instabili, o non democratici, dell'America Latina e poi dell'Asia. Infatti, come si vedrà in seguito, gli impegni di questi Trattati sono particolarmente fragili e sono risultati spesso disattesi, pur in presenza di violazioni macroscopiche.

Una variante significativa riguarda l'ambito e gli interlocutori dei trattati: quelli bilaterali, alquanto frequenti non solo nei decenni passati, quelli multilaterali e quelli, conclusi sempre più frequentemente per grandi aree continentali: dall'accordo pioniere del NAFTA, fino ai casi più recenti del Trattato Pacifico (TPP), del CETA, e dell'Accordo Atlantico da tempo in cantiere (TTIP).

Una ulteriore distinzione riguarda i contenuti prevalenti o esclusivi dei trattati internazionali. Per questo aspetto si distinguono: trattati che sono focalizzati sulla promozione e regolazione degli investimenti fra paesi *International Investment agreements* (IIAs) e *Bilateral Investement Agreements* (BITs); accordi incentrati sulla liberalizzazione e regolazione del commercio internazionale (*Free Trade Agreements*); accordi di partnership economica (*Economic Partnership Agreements*).

---

[3] È questo un aspetto della frammentazione dei regimi internazionali, di cui si occupa il saggio di M. R. Ferrarese, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, di prossima pubblicazione nella rivista *Stati e Mercato*, Il Mulino. Le clausole e più in generale le regole sociali postulano una dimensione orizzontale o trasversale ma risentono di questa frammentazione in quanto operano con diversa efficacia nei vari regimi: come mostrano emblematicamente la separazione fra ILD e WTO.

[4] Per una panoramica generale dei trattati di commercio vedi ILO, International Institute for Labor Studies, *Social dimension of free trade agreements, Geneva, 2013;* J.S. Vogt*, Trade and investment arrangements and labor rights*, in L. Blecher, N.K. Stafford, G. Bellany, *Corporate responsibility for human rights impact: new expectations and paradigms*, ABA, 2014, Chapter 5, p. 121 ss.; F. Ebert, A. Posthuma*, Labor provisions in trade Arrangements Current trends and perspectives,* Int. Institute for Labor Studies, Discussion Paper series, 2011; L. Compa, *Labor rights and labor standards in International Trade*, 25 Law and Policy, Intern. Business, 1993, p. 165 ss.; ID, *The multilateral agreements on investment (MAI) and international labor standards: a failed connection,* Cornell Int.'l L. Journal, 1998, p. 683 ss.

La presenza di clausole sociali negli accordi incentrati sugli investimenti è stata all'inizio eccezionale, ma poi si è diffusa; e gli Stati Uniti si sono orientati a trattare la promozione e la regolazione degli investimenti internazionali non isolatamente ma insieme a una più ampia serie di contenuti di partnership economica e di temi a carattere non strettamente economico quali appunto i temi sociali e ambientali.[5]

Gli autori di varie discipline - giuristi ed economisti in primis - che stanno seguendo queste vicende, testimoniano la varietà e la complessità dei contenuti dei Trattati, anzitutto quelli commerciali e da qualche decennio quelli relativi ai diritti sociali e alle condizioni di lavoro.

È opinione comune – pur nella diversità dei giudizi di merito - che anche i capitoli sociali si siano largamente diffusi così da diventare ormai una parte comune dei Trattati e abbiano manifestato un notevole dinamismo acquisendo contenuti via via più complessi.

Come si vedrà gli accordi TPP e CETA presentano caratteri innovativi - cd. *pattern setting* – che risentono sia delle esperienze precedenti sia del fatto che riguardano paesi con economie sviluppate e democrazie consolidate.

3. Diversi istituti e fonti di regolazione sociale: il cd. GSP, organismi internazionali, contrattazione transnazionale.

Ricordo in premessa che il quadro regolatorio non comprende solo le clausole sociali in senso proprio, di cui qui mi occupo, ma altre regole provenienti da diverse fonti.[6]

Uno strumento utilizzato per collegare commercio internazionale e diritti sociali è il cd. sistema generalizzato di preferenze (GSP), in base al quale un paese riconosce trattamenti preferenziali (tariffari o di altro genere) in particolare a paesi in via di sviluppo, a condizione che essi rispettino certi standard sociali.[7] Questo strumento, definito un "*milder approach to the social clause*", è stato ampiamente utilizzato anche dalla Unione Europea che lo ha ripetutamente aggiornato e perfezionato, da ultimo col regolamento 732/2008. Tale normativa prevede sanzioni (ritiro o sospensione dei trattamenti preferenziali) combinate con incentivi finalizzati a promuovere negli Stati destinatari, uno sviluppo sostenibile e buoni sistemi di governance. La versione europea degli GSP[8] di solito stabilisce che i contenuti della condizionalità, comportano la ratifica e la effettiva

---

[5] Vedi per questa evoluzione V. Prislan e R. Zandvliet, *Mainstreaming sustainable development in international Investment agreements: what role for labor provisions?*, Grotus Centre Working Papers 2014/023, Univ. Leiden, ora in R. Hoffmann, C. Tams, S. Schill (eds.), *International investment law and development*, (Edward Elgar, 2014); J. Vogt, *Trade and investment arrangements and labor rights,* cit., p. 163 ss.

[6] Una analisi delle varie fonti e forme di regolazione in *Human rights at work: the need for definitional coherence in the global governance system,* Int. Journal of comparative labor law, 2014, p. 1177 ss.; L. Compa, *Labor rights and labor standards in International Trade*, 25 Law and Policy Int. Business, 165, 1993, p. 189 ss.; ID, *The multilateral agreement*, cit., p. 685 ss. Quest'ultimo ritiene che i *trade agreements* con le clausole sociali, nonostante i loro limiti, siano la strada più promettente per la diffusione dei diritti sociali; più dei GSP che scontano il loro carattere unilaterale (v. oltre). Lo stesso autore nota che molti Stati hanno negoziato clausole sociali per evitare di essere assoggettati alla "imposizione" di GSP unilaterali (p. 206).

[7] Cfr. in generale A. Perulli, *Fundamental social rights. Market regulation and EU external action*, in Int. Journal of comparative Labor Law, 2014, p. 27 ss.; F. Pantano, R. Salomone, *Trade and Labor within the European Union. Genaralized system of preference,* J. Monnet work, papers (New York Univ.School of Law), 2008; L. Compa, J. Vogt, *Labor rights in the generalized system of preferences*: *a 20 Year Review*, 22, Lab and Policy Journal 199, (2000-2001), p. 206.

[8] Una analisi della evoluzione delle regole e prassi europee in, A. Perulli, *Fundamental social rights*, cit., p. 42.

applicazione delle otto convenzioni fondamentali dell'OIL (oltre ad altri standard in materia ambientale), nonché l'accettazione di sistemi di monitoraggio e sanzionatori, secondo le previsioni delle stesse convenzioni.[9]

Alla regolazione dei rapporti internazionali contribuisce l'azione di organismi di varia natura intervenuti nel tempo a stabilire regole o principi di carattere sociale per i rapporti economici sovranazionali; una pluralità di fonti che si esprime in una varietà di tecniche regolatorie.

Oltre all'OIL che ha competenza generale in materia sociale e del lavoro, le Nazioni Unite, sono intervenute con *l'Human Rights Council's guiding principles on Business and Human Rights*, con il *"Un. Global Compact" of shared values and principles* (UNGC), lanciato nel 2000, e con i *Guiding principles on the responsabilities of transnational corporations.*[10] L'OECD ha emanato le *Guidelines for multinational enterprises.*[11] Standard e diritti sociali alquanto ambiziosi sono stabiliti a livello regionale dalla Convenzione Europea dei Diritti Umani (ECHR) e dalla Carta dei diritti fondamentali della UE.

Negli ultimi due decenni si sono inoltre moltiplicate le iniziative delle grandi imprese in tema di "responsabilità sociale" con l'adozione di codici di condotta variamente configurati ma essenzialmente di carattere volontario (v. oltre).

Alla diffusione dei diritti sociali nei rapporti internazionali hanno contribuito negli anni recenti anche varie forme di contrattazione transnazionale, soprattutto quelle attivate da grandi aziende multinazionali e concluse con i rappresentanti dei lavoratori (soprattutto i consigli aziendali).

Il rilievo di questa contrattazione per il nostro tema è legato non solo all'importanza economica e sociale delle aziende multinazionali, ma anche al sempre più frequente utilizzo da parte loro di lavoratori di vari paesi ove sono decentrate sempre più frequentemente le produzioni e/o gli approvvigionamenti, lungo la catena del valore. Questa è una manifestazione particolare dell'impatto della globalizzazione sulle condizioni di lavoro, meno considerato ma non meno rilevante di quello attinente agli scambi di prodotti e merci fra paesi.

La origine di tali regole in decisioni private di mercato le ha sottratte agli interventi statali, e le stesse imprese multinazionali hanno prestato poca attenzione alle politiche del lavoro delle aziende fornitrici perché non si considerano "datori di lavoro", bensì "acquirenti" di prodotti.[12] Non a caso l'attenzione sulle conseguenze socialmente pericolose di questa prassi è stata richiamata soprattutto dalla protesta e dalla denuncia della violazione dei diritti fondamentali da parte di organizzazioni sociali di varia natura, nei paesi produttori e negli stessi paesi ove erano situate sedi centrali delle multinazionali.

---

[9] Le ricerche in argomento sembrano indicare un impatto modesto dell'utilizzo di questo strumento sul commercio internazionale, J. Vogt, *Trade and investment arrangements*, cit., p. 148; A. Perulli, *Fundamental rights*, cit., p. 42, nota 55. Ma la incertezza dell'efficacia è rilevata per tutte le regole sociali internazionali (v. oltre).

[10] Nel 2011 il Human Right Council dell'ONU ha approvato un importante documento preparato dal prof. J. Ruggie di principi guida sulle responsabilità delle imprese per sostenere e rispettare i diritti umani internazionalmente proclamati: J. Ruggie, *The United Nations and globalization. Patterns and limits of institutional adaptation*, in Global Governance, 301 (2003); ID, *Just Business: multinational corporations and human rights*, W.W. Norton, 2013; vedi il commento di J. Bellace, *Human rights at work*, cit., p. 184.

[11] V. già R. Blanpain, *The OECD guidelines per multinational enterprises and labor relations*, Kluwer, 1979, e le successive *reviews* del 1983 e del 1985; da ultimo P. Tergeist, *Multinational enterprises and codes of conduct: the OECD guidelines for MNEs in perspective,* in R. Blanpain (ed.), *Comparative labor law and industrial relations in industrialized market economies*, Kluwer, 2014, p. 213 ss.

[12] Cfr. J. Bellace, *Human rights at work*, cit., p. 175.

4. Le clausole sociali: motivazioni economiche e sviluppo sostenibile.

Prima di esaminare i caratteri dei diversi sistemi regolatori va sottolineato che la loro varietà non riguarda solo i contenuti specifici delle regole, ma corrisponde a diverse logiche e motivazioni di fondo.

Una motivazione originaria, comune ad altri sistemi di regolazione sociale, è di tipo strettamente economico, in quanto risponde al principio che il *fair trade* non ammette vantaggi comparativi basati sulla riduzione degli standard sociali né forme di *social dumping,* in quanto considerate distorsive della libera concorrenza.

Questo principio, variamente declinato, ispira non pochi obblighi dei Trattati riguardanti gli scambi commerciali e gli investimenti fra paesi. Non mancano le indicazioni secondo cui il social dumping è da considerarsi un indebito sussidio alle imprese, censurabile anche sul piano giuridico, in quanto sia tollerato dagli Stati coinvolti. Una simile visione "economicistica" è da molti ritenuta inadeguata e suscettibile di riserve per i motivi sopra ricordati. L'insistere su questo aspetto e sugli strumenti sanzionatori per stimolare l'adesione a queste clausole porta a sottovalutare la complessità delle radici sociali, economiche e politiche del sottosviluppo e di converso i fattori rilevanti per promuovere uno sviluppo sostenibile. Le analisi internazionali mostrano come i vantaggi competitivi dei vari paesi dipendono da variabili più complesse del semplice costo del lavoro, attinenti ai modelli di specializzazione produttiva, all'uso delle tecnologie, alla qualità delle risorse umane.[13]

Per questo, come ricorda l'OIL, la promozione dei labor standard, compresi quelli fondamentali, deve avvalersi di interventi socio-economici diversi, legati al contesto in cui devono operare: assistenza tecnica per l'applicazione degli standard, politiche economiche di sostegno allo sviluppo locale; strumenti per favorire l'accesso al credito e al mercato del lavoro; contrasto all'irregolarità e all'economia informale, e in generale coinvolgimento degli attori pubblici e privati presenti nei vari territori. Analogamente il progresso in tale direzione deve utilizzare tecniche diverse, regolatorie e promozionali che devono tener conto delle condizioni e dello stadio di sviluppo dei singoli paesi. La considerazione di questi elementi è decisiva per graduare i contenuti sociali oltre che economici dei Trattati, come gli obblighi di adeguarsi a certi standard di trattamento economico e normativo del lavoro. Ma non può esimere dall'obbligo di rispettare i diritti sociali fondamentali che sono appunto per questo definiti *unconditional.* Come si vedrà, l'ambito di tali diritti "*unconditional*" è variamente configurato dalle diverse clausole sociali. È particolarmente incerto se in essi siano compresi i diritti sindacali, fra cui *in primis* lo sciopero.[14]

---

[13] F. Onida, *Standard sociali e del lavoro nella rule of law internazionale*, in G. Amato (a cura), 2009, *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, Roma, Passigli, p. 215 ss. L'impatto della regolazione, oltre che del costo del lavoro, sulla competitività e sulla crescita è oggetto di ampio dibattito a livello internazionale. La posizione di organismi internazionali come OCSE e Banca Mondiale è cambiata negli anni più recenti, passando da giudizi negativi su questo impatto a giudizi articolati che valutano una pluralità di fattori, fra cui la qualità della regolazione: cfr. in particolare World Bank, *Doing Business, 2015*, *Going beyond efficiency* (Washington DC, International Bank for reconstruction and development), p. 230 ss.; ulteriori commenti in T. Treu, *Labor law and sustainable development*, Keynote speech at the American Congress of the Int. Society for Labor and Social Security Law, Panama, 26 sept. 2016, ora in WP M. D'Antona, INT.130/2016, n.2.

[14] Cfr. per tutti L. Compa, *Labor rights and labor standards*, cit., p. 187.

Queste considerazioni convergono nell'indicare obiettivi più ampi della promozione dei diritti sociali nel commercio internazionale. Riconoscere tali diritti con i vari strumenti giuridici ricordati non è solo uno strumento per equilibrare i rapporti economici e per regolare la concorrenza, ma serve ad affermare principi di carattere sociale ed etico nelle logiche commerciali. Più specificamente può dare un contributo essenziale a promuovere lo sviluppo sostenibile e il progresso umano.[15]

Questo secondo orientamento, variamente elaborato in sede teorica,[16] ha ispirato una evoluzione, sia pure contrastata, dei contenuti regolatori presenti nei Trattati, visibile fra l'altro nella sempre più frequente inclusione dei capitoli sociali nel quadro dello sviluppo sostenibile, accanto alle regole ambientali. È emblematica al riguardo la "*Declaration on Social Justice for a fair globalization*" adottata dall'ILO il 10 giugno 2008, ove si dichiara che la violazione dei principi e dei diritti fondamentali del lavoro non può essere addotta o in altro modo utilizzata come legittimo vantaggio comparativo. Questa motivazione non esclude anzi richiama, come ribadisce lo stesso ILO, la necessità di integrare tale indicazione sui *core labor rights* con obiettivi strategici più ampi rivolti alla promozione della qualità dell'occupazione (*decent work*) e dell'inclusione sociale.

Tale orientamento si è riflesso anche in un cambiamento delle formule espressive della materia. Già nel corso degli anni '90 la indicazione dei diritti fondamentali dei lavoratori ha cominciato a modificarsi da "*labour standards*" a "*human rights at work*": un cambiamento non solo terminologico ma di enfasi circa il senso e gli obiettivi della regolazione. Come si è rilevato, mentre la formula "*labor standards*" allude a una questione tecnica limitata alle condizioni di lavoro in senso stretto (orari, salari, etc.), quella "*human rights*" segnala che è in gioco qualcosa di maggiore rilevanza umana e morale, cioè un diritto che è dovuto alla persona umana in quanto tale (anche quando è al lavoro).[17]

Le implicazioni ampie di queste regole dei Trattati sono ulteriormente sottolineate dalla previsione delle cd. *democracy clauses,* spesso avvicinate alle *human rights clauses.* Tali clausole, che sono comunemente incluse nei Trattati conclusi dalla UE con altri Paesi, in particolare quelli in via di sviluppo, si propongono di promuovere il rispetto dei diritti umani e le forme di partecipazione

---

[15] Cfr. in generale T. Treu, *Labor law and sustainable development*, cit.

[16] A. Perulli, *Fundamental social rights*, cit., p. 31 ss.; ID, *Global Trade and social rights. Changes and perspectives,* Paper for the research group of the ISLSSL, n. 4-5, in www. ISLSSL. org.; V. Prislan, R. Zandvliet, *Mainstraming sustainable development*, cit., p. 3, sottolinea come includere i diritti sociali in una definizione olistica di sviluppo sostenibile corrisponde al principio di integrazione e all' interdipendenza fra i diversi aspetti, sociali, economici, finanziari, ambientali e civili, sottesi alle regole del diritto internazionale in tema di sviluppo sostenibile.

[17] J. Bellace, *Human rights and work*, cit., p. 177 ss. Le implicazioni e i limiti di un *"human rights based approach to labour policy"* sono stati oggetto di ampio dibattito da ultimo al Congresso Mondiale di Capetown dell'Associazione Internazionale di Diritto del lavoro del 2015: cfr. in particolare vari contributi in A. Blankett, A. Trebilcock eds., *Research Handbuch on transnational labor law*, Edward Elgar Pub., 2015; in particolare G. Bensusan, Can *Human rights based labour policy improve the labour rights situation in developing countries?, A look at Mexico and the countries of Central America,* in A. Blankett e A. Trebilcock , cit., p. 273 ss. e le riflessioni critiche di E. Fergus e T. Galani Tiemeni, *Asymmetries, adversity and labor rights. Thoughts from a developing region,* in *Labor Law and social progress, Bulletin of comparative labor relations,* 92, D'Arcy du Toit ed., p. 115, ss., che sottolineano l'importanza di "*reembedding" social rights into political contexts through process of social dialogue and contestation*", attraverso un processo di costruzione istituzionale necessariamente graduale specie nei paesi in via di sviluppo (p. 139); vedi anche J. Fudge, *Challenging the borders of labour rights*, in Bulletin of Comparative Labor Relations, 92, cit., p. 73 ss.

sociale e politica, come strumenti di rafforzamento delle istituzioni democratiche (peraltro, con impegni poco cogenti e di scarsa effettività).[18]

Questa finalizzazione delle regole e dei diritti sociali si è tradotta solo in parte e con ritardo nelle posizioni delle parti negoziatrici, e ha trovato non pochi ostacoli a tradursi in impegni vincolanti dei Trattati: un limite questo, comune a quasi tutte le clausole sociali.

Infatti anche se nei Trattati più recenti è frequente la trattazione delle regole sociali insieme alle regole di salvaguardia dell'ambiente nell'ambito in vista di obiettivi di sviluppo sostenibile, tale accostamento è più spesso formale con poche conseguenze per l'ampiezza e la qualità dei diritti dei lavoratori cittadini.

Viceversa una concezione ampia dei diritti delle persone al lavoro è riflessa nelle idee fondanti nel modello sociale europeo ed è esplicitata in vari documenti dell'Unione, specificamente riferiti al commercio internazionale. In tal senso si esprimono ad es. le direttive fornite nel 2013 dal Consiglio europeo ai negoziatori del TTIP, ispirate al rapporto dell'*High level working group on job and growth.*[19] Non è dato sapere quanto di tali direttive sia stato preso in considerazione nel corso delle trattative fra le parti, data la scarsa pubblicità e trasparenza che circonda questo come altri negoziati.

Nel mandato ai negoziatori europei si ribadisce che l'obiettivo del Trattato e del commercio internazionale è di promuovere uno sviluppo sostenibile nei suoi aspetti economici, sociali e ambientali. Con una ulteriore specificazione si richiama fra gli obiettivi legittimi di public policy "la salvaguardia della salute e sicurezza dei lavoratori, dei consumatori, dell'ambiente, nonché la promozione delle diversità di espressioni culturali". Qui è resa esplicita l'idea sopra ricordata che l'impatto del commercio globale va oltre gli aspetti specifici del lavoro e riguarda un ampio spettro delle condizioni di vita e dall'identità delle persone e delle nazioni; per questo postula principi e forme di regolazione di eguale ampiezza.

5. Le reazioni ai Trattati e le direttive europee ai negoziatori del TTIP.

Le opinioni pubbliche dei paesi coinvolti sono preoccupate di tali implicazioni, come risulta dalle reazioni messe in atto per opporsi alla conclusione *tout court* dei Trattati o alla loro estensione a temi socialmente sensibili e dalle reazioni protezionistiche alla globalizzazione.
Queste preoccupazioni hanno natura diversa, rispondenti non sempre a interessi generali, ma spesso a motivi di difesa protezionistica di singoli settori, e hanno rappresentato forti ostacoli alla conclusione degli accordi nonché alla loro ratifica ad opera degli Stati contraenti.

Sono emblematiche le vicende europee del CETA faticosamente ratificato e da ultimo l'opposizione della nuova amministrazione USA alla ratifica del TPP. Come rispondere a queste pressioni dell'opinione pubblica costituisce uno dei problemi critici delle politiche nazionali nei confronti

---

[18] Cfr. *Human rights and democracy clauses in the EU, International agreements*, European Parlament, Directorate B, 29.9.2005, NT/584/584520 EN doc; Nicolas Hacher, *Essential elements clauses in Eu Trade agreements: making trade work in a way that helps human rights?*, KU Leuven, Working Paper n. 158, April 2015.

[19] Cfr. in particolare il cd. Rapporto Lange del Comitato sull'occupazione affari sociali indirizzato al Consiglio; Parlamento Europeo, Risoluzione recante le raccomandazioni alla Commissione sui negoziati riguardanti il partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP), 8 luglio 2015, P8_TA-PROV.(2015)0252 e Parlamento Europeo, Commissione per il Commercio Internazionale, progetto di relazione del 5 febbraio 2015, 2014/2228 CIM.

della globalizzazione. Le criticità delle scelte vanno oltre non solo la politica estera perché le reazioni alla globalizzazione hanno ricadute spesso destabilizzanti anche sugli equilibri politici interni.

Che le preoccupazioni dell'opinione pubblica abbiano radici profonde è confermato dal fatto che a dissipare tali paure non sono valse le rassicurazioni specifiche sui contenuti dei Trattati più recenti. Eppure le indicazioni fornite ai negoziatori del TTIP dai vertici dell'Unione Europea, a cominciare dal Consiglio Europeo, sono nette nell'indicare obiettivi e limiti del negoziato (e dello stesso TPP).

Do conto di queste indicazioni perché rappresentano bene gli orientamenti di principio dell'Unione Europea sull'importanza e sul valore ampio delle clausole sociali; anche se possono non avere impatti immediati nel caso specifico, visti gli ostacoli crescenti alla conclusione dell'accordo Atlantico e dello stesso TPP.

Le *guidelines* europee esprimono due indirizzi diversi, uno di tutela e garanzia dei diritti fondamentali e uno di promozione di obiettivi auspicabili da perseguire nel negoziato.
Le indicazioni di garanzia sono sufficientemente precise da precludere l'inserimento nel trattato di qualsiasi clausola che direttamente o indirettamente apra a modifiche o faciliti l'elusione delle norme vigenti in Europa in materia di diritto del lavoro e sicurezza sociale. Queste indicazioni di garanzia, elencate nel dettaglio dal *Rapporto Lange*, richiamano anche la necessità di prevedere nel TTIP una clausola sulle eccezioni generali, ispirata all'articolo XX del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), e collegata al rispetto degli impegni assunti nel capitolo sul lavoro e sulla sostenibilità: clausola che riconoscerebbe alle parti la facoltà di prendere le misure commerciali appropriate contro la violazione dei diritti sociali fondamentali.[20]

Da tali *guidelines* delle autorità comunitarie consegue che gli standard sociali, come quelli ambientali, non sono compresi nel mandato, nel senso che non sono negoziabili *in pejus* dalla parte europea. Resta da determinare come tale preclusione opererà in concreto rispetto alla complessa normativa vigente in Europa nelle materie indicate. Secondo una lettura rigorosa dovrebbe valere per tutte le norme di carattere vincolante (direttive e regolamenti) attinenti alle materie sociali. È significativo come né il *Rapporto Lange* né la delibera del Consiglio facciano cenno alla materia delle relazioni industriali, che non è mai stata inclusa nelle competenze dell'Unione. Ma le clausole sociali, intese in senso evolutivo, possono diventare il veicolo anche per la diffusione di pratiche di contrattazione transnazionale, su scala regionale e globale. Una indicazione specifica, potenzialmente di grande valore, stabilisce che i dipendenti delle imprese transatlantiche registrate secondo il diritto degli Stati europei, devono godere dei diritti di informazione presenti nella direttiva 2002/14.

Le indicazioni del *Rapporto Lange* prevedono in realtà che nel TTIP siano salvaguardati non solo gli standard europei, ma anche quelli degli Stati membri nelle materie indicate. In tal modo l'area di garanzia da rispettarsi col TTIP risulta alquanto più estesa e differenziata, perché dovrà tener conto delle diverse varianti nazionali del modello europeo. Del resto anche nei vari Stati degli USA esistono standard sociali differenziati, secondo modulazioni diverse; e di tali differenze il trattato dovrà tener conto se vorrà ottemperare all'altro indirizzo del Consiglio, quello che prevede

---

[20] A. Perulli, *Global trade and social rights*, cit., p. 7; ID, *Fundamental social rights. Market regulation and EU external action*, Int. Journal of Comparative Labor Law and Ind. Relations, cit., 2014, p. 33.

l'adeguamento delle normative esistenti agli standard internazionali, dell'OIL e dell'OCSE.

La delibera del Consiglio europeo inoltre afferma il valore degli standard sociali in tutti gli ambiti dell'accordo, stabilendo che il trattato deve puntare alla effettiva ratifica, applicazione e all'*enforcement* delle otto principali convenzioni ILO e della *Decent Work Agenda*.

Bastano questi accenni per comprendere la complessità delle implicazioni sia per la fase delle trattative, dove una parte, quella europea, ha un mandato rigido, sia in prospettiva per la applicazione dell'eventuale trattato. Di qui l'importanza decisiva degli strumenti e delle procedure con cui saranno gestite le vicende applicative delle disposizioni del trattato, di quelle sociali come delle altre (v. oltre).

Il secondo indirizzo del rapporto Lange, quello promozionale, indica una serie di obiettivi ambiziosi: assicurare che il trattato contribuisca a salvaguardare l'occupazione esistente e a promuoverne una crescita, verso i target di *Europa 2020*; modernizzare i sistemi di formazione professionale per migliorare le *skills* e la qualificazione dei lavoratori; assicurare che in tutti i capitoli del TTIP non siano indeboliti o elusi gli standard europei e nazionali riguardanti i diritti dei lavoratori, le condizioni di lavoro, la sicurezza sociale e sul lavoro; garantire che il TTIP preveda condizioni e politiche del lavoro a tutti i livelli in linea con le convenzioni dell'OIL e la *Decent Work Agenda*.

Tali indicazioni, che si trovano anche in altri Trattati, non sono tali da far sorgere obblighi e diritti in capo alle parti. Ma simili impegni richiedono agli Stati membri, ed eventualmente anche ad entità substatali, di attivarsi per la promozione degli standard con interventi di diversa natura: dall'informazione sulle prospettive del trattato dirette a promuovere processi di *mutual learning*, al coinvolgimento degli attori sociali, imprese e sindacati nella traduzione degli impegni assunti in pratiche negoziali conformi, fino alla progressiva adozione di alcuni standard comuni negli appalti pubblici, alla previsione di strumenti premiali legati anche alle ricadute e benefici del trattato per incentivare buone pratiche conformi agli standard proposti.

Impegni in tali direzioni, che fossero inclusi nel Trattato, soprattutto se provvisti di seguito pratico, contribuirebbero a ridurre le preoccupazioni circa l'impatto del commercio internazionale sulle condizioni di vita e di lavoro delle persone e ad aumentare la fiducia di tutti gli attori privati e pubblici nelle potenzialità positive di questi accordi.

Infine le direttive europee al negoziato per il TTIP prevedono l'impegno delle parti a contribuire allo sviluppo sostenibile, per quanto riguarda i suoi aspetti economici, sociali e ambientali, incluso lo sviluppo economico, l'occupazione piena e produttiva e il lavoro dignitoso per tutti, nonché le tutele e la conservazione dell'ambiente e delle risorse naturali. Tali indicazioni corrispondono all'idea secondo cui il rispetto dei diritti sociali fa parte dei requisiti di una competizione globalmente sostenibile, configurando il diritto del lavoro nella sua dimensione sovranazionale come "diritto alla sostenibilità"[21].

6. Diverse categorie di clausole sociali.

Nonostante le regole sul lavoro nei rapporti internazionali siano ancora a uno "stadio infantile" di sviluppo, le analisi più recenti testimoniano che sia i materiali giuridici sia le esperienze applicative

[21] A. PERULLI, *Commercio globale e diritti sociali. Novità e prospettive*, in RGL, 2015, n. 4; e in generale, D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Laterza, 2015, 355.

si sono moltiplicati.

Dai dati ILO risulta che la presenza di clausole sociali nei Trattati è cresciuta sia in termini relativi che assoluti: da 4 clausole nel 1995 a 21 nel 2005, a 58 nel giugno 2013. I trattati ove esse sono presenti riguardano oltre il 5,5% del commercio globale. Tali clausole sono incluse per lo più in Trattati commerciali fra Paesi del Nord e del Sud del mondo, ma risultano in crescita anche quelli fra paesi emergenti, in particolare dell'Asia.

Il 40% delle clausole sono "*conditional*", le altre "*promotional*". Molte combinano procedure di *enforcement* provviste di sanzioni con impegni di carattere promozionale. Clausole solo promozionali sono prevalenti soprattutto negli accordi commerciali fra paesi del Sul del mondo.

La varietà delle fonti e delle tecniche regolatorie presenti nei Trattati è un segno di vitalità, ma presenta non pochi aspetti di eterogeneità e di debolezza sia nei contenuti delle regole sia nelle procedure applicative e di *enforcement*. Di qui l'esigenza sollecitata da più parti[22] di ricercare una finalizzazione più coerente dei vari strumenti in grado di costruire una rete organica di regole sul lavoro globale nonchè strumenti per garantirne una maggiore incidenza nei rapporti di lavoro coinvolti. Su questo tornerò oltre.

Sul piano definitorio si possono distinguere diverse categorie di clausole sociali presenti nei Trattati. Una categoria di clausole è quella che impone ai contraenti la *compliance* con alcuni standard sociali ritenuti essenziali, prevedendo procedure di varia natura per verificarne l'osservanza e talora per sanzionare i comportamenti difformi (clausole *conditional*). Un'altra categoria di accordi di tipo cooperativo "promozionale" (*promotional*) stabilisce forme istituzionali per il dialogo fra gli Stati contraenti in ordine al rispetto dei *social rights* e per il monitoraggio dei comportamenti in materia, senza prevedere né sanzioni né conseguenze economiche per comportamenti non conformi agli obiettivi.

Secondo una diversa categorizzazione si distinguono i casi (più frequenti), in cui il rispetto degli standard sociali è richiesto come impegno del Trattato,[23] da quelli in cui è stabilito come condizione previa alla stipulazione degli accordi commerciali (cd. *pre ratification conditionality*). In queste seconde ipotesi - invero non comuni – la stringenza degli impegni presi si misura sulla loro capacità di stimolare riforme della legislazione del lavoro nel senso voluto prima della conclusione del Trattato.

Tale capacità potrebbe essere rafforzata se la concessione e il mantenimento dei benefici del trattato fossero graduati e condizionati all'effettiva implementazione delle riforme debitamente accertata nel tempo (secondo meccanismi sperimentati nella concessione di aiuti finanziari ai paesi beneficiari).

---

[22] Vedi in particolare gli scritti sopra citati di J. Bellace, L. Compa e A. Perulli.

[23] Per queste definizioni e dati quantitativi sulle differenze dei vari tipi di clausole nei trattati v. in particolare ILO, *Social dimension of free trade agreements*, cit., p. 21 ss., p. 33 ss.; cfr. anche J. Vogt, *Trade and investment arrangements,* cit., p. 130 ss.; L. Compa, *Labor rights and labor standards*, p. 187 ss. Una diversa categorizzazione è presentata da V. Prislan, R. Zandvliet, *Mainstreaming sustainable development,* cit., p. 5 ss., con riferimento in particolare agli International Investment Agreements: l'a. distingue le clausole che vietano di derogare agli standard sociali per attirare investimenti stranieri, da quelle che sanciscono il diritto degli stati di definire i propri standard sociali, da quelle che promuovono il rispetto e il miglioramento di questi standard.

7. Diversi linguaggi e diversi contenuti.

Le differenze nei contenuti e nel linguaggio delle clausole sociali segnalano una grande variazione nella portata giuridica e sociale degli impegni.[24]
Proprio su questo piano molti accordi, specie nelle prime esperienze, si segnalano per diversi aspetti di debolezza. Anzitutto gli impegni sono spesso espressi in termini non vincolanti ma variamente esortativi (*aspirational language*, come si esprimono i testi inglesi). Inoltre altrettanto di frequente si limitano a esprimere la "volontà di rispettare" le regole proprie del paese firmatario e a curarne la effettiva applicazione, senza riferimento alla conformità di queste regole agli standard internazionali. Altre volte i trattati specificano con evidente ambivalenza, il diritto di ciascuna parte contraente di regolare in proprio le materie di interesse pubblico (fra cui si menzionano tipicamente le norme sui rapporti di lavoro, la salute e la sicurezza).

Per questi aspetti i contenuti degli accordi più recenti, specie quelli intercorrenti fra paesi sviluppati, (da ultimo il TPP e il CETA) presentano significative evoluzioni. Tendono ad adottare sia linguaggi assertivi nella formulazione degli impegni sia procedure meglio articolate per verificare l'applicazione degli obblighi assunti, per la soluzione delle controversie eventualmente insorte e per i rimedi contro le violazioni degli impegni.

Un tema cruciale riguarda l'ambito dei diritti che le parti dei Trattati commerciali si impegnano ad osservare. Su questo punto gli impegni variano da clausole che richiamano genericamente l'osservanza di *basic rights* o *internationally recognized labor rights*[25] a quelle che sanciscono l'obbligo di rispettare i *core labor standards* del OIL. Questo obbligo fa per lo più riferimento (TPP, CETA) ai quattro principi fondamentali sanciti alla conferenza dell'OIL del 1998: libertà sindacale e diritto alla contrattazione, divieto di lavoro forzato minorile e eliminazione di ogni discriminazione. In altri casi l'impegno è più ampio e comprende l'osservanza delle otto convenzioni fondamentali che specificano i principi del 1998.[26]

È da segnalare che il riferimento al diritto di sciopero è assente, salvo che nell'accordo CETA fra Canada e UE e salvo un richiamo implicito nell'accordo del maggio 2007 che stabilisce un modello di clausola sociale proposto dall'amministrazione Obama.

L'aggiunta talora inclusa negli accordi che esortano a migliorare la propria legislazione in direzione di quegli standard sembra riaffermare l'obiettivo, ma anche indebolire il carattere immediato e cogente dell'impegno.

---

[24] Oltre agli scritti citati nelle note precedenti, vedi anche P. Smit, *The future of Labor Law in a globalized or regionalized world,* in Bulletin of comparative labor relations, 92, cit., p. 145 ss. L'a. sottolinea come uno dei fattori che influiscono negativamente sul rispetto delle regole sociali sia appunto la ambiguità dei linguaggi dei Trattati; anche se le stesse formule *aspirational* degli accordi possono essere utili per attivare processi di *institutional learning*.

[25] Una simile formula risalente già al Trade Act USA del 1974, che ha stabilito il primo sistema generale statunitense di preferenze (GSP), continua a essere diffusa; cfr. G. Vogt*, Trade and investment arrangements*, cit., p. 146 ss.

[26] Si tratta delle convenzioni 87 (su libertà di associazione); 98 (diritto di organizzarsi e contrattare collettivamente); 29. (divieto di lavoro forzato); 105 (eliminazione del lavoro forzato); 138 (età minima per il lavoro); 182 (sulle peggiori forme di lavoro dei fanciulli); 100 (parità retributiva; 111 (divieto di discriminazione nel lavoro e nell'occupazione). Anche la maggioranza degli Investment Agreements fa riferimento ai principi fondamentali dell'OIL: V. Prislan, R. Zandvliet, *Mainstreaming sustainable development*, cit., p. 8.

Alcuni trattati contengono impegni ampi, ma formulati in termini generali, consistente nella volontà di garantire condizioni di lavoro "accettabili" in materia di orari di lavoro, di salario minimo di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, o di perseguire le indicazioni della "decent work Agenda" dell'OIL.

Impegni di tipo promozionale, come quelli indicati dal Consiglio Europeo del 2013, sono presenti nei Trattati recenti riguardanti sia il commercio (ad es. nel CETA), sia gli investimenti.[27] Si tratta in particolare di impegni a perseguire standard di condizioni di lavoro e di occupazione "più avanzati" (dei minimi). Anche qui peraltro le indicazioni sono espresse con linguaggio *aspirational* piuttosto che vincolante, cosicchè costituiscono indirizzi aperti o programmatici, più che disposizioni vere e proprie, che richiedono di essere precisati per stimolare una effettiva influenza delle clausole sulle pratiche sciali dei paesi coinvolti. La loro effettività dipenderà quindi più che mai dalla volontà delle parti contraenti di darvi seguito nell'esecuzione dei trattati.

Va segnalato come sulla base dell'esperienza siano stati previsti, specie ad iniziativa degli USA, formati standard (*template*), di clausole sociali utili a promuovere un maggior grado di coerenza nei contenuti di questi accordi: v. così il *template* del 2007, promosso dall'amministrazione Obama.[28]

8. I meccanismi procedurali e di *enforcement.*

L'importanza delle procedure per l'applicazione delle regole sociali è sottolineata da tutti i negoziatori e commentatori.[29] In effetti gli accordi si presentano in prevalenza come accordi procedurali e hanno sviluppato complessi meccanismi di monitoraggio e controllo per verificare e, se del caso, correggere le indicazioni dell'accordo, nonché per risolvere le controversie originate nella fase applicativa, con procedure conciliative e di arbitrato. Le direttive europee ai negoziatori del TTIP sottolineano la importanza al riguardo della valutazione di impatto per la sostenibilità (SIA), come strumento capace di dare indicazioni sia *ex ante* sia *ex post* sugli effetti del capitolo sociale. La valutazione dovrebbe coinvolgere le parti sociali, le ONG interessate e il Comitato sociale europeo, nonché raccordarsi con meccanismi di *review* e *follow up* specifici, sul modello già operante per le politiche europee del lavoro.[30]

Anche le strutture e le forme delle procedure manifestano una evoluzione nel tempo.

Al di là dei molteplici dettagli, sono andati profilandosi alcuni tratti comuni che configurano una procedura *multistep*. La procedura è attivata ad istanza (*complaint*) delle parti stipulanti (gli Stati), è avanzata tramite canali istituzionali, e corredata da informazioni e argomenti riguardanti i temi di discussione, messi a disposizione dalle parti e talora da organizzazioni e soggetti terzi.

---

[27] Vedi I casi citati da V. Prislan e R. Zandvliet, *Mainstreaming sustainable development*, cit., p. 13 ss.

[28] J. Vogt, *Trade and investment arrangements*, cit., p. 128 ss.

[29] Cfr. in generale L. Compa, *Labor rights and labor standards in International Trade, in Law and Policy in international Business,* 1993, 25, p. 165. ss.; ID, *Labor Rights and Labor standards in Transatlantic Trade and investment negotiations: a US Perspective,* in Economia & Lavoro, 2015, 49, 2, p. 87 ss.

[30] Il richiamo è alla cd. Clausola Sociale dell'art. 9 TFUE in base alla quale la definizione e attuazione di tutte le politiche dell'Unione Europea devono tener conto dell'impatto sociale, in particolare delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, con la garanzia di un'adeguata protezione sociale della lotta all'esclusione sociale e di un livello elevato di istruzione, formazione e tutela della salute umana. Sul valore di questa clausola v. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, CEDAM, 2016, 32.

La trattazione della questione viene tipicamente svolta tramite consultazioni fra le parti, accompagnata da forme di indagine variamente configurate (*hearing*). Il ricorso all'arbitrato o a panel di esperti è previsto, ma attuato raramente. Un modello particolarmente articolato di procedure è previsto nel recente TPP che al riguardo distingue due percorsi paralleli: uno diretto a favorire l'implementazione delle disposizioni concordate e uno finalizzato alla soluzione delle controversie. Due procedure parallele simili sono previste anche nell'accordo CETA.

L'opposizione della presidenza Trump al TPP è tale da bloccarne la ratifica da parte del Congresso USA; ma non da fermare l'operatività di regole transnazionali anche nell'area pacifica. Sono già in atto tentativi da parte di molti Paesi partner del TPP di procedere pur senza la partecipazione degli USA, e di concludere altri accordi paralleli fra alcuni Paesi del Pacifico.[31]

9. Le due procedure tipo del TPP: implementazione cooperativa e composizione delle controversie.

Le due procedure sono parallele ma rispondenti a una logica diversa. La prima fa leva soprattutto su strumenti promozionali o cooperativi (Chapter 19 del TPP): informazioni e azioni per favorire l'adempimento volontario degli obblighi del trattato e per promuovere la "*public awareness*"; coinvolgimento attivo delle parti con una valutazione delle loro priorità e aspettative; partecipazione degli stakeholders (rappresentanti dei lavoratori e degli imprenditori) e coinvolgimento di organizzazioni internazionali (in primis l'OIL); attivazione, a richiesta di una parte, di forme di dialogo sociale istituzionalizzate, di consultazioni formali, con eventuale assistenza di esperti indipendenti; possibili interventi, a richiesta di parte, di un *labor council* composto di "*senior governmental representatives*" avente competenze generali sulla implementazione delle parti del trattato relative ai rapporti di lavoro.

Esaurite senza esito queste procedure di consultazione, ciascuna parte può chiedere la attivazione di una procedura di "*dispute settlement*" (Chapter 28). Le parti hanno cura di sottolineare che anche questa procedura è essenzialmente volontaria e improntata al principio della collaborazione fra i contraenti.

Fra gli strumenti per la composizione delle controversie è prioritaria anche qui la consultazione fra le parti, con la possibilità, in caso di mancato esito delle consultazioni bilaterali, di richiedere la istituzione di un panel arbitrale composto da due membri designati dalle parti e da un presidente nominato d'accordo fra i due rappresentanti delle parti o nominato da un terzo indipendente oppure scelto su base casuale fra una lista di arbitri qualificati.

Il panel ha la funzione di fornire una valutazione oggettiva (*objective assessement*) dei termini della controversia e di prendere le decisioni necessarie a risolverla, con possibilità di coinvolgere le parti e soggetti terzi interessati. La procedura è formalizzata e si svolge con tempi rigorosamente predeterminati - 120/150 giorni per il rapporto iniziale e altri 30 giorni per il rapporto finale - più un tempo ragionevole per la applicazione della decisione. Anche i rimedi sono improntati a una logica gradualistica e cooperativa, in quanto oltre a concedere un tempo per l'adempimento comprendono la fissazione di compensazioni indennitarie "*mutually acceptable*", oppure la sospensione dei benefici di "effetto equivalente" al mancato adempimento, con la possibilità di prevedere una sanzione monetaria al posto della sospensione dei benefici. Entrambe le misure

[31] Vedi le notizie riportate dall'Economist del 19 novembre 2016, "*Try, Persist, Persevere*!", p. 12.

sono configurate come temporanee per sollecitare il pieno adempimento degli obblighi concordati. I benefici devono essere riferiti alla stessa materia cui si riferisce l'inadempimento dell'accordo.

Nonostante l'importanza del modello procedurale stabilito dal TPP, questo non è l'unico possibile. In particolare molti trattati stipulati dall'Unione Europea presentano una impostazione diversa e meno "*contentious*",[32] cioè orientata alla "composizione amichevole" delle questioni, e affidata nelle risultanze finali alle determinazioni degli organismi prestabiliti di monitoraggio o di valutazione. Inoltre gli eventuali panel di esperti si limitano ad emettere raccomandazioni e non vere e proprie decisioni.

L'accordo fra EU e Canada (CETA) è in parte innovativo al riguardo: prevede una procedura di soluzione delle controversie comprensiva di consultazioni bilaterali e di un *"review panel of experts*", nonchè di "*civil society advisory groups*" che possono fornire pareri e raccomandazioni. Inoltre le istituzioni pubbliche, in particolare gli ispettori del lavoro, sono deputati a promuovere e controllare l'adempimento degli obblighi risultanti dalle clausole sociali. Ma è previsto che in caso di non ottemperanza del giudizio del panel di esperti, la parte richiedente possa sospendere le proprie obbligazioni inerenti al Trattato in misura equivalente all'importanza e alle conseguenze della violazione, ovvero possa chiedere una compensazione monetaria secondo le indicazioni degli esperti (Ch 29, n. 14).

10. La clausola ISDS e le sue criticità.

Una delle procedure più importanti e controverse dei trattati è la cd. ISDS (Investor State Dispute Settlement).[33]

Il modello originario è di ispirazione nordamericana ed è stato promosso anzitutto nella fase della decolonizzazione nei rapporti con paesi in via di sviluppo e di recente indipendenza per proteggere gli interessi degli investitori USA aggirando le giurisdizioni di quei paesi ritenute poco affidabili. Nel tempo l'istituto si è sviluppato su vasta scala al di là delle sue giustificazioni originarie, fino a essere presente in una rete di oltre 2750 trattati, con una crescita esponenziale degli arbitrati; quelli censiti nel 2015 sono oltre 600, ma la cifra è sottostimata perché molti arbitrati sono coperti da clausole di riservatezza.[34]

Questa diffusione è stata accompagnata da contrasti anche in Europa per vari motivi procedurali e di merito: per la indeterminatezza dei criteri di giudizio affidati agli arbitri, ma soprattutto perché l'istituto sottrae alle giurisdizioni nazionali controversie intercorrenti fra investitori e Stati secondo logiche troppo vicine agli interessi delle grandi multinazionali.

Sono emblematiche al riguardo le polemiche che hanno circondato le trattative più recenti, dal CETA al TTIP, ove l'inserzione delle clausole ISDS si è rivelata uno degli ostacoli maggiori

---

[32] J. Vogt, *Trade and investment arrangements*, cit., p. 145 ss.

[33] M. Marchesiello, *L'arbitrato internazionale nelle dispute investitori-Stato: una nuova idea di giustizia o creazione di un suo mercato globale*, Pol. Dir., 2016, n.1-2, p. 129 ss.; M. Faioli, *The quest for a new generation of Labor Chapter in the TTIP,* in Ec. Lavoro, 49, 2015, p. 103 ss.

[34] M. Marchesiello, *L'arbitrato internazionale*, cit., p. 133 ss., ricorda come gli investitori nazionali possono instaurare un arbitrato secondo le regole UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), oppure secondo le regole stabilite dall'ICSID (Industrial Center for Settlement of Investement Disputes).

all'accordo. Il rischio insito nel sistema è che la decisione arbitrale metta in discussione decisioni anche legislative degli Stati, con conseguenze gravi per l'autorità degli Stati e per le loro scelte democratiche, nonché sul piano finanziario, perché le decisioni arbitrali attivate dalle multinazionali possono esporre gli Stati a ingenti richieste risarcitorie.

Nel caso del TTIP, tale rischio dovrebbe essere escluso qualora si dia seguito alle indicazioni sopra riportate che riaffermano la piena sovranità dei contraenti in materia di standard sociali, e per parte europea la loro non modificabilità *in pejus*. Una simile affermazione di piena sovranità degli Stati di decidere in materia di lavoro è contenuta anche nell'accordo CETA (23.2).

Tale indicazione confermerebbe che le regole sociali e del lavoro non possono considerarsi – contrariamente a quanto alcuni ritengono – un'interferenza indebita nelle decisioni degli investitori e che non può configurarsi nessuna aspettativa ragionevole che le regole esistenti al momento dell'investimento non vengano modificate col passare del tempo e col cambiamento delle circostanze. Un giudizio di indebita ingerenza potrebbe essere motivato solo qualora le regole statali prevedessero un trattamento discriminatorio dell'investitore straniero nei confronti delle imprese nazionali (in circostanze analoghe).[35]

L'esperienza degli accordi peraltro ha sottolineato la necessità di porre regole specifiche per limitare il potere dell'arbitro di ponderare le ragionevoli aspettative dell'investitore straniero, da una parte, e gli interessi regolatori dello Stato ospitante, dall'altra. Non a caso si sono avanzate diverse proposte anche nella trattativa tra USA e UE per il TTIP, intese a rispondere alle più gravi obiezioni alle clausole ISDS: maggiore trasparenza e garanzie procedurali, possibile intervento di terzi esperti, meccanismi–filtro per la eliminazione delle cause pretestuose, adeguati termini di prescrizione, ecc. È significativa al riguardo la richiesta avanzata dalla Commissione europea e poi dal Parlamento Europeo (8 luglio 2015), di limitare in modo preciso la discrezionalità degli arbitri nell'interpretazione dei Trattati per evitare abusi e per garantire un uso non discriminatorio dell'arbitrato.[36]

A questo obiettivo si ispira la dettagliata procedura inclusa nell'accordo CETA per risolvere le controversie sugli investimenti che contiene una serie di garanzie a tutela degli interessi di entrambe le parti, *in primis* degli investitori. Le clausole del CETA prevedono fra l'altro la istituzione di un Tribunale specializzato rispondente a caratteristiche di imparzialità e professionalità definite dalle parti, che è tenuto a decidere secondo i principi del diritto internazionale e a osservare le regole di trasparenza dell'UNCITRAL. È garantita altresì la possibilità di ricorrere in appello contro la decisione del Tribunale (art. 8.18 e segg).

I giudizi noti emessi secondo la procedura ISDS sono relativamente pochi, perché gran parte di essi restano riservati; inoltre le prestazioni tendono a essere risolte in via consensuale fra le parti governative. La maggioranza delle vertenze sono promosse da investitori privati che adducono

---

[35] Così anche V. Prislan, R. Zandvliet, *Mainstreaming sustainable development*, cit., p. 10. M. Faioli, *The quest for a new generation*, cit., p. 113 ss., ove si propone di escludere esplicitamente nel TTIP ogni ipotesi di *stabilization clause* in materia sociale. In realtà la riaffermazione della sovranità degli Stati in questa materia esclude di per sé che possa configurarsi una immodificabilità o stabilità della normativa nazionale in tema di lavoro.

[36] M. Faioli, *The quest*, cit., p. 114.

violazioni dei loro diritti discendenti dai Trattati. La esistenza di diritti di investimento attribuiti direttamente agli investitori dai Trattati è riconosciuta dalla giurisprudenza non solo arbitrale ma anche internazionale.[37]

Le due decisioni più citate in materia di lavoro ma note solo in parte, sono significative del potenziale dirompente che tali clausole possono avere sui diritti del lavoro nazionali. Nel caso Centerra verso Kyrgyz Republic l'azienda lamentava che la legge di quel paese diretta ad aumentare i salari dei lavoratori comportava un incremento del proprio costo del lavoro (di 6 milioni di dollari l'anno) e che tale incremento non era stato considerato nelle trattative per il Trattato. L'arbitrato risulta deciso nel 2009.

In un altro caso la multinazionale francese Veolia ha accusato l'Egitto di due violazioni del trattato bilaterale con la Francia; una consistente nella rottura anticipata di un contratto di appalto; l'altra nell'aumento del salario minimo legale che riduceva la profittabilità degli investimenti decisi dall'azienda.

11. Le debolezze delle procedure applicative dei Trattati.

L'importanza attribuita alla parte procedurale degli accordi e l'impegno per articolarla in modo preciso non hanno trovato riscontro sul piano della effettività. Anzi proprio questa parte procedurale continua a rappresentare "*the weakest link*" delle regole sociali dei trattati, cosicché l'enfasi sulle procedure non compensa la fragilità degli accordi e del consenso sulla loro vincolatività.

Alcuni elementi di debolezza delle procedure risentono delle ambiguità degli obblighi previsti nei Trattati. In primo luogo gli elementi per caratterizzare l'adempimento e quindi l'inadempimento degli obblighi del trattato sono indicati con ampi margini di discrezionalità e di incertezza. In particolare è controverso se per aversi violazione rilevante sia sufficiente che essa riguardi un settore economico oggetto del trattato, oppure se debba provarsi che incide specificamente sul commercio e/o sugli investimenti fra le parti.[38]

Talora è specificato (TPP, CETA) che per essere rilevanti le violazioni devono risultare "gravi e sistematiche" o deve trattarsi di un "*sustained or recurring course of action or inaction*". L'effettività del sistema è ulteriormente diminuita, perchè in alcuni dei primi trattati con paesi particolarmente resistenti all'osservanza degli standard sociali e sindacali si è ritenuto sufficiente ad evitare la sanzione che lo Stato inadempiente prenda iniziative (*taking steps*) per rimediare all'inadempimento; e questo Stato ha potuto beneficiare di proroghe alla sanzione a condizione che gli organismi di monitoraggio dispongano di continuare la verifica ("*review*") dei suoi comportamenti.[39]

Un'altra serie di limiti riguarda gli strumenti di *enforcement* degli impegni, che sono alquanto farraginosi e affidati alla iniziativa delle parti contraenti (e delle rispettive burocrazie). Inoltre le procedure concernenti le controversie in materia di lavoro sono tradizionalmente meno rigorose

---

[37] Vedi i casi citati da M. Faioli, The *Quest*, cit., p. 106 ss. e da V. Prislan, R. Zandvliet, *Mainstreaming sustainable development,* cit., p. 15 ss.

[38] Cfr. J. Vogt, *Trade and investment arrangements*, cit., p. 129.

[39] Queste formule sono frutto di faticosi compromessi e di tentativi, durati spesso anni, di promuovere la applicazione delle regole sociali concordate in questi paesi. Le analisi degli autori nordamericani più coinvolti in questa materia testimoniano di casi drammatici riferiti soprattutto a Trattati con paesi socialmente e politicamente travagliati dell'America Latina (Guatemala, Cuba, Cile) e dell'Asia (Pakistan, Cambogia, Malesia, Indonesia, Uzbechistan, Korea): cfr. J. Vogt, *Trade and investment*, cit., p. 131 ss.

di quelle relative all'implementazione delle parti commerciali dei trattati; e queste ultime sono affidate alle amministrazioni pubbliche competenti in materia di *trade e investement,* che, specie per la parte USA, hanno più influenza e più risorse disponibili per sostenere le istruttorie del caso di quanto abbiano quelle competenti per i temi di lavoro.

Il *template* del 10 maggio 2007, promosso dall'amministrazione Obama, ha chiarito, risolvendo dubbi del passato, che tutte le controversie riguardanti i rapporti di lavoro vanno esaminate secondo i meccanismi procedurali del trattato e seguendo le medesime regole previste per le controversie commerciali.

Una disparità tradizionale molto rilevante nelle regole procedurali ha riguardato le sanzioni applicabili in caso di violazione degli impegni concordati.[40]

I rimedi sanzionatori sono stati quasi sempre usati con cautela e gradualità; hanno oscillato da strumenti soft di *moral suasion* e di pressione sociale fino a misure incisive di perdita e sospensione di benefici tariffari o di "blocchi" delle importazioni. Questo ultimo tipo di sanzione è stato utilizzato nel caso di violazioni particolarmente gravi dei diritti sociali, per lo più nell'ambito delle procedure GSP.[41] Tradizionalmente le procedure per l'*enforcement* delle clausole sociali non hanno previsto per la loro violazione la sanzione della sospensione dei benefici, ma solo sanzioni monetarie, per di più con un tetto massimo e con possibili riduzioni.[42]

Nonostante la parificazione formale delle procedure delle clausole lavoristiche a quelle commerciali prevista dal *template* del 2007, la differenza in tema di sanzioni ha continuato ad essere mantenuta nelle vicende successive anche in sede di trattativa del TPP[43]; ciò per la resistenza delle parti governative a spingere l'*enforcement* delle clausole fino a provocare il blocco del commercio. In tal senso è significativa la dichiarazione del rappresentante USA all'ambasciatore di Giordania, che ridimensiona la portata della parificazione sopra citata, motivando nel senso che il suo governo non intende applicare le procedure previste dal Trattato fino al punto di pregiudicare gli scambi fra i paesi, e che per questo ritiene sufficiente e appropriato utilizzare solo forme di consultazione bilaterale evitando le sanzioni commerciali.[44]

I Trattati più recenti CETA e TPP affermano il principio che le procedure di *enforcement* riguardano tutte le controversie sull'interpretazione delle norme dell'accordo (TPP n. 28, CETA 29) sia pure con contenuti e modalità diverse per materie specifiche.

Nel caso del CETA è confermato l'approccio soft, "*non contentious*", dell'Europa alla materia che poggia su principi di collaborazione e su procedure di consultazione; ma a differenza che in accordi passati è previsto il ricorso a un panel di esperti competenti a decidere sulle conseguenze dell'inadempimento (Ch. 29.14).

---

[40] La disparità di trattamento è segnalata anche nella gestione delle procedure applicative del GSP, dove la decisione sui casi controversi spetta al Trade Dept. degli USA, anche quando la petizione riguardante le presunte violazioni proviene dai sindacati o dalle NGO: v. L. Compa, *Comparation Labor Law*, cit.,2001, p. 235 ss.

[41] Vedi i casi citati da L. Compa, *Multilateral agreements*, p. 707 ss.

[42] J. Vogt, *Trade and investment arrangements,* p. 127, rileva che la sanzione monetaria non solo può essere di minore entità del danno conseguente alla perdita dei benefici del Trattato ma niente garantisce che le risorse della sanzione siano effettivamente usate dallo Stato per migliorare le politiche del lavoro.

[43] Cfr. J. Vogt, *Trade and investment arrangements*, p. 129, nota 34.

[44] Vedi la citazione testuale riportata da J. Vogt, *Trade and investment agreements*, cit., p. 126, nota 20.

La procedura del TPP, nel prevedere modalità distinte per l'applicazione delle norme e per la soluzione delle controversie, conferma la parificazione delle regole per i vari tipi di controversie, comprese quelle riguardanti l'intervento di un panel arbitrale e le sanzioni da esso applicabili, fino alla sospensione dei benefici del Trattato. Peraltro è prevista la possibilità di trovare soluzioni monetarie concordate, utilizzando le risorse acquisite per interventi di sostegno alla migliore implementazione dell'accordo (Ch.28, n. 8).

Come si vede, questi ultimi trattati registrano una significativa evoluzione e una convergenza delle procedure sia applicative sia di soluzione delle controversie. Peraltro anche tali nuove regole restano soggette al test di effettività, perché la loro attivazione e il loro svolgimento dipendono ancora in toto dall'iniziativa delle parti, cioè dei rappresentanti degli Stati stipulanti e delle loro burocrazie.

Questa è una persistente differenza rispetto alle regole riguardanti la situazione giuridica degli investitori, i quali hanno un diritto proprio a far valere in giudizio gli obblighi di investimenti previsti nei trattati, anche con la garanzia di essere auditi da un Tribunale specializzato (vedi sopra).

La criticità delle clausole sociali, spesso denunciata dai sindacati e dalle altre associazioni civili[45], risulta confermata dall'esperienza applicativa di molti trattati, che mostra come la scarsa effettività delle clausole sociali dipenda soprattutto dall'inerzia delle autorità pubbliche incaricate di implementarle. Per lo stesso motivo conferma come l'applicazione delle stesse clausole sia stata condizionata da fattori politici, esterni ed interni, quali l'importanza strategica e le vicende politiche dei paesi coinvolti, ma anche l'orientamento politico delle amministrazioni USA dei vari periodi.[46]

Non a caso il ricorso ad arbitri imparziali, anche ove previsti, è raramente attivato per la resistenza ad esporre le scelte delle amministrazioni al giudizio di terzi.

Inoltre il diverso grado di interesse dei governi coinvolti nei vari casi ha influito sulla quantità di risorse pubbliche e di investimenti organizzativi destinati a sostenere nei fatti l'implementazione delle clausole sociali. Le risorse impiegate nel far valere le clausole sociali risultano generalmente i minori rispetto a quelle rivolte a implementare le parti commerciali dei trattati. L'impegno operativo degli Stati e delle loro burocrazie è decisivo, perché le regole sociali come oggi configurate, a differenza di quelle sugli investimenti, non sono azionabili direttamente in giudizio e non fondano diritti dei cittadini né fra loro né nei confronti delle parti del Trattato. Per ottenere risultati

---

[45] L. Compa, *Comparative labor law,* cit., p. 235 ss. riporta analoghe difficoltà nell'attivare le procedure e le sanzioni relative all'applicazione dei GSP da parte degli USA; nonostante I sindacati di quel paese abbiano richiesto di applicare le regole sociali con lo stesso rigore che le imprese pretendono nel caso di violazione dei loro diritti di proprietà.

[46] Questo è rilevato come il limite più grave per l'effettiva implementazione dei Trattati, specie in contesti sociali e politici difficili. Cfr. per tutti L. Compa, *Labor rights in the generalized system of preferences,* cit., p. 237 ss.; e J. Vogt, *Trade investment arrangements*, cit., p. 145. In realtà la "politicità" delle controversie sui trattati ha avuto talora implicazioni anche nelle vicende interne degli Stati Uniti. Ad es. la trattazione di casi particolarmente gravi di violazione dei diritti umani in paesi dell'America Latina è stata oggetto di polemiche dirette fra le diverse amministrazioni, democratica e repubblicana, degli USA (Bush, Clinton): vedi J. Compa, *Labor rights and labor standards*, cit., p. 174 ss.; ID, *Labor rights and labor standards in Transatlantic Trade Investment Negotiations: an American perspective*, in C. Scherrer (ed.), *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): implication for labor,* 2014, Rainer Hampp Verlag, Munchen- Merig; ID, *Labor Rights and Labor standards in Transatlantic Trade and investment negotiations: a US Perspective,* in Economia & Lavoro, 2015, 49, 2, p. 87 ss.

più cogenti in questa direzione occorrono proposte innovative, su cui dirò più avanti.

12. Un bilancio incerto.

Le ricerche sull'applicazione dei vari trattati si sono moltiplicate, ma sono ancora insufficienti, anche per la dispersione e spesso per l'oscurità delle fonti, a fornire un bilancio esauriente delle varie esperienze. I risultati noti appaiono a dir poco diseguali, e risentono, come si diceva, dei diversi rapporti economici e politici fra i paesi contraenti. [47]

Gli studi di casi riguardanti soprattutto accordi stipulati dagli USA con Paesi economicamente deboli e politicamente travagliati dell'America Latina e dell'Asia, sono indicativi delle opportunità, dei parziali risultati e dei limiti delle clausole sociali (come parimenti dei sistemi GSP).

Le prime ricerche sull'applicazione dei GSP degli USA segnalano che dal 1986 al 1995 la abolizione o la sospensione dei benefici del sistema come sanzione di violazioni dei diritti sociali sono state applicate nei confronti del Nicaragua, Paraguay, Cile, Repubblica Centrale Africana, Birmania, Liberia, Sudan, Mauritania, Maldive e Pakistan. Nicaragua, Paraguay e Cile hanno visto revocare le sanzioni a seguito di miglioramenti (parziali o totali) delle leggi a tutela dei diritti del lavoro.

Tra i casi cd. di "*preratification*" è segnalato quello del Perù, dove il congresso degli USA (2006) ha condizionato la propria approvazione dell'accordo commerciale con quel paese all'introduzione di alcune riforme in tema di lavoro (controllo degli abusi del contratto a termine e del *subcontracting*, protezione del diritto di sciopero, misure di contrasto alle pratiche discriminatorie antisindacali). A seguito dell'approvazione di tali riforme, l'accordo è stato concluso nel 2007, anche se i sindacati locali hanno continuato a segnalare violazioni dei diritti sindacali. Richieste di riforma simili sono state avanzate dal Congresso USA e dall' amministrazione Obama su istanza dei sindacati nei confronti della Colombia, colpevole di gravi violazioni dei diritti sociali e sindacali. Il Trattato è stato ratificato nel 2012 a seguito di parziali implementazioni delle riforme, peraltro ritenute insufficienti dalle organizzazioni sindacali. Altre riforme legislative a favore del lavoro sono seguite nel 2013, i cui effetti pratici sono solo in parte verificati.

Fra i numerosi casi di clausole *postratification* sono significative le vicende del Guatemala. Le gravi violazioni dei diritti umani e sindacali, comprese violenze e omicidi di sindacalisti, sono continuate per anni, nonostante gli impegni a riformare le leggi in tema di diritti sindacali e del lavoro assunti sia in fase di approvazione del trattato CAFTA (2005) sia nelle clausole sociali ivi inserite. Le ripetute denunce dei sindacati locali e USA sono state esaminate dal governo USA (uffici del Trade e Labor Affairs), e sottoposte, sia pure con ritardo, a procedure di consultazione. Lo svolgimento di tali procedure, unito alle pressioni sindacali e sociali, ha provocato qualche miglioramento delle condizioni sindacali e di lavoro che è stato ritenuto sufficiente a rinviare ogni sanzione. Ma le persistenti denunce di violazione di tali diritti hanno indotto il governo USA a riaprire il dossier e quindi a richiedere un intervento arbitrale (2011), cui ha fatto seguito una nuova fase di negoziati, e un *plan of action* con impegni ulteriori a migliorare l'applicazione delle leggi sul lavoro. A fronte di un adempimento degli impegni ancora solo parziale, un nuovo arbitrato è stato attivato a fine

---

[47] Vedi le rassegne contenute nel rapporto ILO, *Social dimension of free trade agreements*, cit., p. 36 ss; L. Compa, MAI *and international labor Rights,* cit., p. 707 ss.; J. Vogt, *Trade and investment arrangements*, p. 131 ss., il quale indica analoghi giudizi dell'OECD Trade Employment and Labor Standards: a story of core workers rights and international trade, 1996; e dell'US Departement of labor, Bama Athreya, *Comparative case analysis of the impact of trade labor related provisions on select*, *US trade preference recipient countries*, 2011, www.dol. Gov./Ilab/programs/otla/2010 ILRF.

2013, con udienze esperite nel 2015, ma al momento senza decisone finale. L'applicazione delle procedure GSP attivate dai sindacati USA e locali, nei confronti del Cile di Pinochet risulta avere prodotto risultati significativi. Le ripetute denunce dei sindacati e di associazioni civili circa gravi violazioni dei diritti sociali hanno dato luogo a una procedura di *review* durata quasi due anni, al fine della quale gli USA hanno sospeso il Cile dai benefici GSP. Questa decisione ha contribuito ad accrescere la pressione sociale e politica sul governo di Pinochet. Dopo il ritorno del Cile alla democrazia (1991) i benefici del GSP sono stati ripristinati.

In generale i rapporti dell'ILO segnalano che gli impegni meglio percepiti dei vari *labor chapter*, specie per i paesi emergenti, riguardano i programmi di "*capacity building*", lo scambio di buone pratiche, le attività promozionali e di sensibilizzazione pubblica e sociale. Secondo le valutazioni dell'ILO[48] gli impegni "preratifica" hanno contribuito a migliorare la legislazione dei paesi coinvolti, specie in materia di libertà sindacali. Più incerto è l'impatto delle procedure di *enforcement* delle clausole sociali sull'effettiva osservanza e sul miglioramento degli standard e dei diritti sociali[49].

Anche per questo motivo le trattative in corso per il TTIP, le sorti del Trattato CETA, faticosamente ratificato, e del TPP concluso ma non ratificato, costituiscono test importanti per valutare le prospettive delle regole sociali internazionali. Sarà importante verificare se il contesto di questi accordi e la diversità delle economie coinvolte rispetto a quelle dei primi accordi fra paesi del Nord sviluppato e Paesi emergenti condurranno a forme di implementazione più efficaci di quelle sperimentate finora.

13. Il (possibile) valore pattern setting del CETA e del TTIP.

La rilevanza (possibile) del TTIP e, sia pure su scala minore, quella del CETA sono riconducibili alla centralità dei due continenti nello scenario economico e politico mondiale, quindi all'impatto che la integrazione delle loro economie, facilitata anche dai Trattati, può avere sia per i singoli Paesi sia per l'intero assetto internazionale. L'importanza delle trattative atlantiche, come dell'accordo transpacifico, è tanto più sentita nella attuale congiuntura che presenta una stagnazione nel commercio mondiale e che tali grandi accordi sono chiamati a rilanciare.

Le implicazioni sociali di queste trattative sono importanti come quelle economiche, e persino più ricche di incognite, perché, a differenza di quanto sperimentato in accordi commerciali simili, qui il confronto è fra continenti caratterizzati da sistemi economici sviluppati e da ordinamenti sociali consolidati, ma fra loro alquanto diversi. Anzi, tali ordinamenti sono spesso indicati – solo con qualche forzatura – come espressione di modelli opposti di capitalismo, quello atlantico di prevalente orientamento liberista e quello europeo orientato all'economia sociale di mercato.

Anche il periodo in cui si sta sviluppando la trattativa del TTIP è rilevante, perché gli anni di crisi economica hanno registrato una netta divergenza fra le politiche di sostegno alla domanda e all'occupazione seguite dagli USA e le scelte dell'Unione Europea segnate dalla priorità degli equilibri di bilancio e poco attente alle condizioni della crescita. Le politiche europee di gestione della crisi hanno inciso non poco sulle politiche sociali dei vari Paesi, aumentando le differenze fra di

---

[48] ILO, *Social dimension*, cit., p. 56 ss.

[49] ILO, *Social dimension of free trade agreements*, cit., p. 45 ss., p. 78 ss., anche per analisi riguardanti l'occupazione, i salari, i rapporti sindacali.

loro e ridimensionando i contenuti, se non incrinando, la tenuta del modello di welfare comune. Queste condizioni di contesto hanno fatto sentire il loro peso anche nelle trattative. Hanno accresciuto le preoccupazioni per un possibile impatto sull'economia europea, ancora non uscita dalla crisi e in particolare sui fragili equilibri dell'Europa sociale. Non pochi osservatori europei segnalano il rischio che i sistemi nazionali di diritto del lavoro, minacciati dalla accresciuta concorrenza dei mercati, dal dumping sociale e dalla svalutazione competitiva delle politiche sociali nazionali, siano esposti a processi di destatualizzazione e di decostruzione degli ordinamenti giuslavoristici.[50]

Le valutazioni degli esperti continuano ad essere diversificate, sia sulle possibilità di concludere un accordo transatlantico utile sul piano economico, sia sulle prospettive di configurare un capitolo sociale che non incida negativamente sugli standard sociali presenti nei vari Paesi dell'Unione europea e quindi sulle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini europei[51].

14. Gli scambi transnazionali attivati dalle imprese.

Gli scambi transnazionali si sono sviluppati non solo ad iniziativa degli Stati tramite i vari trattati commerciali e di investimento, perché la nuova organizzazione internazionale della produzione e del lavoro ha permesso un ulteriore canale di scambi attivato dalle imprese multinazionali. Tali imprese hanno potuto distribuire le loro attività in vari paesi attraverso catene produttive da esse variamente organizzate tramite società controllate o tramite aziende fornitrici, formalmente autonome ma di fatto collegate alle multinazionali da legami commerciali stabili.[52] Questo nuovo vettore della globalizzazione riceve non solo impulso economico e organizzativo, ma anche regole in materie commerciali e del lavoro ad opera delle stesse imprese protagoniste.

I rapporti espressi in questi scambi e gli strumenti di regolazione sono diversi a seconda che si tratti di imprese controllate da una società madre che stabilisce regole proprie all'interno di un gruppo più o meno coeso ovvero che i rapporti fra le imprese siano di fornitura e quindi regolati da contratti commerciali. Ma la differenza fra queste regole aziendali in entrambe le varianti e le regole dei Trattati è che le prime sono un prodotto essenzialmente privato non solo nella forma ma nei contenuti, talché possono considerarsi come una nuova versione di "*lex mercatoria*".

Questa regolazione privata si è storicamente sviluppata secondo linee autonome dalla evoluzione dei Trattati. Ciò ha avuto implicazioni rilevanti sia quanto agli obiettivi della regolazione sia quanto

---

[50] Cfr. nel dibattito italiano, già A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, 1999; A. PERULLI, *Diritti sociali e mercato globale*, in *RGL*, 2000, n. 4, e, in relazione al TTIP, A. PERULLI, *Sostenibilità, diritti sociali e commercio internazionale: la prospettiva del Trans-Atlantic Trade and Investement Partnership (TTIP)*, Working Paper CSDLE "M. D'Antona".INT, 2015, n. 115; A. PERULLI, *Commercio globale e diritti sociali. Novità e prospettive*, in *RGL*, 2015, n. 4; in generale A. Perulli, *Fundamental social rights. Market regulation and EU external action*, in The intern. Journal of comparative Labor Law and Industrial Relations, 2014, cit., p. 27 ss; F. MARRELLA, *Lex mercatoria e diritto del lavoro*, RGL, 2015, n. 4; V. FERRANTE, *Social concerns in free trade agreements*, intervento al seminario internazionale *Comercio y justicia social en un mundo globalizado. Modelos de aproximación*, Universidad de Alcalá, 25 settembre 2015.

[51] Vedi le diverse opinioni di G. Celi, J. Capaldo, S. Stephan, M. Camille Best, M. Mc Grory, A. Pronk, C. Stevenson, raccolte nel n. speciale di Economia e Lavoro, n. 2, 2015. Analoga diversità si riscontra fra le forze politiche europee, vedi A. Mosca, V. Bordonero, *Il Parlamento e la nuova politica commerciale: riflessi transatlantici*, in Economia Lavoro, 2015, n.2, p. 131 ss. Vedi peraltro Il documentato ed equilibrato bilancio svolto dal parlamento Europeo, Directorate General for international policies, Policy dpt., *TTIP and Jobs*, 2016.

[52] J. Bellace, *Human rights at work: the need for definitional coherence in the global governance system*, cit., p. 176, nel sottolineare l'importanza di questo nuovo canale di scambi ne rileva la criticità per i temi del lavoro perché, come si diceva, le multinazionali che lo utilizzano non si considerano datori di lavoro ma compratori dei prodotti finali dalle aziende fornitrici e quindi non prestano attenzione alle politiche del lavoro.

alla sua efficacia giuridica.

Le ricerche in argomento, anche qui solo parziali, indicano che tali fonti private, unilaterali e bilaterali, si occupano anzitutto di regolare i trattamenti economici dei rapporti di lavoro secondo modalità che tengano conto del loro carattere transnazionale. Nei casi non infrequenti in cui tali fonti contengono anche clausole sociali, il loro contenuto conferma e talora integra la portata delle clausole sancite nei trattati. Le integrazioni sono particolarmente importanti nella materia dei diritti sindacali, nella misura in cui la definizione di tali diritti è ritenuta rilevante per migliorare le relazioni industriali, garantendo la pace sociale all'interno dell'azienda e verso gli stakeholders. Il carattere privatistico delle fonti in questione permette ampia varietà e flessibilità di contenuti; ma richiede strumenti di *enforcement* diversi da quelli operanti nel sistema dei trattati, che devono fondarsi sulla capacità delle stesse imprese ed eventualmente delle parti sociali di garantirne la effettività giuridica e operativa. Un test, come si vedrà, non facile da superare.

La natura prevalentemente aziendale di queste fonti ha implicazioni profonde sulla formazione delle regole riguardanti i rapporti di lavoro e i relativi diritti sociali, perché la regolazione di questi rapporti nei nostri sistemi sociali si è storicamente realizzata non per iniziativa prevalente delle imprese, ma ad opera degli Stati e delle istituzioni pubbliche e in larga misura attraverso accordi collettivi con le rappresentanze dei lavoratori. Lo spazio di regolazione acquisito dalle aziende multinazionali è riconducibile a due fondamentali motivi: in parte alla debole o nulla presenza delle rappresentanze sindacali a livello transnazionale; in parte al ridursi della capacità regolativa degli Stati e alla debolezza delle regole interstatali stabilite nei trattati. I vuoti regolatori così formatisi sono stati riempiti dalle aziende soprattutto con tipi di regolazione soft, quali le varie guidelines di comportamento, i codici etici e di condotta adottati dalle imprese, talora concordate o promosse nel contesto delle iniziative di organizzazioni internazionali (vedi le guidelines dell'OCSE ed il Global Compact).

15. Le regole poste dalle aziende multinazionali: la responsabilità sociale.

Queste regole soft fanno spesso riferimento, come i Trattati di commercio, ai principi e alle convenzioni OIL e presentano anch'esse una crescente completezza di riferimenti. Ma si differenziano per il loro carattere volontario e per operare con strumenti di applicazione e di verifica interni al sistema regolatorio delle imprese protagoniste.

In generale si può dire che tali guidelines si ispirano all'idea della responsabilità sociale, e riflettono la cultura e i valori aziendali.[53] Pur essendo isolate rispetto ai sistemi nazionali risentono in misura più o meno diretta del contesto sociale e istituzionale in cui nascono e hanno dovuto tener conto dei caratteri dei paesi in cui le imprese collegate o fornitrici si trovano ad operare. Le pressioni dell'ambiente circostante sono state spesso rilevanti nell'orientare l'applicazione delle regole della casa madre, specie in casi drammatici propagandati dalla stampa internazionale e talora sono stati in grado di bloccare pratiche aziendali lesive dei *core labor standard* internazionali.

---

[53] Il senso e l'impatto delle politiche di responsabilità sociale delle imprese sono oggetto da tempo di discussioni e controversie: vedi per il dibattito italiano T. Treu, *Responsabilità sociale delle imprese: condizioni e forme di promozione,* in A. Perulli (a cura), *L'impresa responsabile*, Halley, Macerata, 2007, p. 149 ss.; A. Perulli, (a cura), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Mulino, 2013; N. Rogovsky, *Socially sensitive enterprise restructuring*, ILO Geneva, 2005; R. Schuler, S.E. Jackson, I. Tarique, *Human resource management in context*, in R.Blanpain (ed.), *Comparative labor law*, cit., p.117 ss.; E. Wettstein, *CSR and the debate on business and human rights: bridging the great divide,* Business Ethics Quarterly*, 2012, p. 739.*

La cultura di grandi aziende europee sensibili ai principi comunitari ha contribuito ad aprire la formazione di queste regole al confronto con le Organizzazioni Sindacali avviando pratiche di informazione e consultazione, fino a vere e proprie forme di contrattazione. Talora ciò è avvenuto utilizzando canali informali, altre volte, specie di recente, seguendo le regole e le procedure stabilite dalle direttive europee sui CAE e valorizzando le capacità rappresentative di questi consigli. I Consigli Aziendali Europei, l'unica forma rappresentativa riconosciuta dal diritto comunitario, anche quando non hanno siglato accordi collettivi aziendali, hanno esercitato i propri poteri, spesso oltre le competenze formali, interloquendo sulle politiche economiche e sociali delle imprese. In tal modo hanno contribuito a fare evolvere le regole aziendali relative ai rapporti individuali collettivi di lavoro e ad attribuirvi una legittimità condivisa.

Questa rete di regole aziendali variamente partecipate è così divenuta un ulteriore vincolo di diffusione sovranazionale di principi comuni, distinto per origine e per natura dalle clausole sociali dei Trattati, ma che ha contribuito ad arricchire lo spazio sociale europeo, già alimentato da fonti tanto eterogenee quanto fragili.

16. La contrattazione transnazionale di impresa.

Anche la contrattazione collettiva, che è stata storicamente nazionale, ha intrapreso la strada della internazionalizzazione, in forme diverse, non sempre coincidenti con quelle proprie dei contratti nazionali.

I primi contratti transnazionali hanno assunto varie dimensioni e contenuti, specie in ambito europeo. Accordi quadro fra i vertici delle organizzazioni comunitarie, sindacali e imprenditoriali hanno affrontato grandi questioni sociali, talora finalizzate a integrare i contenuti delle direttive europee; una serie di contratti settoriali europei hanno definito i contenuti dei rapporti di lavoro delle aziende del settore analogamente ai contratti della tradizione nazionale; infine si sono diffuse intese, più o meno formalizzate, a livello aziendale, conclusi dalle multinazionali con le organizzazioni sindacali presenti nell'impresa e più sovente con i Consigli aziendali europei (CAE).[54]

Questa varietà di fonti contrattuali testimonia, come le diverse clausole sociali, la pluralità di percorsi seguiti per affrontare il difficile obiettivo di portare oltre i confini nazionali la contrattazione collettiva, quella contrattazione che nei paesi europei è stata per un secolo uno strumento fondamentale di regolazione dei rapporti di lavoro, spesso prima e oltre la legge. Le difficoltà del percorso non sono dissimili da quelle rilevate per la operatività delle clausole sociali in ambito transnazionale. Le leggi e le istituzioni nazionali che hanno forgiato in passato i sistemi contrattuali e di relazioni industriali non hanno più un potere conformativo dei rapporti di lavoro operanti in diversi paesi anche confinanti, e possono agire, come si è visto, solo con strumenti indiretti quali le clausole sociali dei trattati o sistemi simili quali i GSP.

Non a caso anche le leggi nazionali più "avanzate", hanno evitato di affrontare il tema del riconoscimento e della regolazione della contrattazione collettiva transnazionale. Del resto lo stesso ordinamento europeo, che pur riconosce il valore del dialogo sociale e della contrattazione

---

[54] Cfr. in generale S. Giubboni, M. Peruzzi, *La contrattazione collettiva di livello europeo al tempo della crisi,* in M. Carrieri, T. Treu (a cura), *Verso nuove relazioni industriali*, 2013, Mulino, p. 131 ss.; S. Sciarra, *Transnational and European ways forward for collective bargaining,* in W.P. Massimo D'Antona IT, 73/2009, p. 12; in particolare per la contrattazione aziendale U. Rehfeldt, *La posta in gioco nei canali multipli di rappresentanza. La contrattazione collettiva aziendale transnazionale,* in M. Carrieri, T. Treu (a cura), verso nuove relazioni industriali, uk, p. 159.

collettiva europea, non ne sostiene direttamente l'efficacia transnazionale. E non è neppure intervenuto nell'armonizzazione dei sistemi nazionali di Relazioni Industriali lasciando ampio spazio ai legislatori nazionali e alla autonomia delle parti sociali.

Alla mancanza di uno statuto giuridico della contrattazione collettiva europea fa riscontro la debolezza delle forme rappresentative degli attori sociali a questo livello. Non solo gli imprenditori ma le stesse organizzazioni sindacali restano nazionali nei poteri di negoziazione, che sono riservati alle organizzazioni dei vari paesi. Cosicché gli accordi di settore, che pur si sono diffusi nella prassi europea e hanno assunto talora contenuti innovativi, hanno dovuto sostenersi per forza propria, cioè facendo leva sull'osservanza spontanea degli impegni assunti dai contraenti europei e sulla capacità delle rappresentanze sovranazionali degli imprenditori e dei lavoratori, di indurre per via endoassociativa l'adempimento degli stessi impegni da parte delle imprese e delle organizzazioni nazionali affiliate.

Viceversa gli accordi conclusi dalle imprese multinazionali hanno acquistato crescente rilievo non solo per le tendenze, sempre più condivise nei vari Paesi, a decentrare l'attività contrattuale vicino alle realtà aziendali, ma anche perché tali accordi possono di produrre effetti diretti sui comportamenti e sulle regole del lavoro, facendo leva sull'impegno dell'azienda stipulante e sul suo potere di far rispettare gli impegni nella conduzione dei rapporti con i suoi dipendenti.[55]

Le clausole del trattato TTIP potrebbero impegnare gli stati contraenti a sostenere tale contrattazione collettiva, con riferimento alle materie considerate dall'accordo, nel compito di promuovere gli standard sociali nelle direzioni indicate dagli obiettivi comuni e dalle fonti internazionali[56]. Ma un riconoscimento di effetti normativi extra-territoriali a tali accordi sul modello dell'efficacia dei contratti collettivi nazionali è difficilmente ipotizzabile, come mostra la esperienza europea. La previsione di schemi legali, ancorché leggeri, con cui orientare le attività delle parti, come proposto da esperti europei, potrebbe essere utile, ma ha finora incontrato scarso consenso da parte delle organizzazioni rappresentative di entrambi gli attori.

La tendenza a proiettare gli accordi oltre i confini è andata al di là delle dimensioni europee, con la diffusione di International Framework Agreements (IFA) per iniziativa della Global Union Federation. Questi accordi coinvolgono 100 aziende multinazionali, la gran parte di matrice europea. Ma anche qui la loro efficacia è essenzialmente sostenuta per via endoassociativa.

17. Contenuti ed efficacia degli accordi transnazionali.

L'efficacia degli accordi transnazionali può esplicarsi, non diversamente dai contratti nazionali, oltre che nei riguardi delle organizzazioni stipulanti, anche direttamente sui rapporti di lavoro, a seconda che i contenuti dell'accordo siano solo obbligatori o anche normativi. Gli esempi noti di accordi europei, spesso conclusi dai CAE con o senza assistenza dei sindacati, presentano

---

[55] Secondo gli ultimi dati del 2013 sono stati conclusi in Europa 230 accordi aziendali con i CAE: J. Waddington, V. Putignano, J. Turk, *Managers Business Europe and the development of European works council*, ETUI, Work Paper, 2016.6.

[56] A. Perulli, *Global trade and social rights*, cit., n. 7; M. Faioli, *Libero scambio, tutele e sostenibilità*, Riv. Giur. Lav., n.4, 2015, propone che nel negoziato TTIP si faccia rinvio dinamico ad accordi-quadro di settore, muniti di autonoma esecutività/giustiziabilità a livello nazionale. Un simile rinvio sarebbe certo utile; ma è dubbio se e come accordi del genere possano avere autonoma efficacia nei vari Paesi. Tale efficacia può essere invece diretta nel caso dei contratti aziendali, per i motivi sopra ricordati.

entrambi i tipi di clausole.[57]

Le ricerche indicano che questi accordi, specie quelli conclusi da multinazionali europee, non si limitano a ribadire gli standard sociali fondamentali dell'OIL, ma stabiliscono talora una serie ampia di condizioni di lavoro, con trattamenti migliorativi rispetto alle medie del settore. Ma di solito non sono così onnicomprensivi come i contratti collettivi nazionali, configurandosi come accordi "specializzati". Non pochi di questi accordi sono intervenuti in occasione di crisi e di ristrutturazioni aziendali e perseguono l'obiettivo di contenerne le ricadute economiche e sociali, con misure di prevenzione, di regolazione e di gestione delle crisi. Tali accordi hanno efficacia normativa sui lavoratori delle imprese, ma coinvolgono anche le parti collettive - in particolare i sindacati - con diritti e obblighi di partecipazione e di controllo sui processi attuativi delle intese.

Diversamente da quanto si è visto per le clausole sociali dei Trattati, che poggiano sull'iniziativa degli Stati, l'osservanza di queste regole è affidata alla autonomia delle parti, cioè agli strumenti propri del sistema aziendale e sindacale.[58] Fra questi strumenti sono comprese le procedure per la trattazione e la composizione delle controversie insorte nella interpretazione e nell' applicazione degli accordi. Anche gli incentivi e le sanzioni per sostenere l'adempimento degli accordi negoziati sono collegati allo svolgimento ordinato e "pacifico" delle relazioni collettive nell'impresa e infatti spesso comprendono obblighi di pace sociale.[59]

Nelle ipotesi in cui questi accordi presentino contenuti vincolanti e non semplicemente programmatici, si è posto il problema se e come essi possano assumere rilievo giuridico esterno, cioè essere azionabili negli ordinamenti dei vari paesi. La questione, pur giuridicamente rilevante, ha trovato pochi test nella pratica applicativa degli accordi transnazionali come delle clausole sociali dei Trattati. La scarsità di test applicativi si spiega anzitutto per l'orientamento condiviso dalle parti che tende a privilegiare soluzioni interne al sistema, dei Trattati o degli accordi, piuttosto che ricorrere a tribunali statali. D'altra parte le Corti nazionali hanno manifestato una forte riluttanza a riconoscersi competenti a decidere di casi coinvolgenti rapporti di lavoro fra paesi diversi, cioè ad ammettere una applicazione extraterritoriale delle leggi nazionali.

18. Casi pilota.

Il tema ha finora ricevuto attenzione soprattutto da autori nordamericani con riferimento a una casistica nata negli USA, a motivo della varietà delle esperienze applicative dei Trattati e dei GSP originati in quel paese. Ma anche perchè gli strumenti della *law of tort* e *of contracts* elaborati nell'ambiente di *common law* si sono prestati, più di quelli tradizionali della *civil law*, ad applicazioni innovative in questa materia. Nuove soluzioni sono state sperimentate con grande fantasia da avvocati militanti coinvolti in casi spesso drammatici di violazione dei fondamentali diritti

---

[57] La tipologia di questi accordi è varia a seconda del grado di autonomia espressa dalle parti sociali e del ruolo svolto dalle autorità comunitarie.

[58] Le proposte di fornire un quadro giuridico (leggero) nei vari accordi transnazionali europei hanno incontrato resistenze da parte datoriale, ma anche tiepidezza dei sindacati europei: cfr. in particolare E. ALES *ET AL.*, *Transnational collective bargaining. Past, present and future*, Final Report, European Commission, 2006; A. LO FARO, *Bargaining in the shadow of 'optional frameworks'? The rise of transnational collective agreements and EU law*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2012, vol. 18, n. 2, 153.

[59] A. Perulli, *Global trade and social rights*, cit., p. 25.

sociali e umani in paesi con cui gli USA avevano rapporti commerciali. Nonostante i limiti delle regole sociali e le difficoltà pratiche di condurre azioni legali fra paesi lontani e per lo più in ambienti ostili, l'uso innovativo degli strumenti giudiziari in cause pilota ha contribuito alla affermazione dei diritti fondamentali dei lavoratori. Forse è azzardato ritenere che una buona parte del futuro diritto del lavoro globale sarà creato dove si è formato il diritto nazionale, cioè nelle Corti oltre che nelle leggi nazionali. Ma ci sarà la possibilità di trattare le questioni dei diritti sociali, oltre che usando le regole amministrative dei trattati, anche rivolgendosi ai tribunali della giurisdizione nazionale delle imprese che violano tali diritti.[60]

L'analisi di alcuni casi pilota mostra le potenzialità di queste tecniche di *common law*, i loro adattamenti spesso alquanto arditi e gli argomenti impiegati per superare il principio della non extraterritorialità delle leggi che è valido anche negli USA.[61]

Una prima causa emblematica è originata da un'accusa da parte sindacale contro la Dow Chemical per l'uso dei pesticidi in Costarica in violazione della normativa degli Stati Uniti. La Corte Suprema del Texas ha ammesso la propria competenza e deciso a favore dei lavoratori, argomentando dal fatto che le decisioni aziendali rilevanti erano prese in Texas, che "i lavoratori erano americani, impiegati da azienda americana, operante in una terra di sua proprietà, per esportare banane sulle tavole americane". Nonostante questa importante affermazione di principio la difficoltà di portare prove sufficienti e la prospettiva di tempi lunghi per la decisione, hanno consigliato a legali dei lavoratori di accettare una soluzione transattiva, con (consistente) risarcimento dei danni.

Un secondo caso significativo è nato da un licenziamento collettivo di lavoratori e di sindacalisti da parte di un'azienda operante in Guatemala, ma di proprietà di una società USA. Al rifiuto aziendale di rispettare l'ordine di reintegra emesso dal tribunale del Guatemala, hanno fatto seguito iniziative per citare in giudizio la società USA in Florida, al fine di ottenere l'applicazione dell'ordine di reintegra, basandosi sul principio (tradizionale) per cui le Corti di diversi paesi accettano di applicare i rispettivi giudizi nella propria giurisprudenza. Queste iniziative, oltre alle pressioni pubbliche e delle autorità del Guatemala, hanno indotto l'azienda ad adempiere all'ordine di reintegra.

Una applicazione extraterritoriale della normativa USA in materia sindacale si trova in una decisione del National Labor Relations Board, che ha ordinato una *injunction* a favore di un imprenditore statunitense, con risarcimento danni, per fermare un boicottaggio di solidarietà organizzato da un sindacato in altro Stato. Ma la Corte d'Appello degli Stati Uniti ha riformato la decisione del NLRB, ritenendo che un simile effetto extraterritoriale può essere riconosciuto solo dalla legge, non dai giudici né dal NLRB.[62]

Una soluzione normativa di portata ampia, ripresa dai trattati commerciali, è stata avanzata in

---

[60] Così H. Arthurs, 2001, *Reinventing labor law for the global economy*, Journal of Employment and labor law, 22, p. 271 ss.

[61] Il superamento di questo principio è stato sancito dalla legge statunitense (nel 1991) che ha ritenuto applicabile la tutela contro le discriminazioni anche fuori del Paese, per i lavoratori americani impiegati da imprese statunitensi. Per l'analisi di questi casi vedi L. Compa, *Pursing International Labor rights in US Courts, New Uses for Old Tools*, in Industrial Relations, 2002, vol. 57, n.1, p. 48 ss.

[62] L. Compa, *Pursuing,* cit., p. 52 ss.

relazione a una vertenza avviata dal sindacato nordamericano AFL nei confronti della Cina. In tale occasione il sindacato ha sostenuto che la non osservanza dei diritti fondamentali del lavoro costituirebbe *unfair labor practice* e potrebbe dar luogo a sanzioni commerciali secondo la sez. 301 dell'US Trade Act del 1974.[63]

Un'altra decisione (Filartiga) che mostra le potenzialità di un uso innovativo del contenzioso ha riguardato un caso di violenza con omicidio perpetrato dalle autorità della Birmania. Una Corte d'Appello degli USA, basandosi su una legge del 1789 contro la pirateria, ha affermato la propria competenza a decidere, argomentando che la tortura attuata da pubbliche autorità viola le norme universalmente accettate di tutela dei diritti umani e quindi va sanzionata a prescindere dalla nazionalità delle persone coinvolte. Da allora il precedente è stato utilizzato anche per sostenere l'azione giudiziaria contro una multinazionale USA operante in Birmania, con l'argomento che la giustizia locale non era in grado di tutelare adeguatamente i lavoratori vittime di gravi abusi dei loro diritti.[64]

Un caso diverso riguarda il ricorso di un sindacato coreano contro la decisione di un'azienda (licenziamento) presa in violazione di un accordo aziendale (di gruppo). Il ricorso è presentato a una Corte di New York contro la casa madre americana dell'azienda locale, adducendo la violazione del contratto collettivo e l'indebita interferenza dell'azienda capogruppo nelle decisioni del management locale. Il giudice ha ammesso la propria competenza riconoscendo la violazione del contratto collettivo, anche se non ha ritenuto di confermare la responsabilità della società madre, adducendo una particolare eccezione.[65]

Come si vede, nei primi casi le decisioni si basano non su disposizioni dei Trattati commerciali, ma sulla normativa del paese della casa madre (gli USA), ritenuta applicabile anche a fattispecie verificatesi nell'ordinamento giuridico di un altro paese.

L'ultima decisione menzionata, nonostante l'esito negativo per i lavoratori, apre la strada alla possibilità di far valere obblighi contrattuali contro presenze multinazionali basate negli Stati Uniti.[66] Un orientamento del genere - ove si diffondesse – confermerebbe l'efficacia degli accordi collettivi conclusi dalle imprese multinazionali non solo per le parti stipulanti e per i rapporti individuali di lavoro facenti capo a questi, ma anche per le aziende collegate alla società stipulante.

La rilevanza unitaria del gruppo, già riconosciuta per vari aspetti dalla giurisprudenza, anche italiana, all'interno dell'ordinamento nazionale, verrebbe estesa "attraverso i confini". Si tratterebbe di una innovazione di grande rilievo, perché sancirebbe la capacità degli accordi transnazionali di gruppo di operare come una fonte di regolazione dei rapporti di lavoro, senza i limiti e il tramite giuridico degli ordinamenti statali. In tal modo i contratti collettivi potrebbero seguire la proiezione transnazionale dei gruppi di imprese, invece di essere spiazzati da questa, e contribuirebbero ad adeguare lo spazio giuridico alla realtà economica delle imprese e alla divisione internazionale del lavoro. Essi sfrutterebbero la nuova realtà organizzativa per coprire l'intero

---

[63] M. Faioli, *The quest for a new generation of labor chapter*, cit., p. 116.

[64] Cfr. I commenti di L. Compa, *Pursing international labor rights*, cit., p. 64 ss.

[65] Vedi L. Compa, *Pursing International labor rights*, cit., p. 54.

[66] L. Compa, *Pursing International labor rights*, cit., p. 55-56. Anche il rapporto Ruggie, sottolinea che la via giudiziaria può essere seguita, con altri strumenti sociali e istituzionali, per rafforzare l'impatto delle regole sociali nel commercio internazionale: *The United Nations and globalization. Patterns and limits of institutional adaptation*, in Global Governance, cit., p. 301.

gruppo con una rete unitaria di diritti-doveri.

Un simile utilizzo transnazionale dei gruppi sembra più difficilmente conseguibile, e non risultano precedenti, per le regole sociali stabilite dai Trattati di commercio, anche quando esse coinvolgano rapporti infragruppo. Questo per il motivo, più volte ricordato, che le regole sono presidiate dagli Stati contraenti e implementate secondo procedure controllate dagli attori statali. Qui la possibilità di interventi giurisdizionali è sottratta alla competenza dei giudici statali, che si ritiene confinata nell'ambito nazionale, e affidata alle decisioni di arbitri, espressione del sistema del Trattato. Al riguardo è significativa la già ricordata proposta dell'Unione Europea in relazione al TTIP di istituire uno specifico organismo arbitrale, e regolato dagli Stati contraenti, ritenuto più affidabile degli arbitri privati fin qui sperimentati.

19. Risposte e ipotesi innovative.

Le risposte innovative sul piano del contenzioso giudiziario ora ricordate hanno un impatto diretto limitato ai casi in esame, anche se il loro valore emblematico e di precedente può stimolare sviluppi ulteriori.

L'importanza delle questioni relative all'applicazione dei Trattati ha attirato non solo una grande attenzione anche mediatica, ma stimolato la ricerca di soluzioni innovative di portata potenzialmente generale per supplire alle debolezze delle procedure applicative e di *enforcement* dei Trattati. Tali soluzioni, maturate soprattutto in ambiente anglosassone, sono meritevoli di essere considerate anche da noi.

Mi limito a segnalarne alcune delle più rilevanti.

Una proposta di rilevanza generale per sostenere la efficacia transnazionale dei diritti sociali fondamentali è stata avanzata da A. Supiot.[67] La tesi prende le mosse dalla regola stabilita dalla dichiarazione OIL, del 1998 già citata, (sez. 2), secondo la quale tutti gli stati membri dell'OIL anche se non hanno ratificato le relative convenzioni, hanno l'obbligo derivante dalla loro partecipazione all'organizzazione di "promuovere e attuare i principi concernenti i diritti fondamentali sanciti in quelle convenzioni", nonché di fornire informazioni all'OIL sullo stato di applicazione delle stesse, così da favorire analisi e verifiche sui motivi della mancata applicazione. Secondo l'a. la violazione di questi obblighi da parte di uno Stato tenuto ad osservarli, ancorchè non abbia stipulato le relative convenzioni, legittimerebbe gli Stati partners a prendere contromisure sul piano commerciale, quali la sospensione degli eventuali trattamenti preferenziali (GSP), e la disapplicazione di parti specifiche dei trattati e dei benefici relativi. La tesi, che ha sollevato non poche discussioni, rappresenta un tentativo di fondare l'efficacia vincolante dei fondamentali diritti dell'OIL, anche in assenza di specifiche garanzie sociali nei trattati e nei confronti di Stati che non rispettano le relative convenzioni (è il caso degli stessi USA per le convenzioni 98 e 87). Le implicazioni giuridiche di questa tesi sono di grande rilevanza; l'impatto effettivo dipende comunque dalla iniziativa degli Stati interessati, il suo utilizzo dipende dall'interesse dei singoli Stati a imporre

---

[67] *What international Justice in the twenty first Century?,* Relazione presentata al 21° Congresso mondiale della Int. Society for labor Law and Social Security Law, Capetown, 15-18 Settembre 2015, pubblicata in Labor Law and Social progress, Bulletin of comparative labor relations, Kluwer, n. 92, 2016, p. 1 ss., qui p. 12 ss.

il rispetto dei diritti sociali fondamentali anche da parte dei paesi concorrenti, per evitare che essi si avvantaggino sul piano competitivo da pratiche di dumping sociale.

Altri commentatori hanno suggerito che una interpretazione lata dell'art. XX del Gatt sulle General Exceptions potrebbe permettere la protezione dei diritti umani e degli standard sociali fondamentali, nel senso di legittimare la adozione di norme protettive da parte degli Stati non solo al proprio interno ma nei rapporti commerciali con altri partner.[68]

Sulla medesima linea argomentativa potrebbe sostenersi che data la rilevanza delle condizioni di lavoro nella concorrenza, la non osservanza da parte di alcuni Stati degli standard sociali fondamentali e la tolleranza per le loro violazioni ne pregiudicano l'osservanza anche da parte di altri Stati che non vogliono perdere investimenti e traffici, perché li espone a un ingiusto svantaggio competitivo.[69]

20. Strategie e strumenti plurimi per la regolazione sociale internazionale.

In realtà le clausole sociali e le relative procedure di *enforcement* presentano una serie di debolezze che non possono essere superate solo con una migliore strumentazione giuridica operante sull'esistente. Le clausole e le procedure qui esaminate costituiscono strumenti parziali di un obiettivo più ampio, che è la regolazione sociale della globalizzazione.

Se questo è vero, come credo, le modalità per rendere questi strumenti adeguati all'obiettivo vanno ricercate in un quadro diverso con iniziative nuove sia normative e amministrative sia di pratica sociale, che coinvolgono lo stesso ruolo degli Stati nei confronti della globalizzazione.

Anzitutto la messa a sistema della ricchezza di materiali prodotti in questi anni presuppone non solo una loro catalogazione e armonizzazione, come si è talora cercato di fare, ma la ricerca di nuove tecniche regolatorie. Serve un nuovo tipo di diritto, diverso dai diritti nazionali storici, ma anche dagli ordinamenti regionali come quello dell'Unione Europea, e per altro verso dalle regole provenienti da organismo internazionali come l'OIL. Tale ricerca può trarre spunto da tutte le esperienze accumulate finora, ma richiede una nuova finalizzazione delle tecniche regolatorie che va oltre la stessa dicotomia fra hard e soft law, sperimentata, con alterni successi, quando il diritto del lavoro ha varcato i confini nazionali ed è stato assunto nell'ordinamento comunitario che è il primo vero ordinamento sovranazionale.

Questo percorso di ricerca dovrà essere oggetto di riflessione approfondita, come è stato in passato per le fasi formative dei diritti del lavoro nazionali. La riflessione dovrà riguardare le modalità di intervento degli attori Statali, non solo delle loro istituzioni politiche, ma delle burocrazie tecniche che sono essenziali nella preparazione dei dossier e nella negoziazione dei trattati. La negoziazione attraversa spesso governi e parlamenti diversi come mostrano i sette anni di trattative per il CETA, e altrettanto avviene per l'applicazione delle regole e la composizione delle controversie. Le esperienze delle direttive e dei regolamenti europei confermano la importanza delle dinamiche interistituzionali, e la loro diversità rispetto ai processi nazionali di formazione del diritto del lavoro. Tali diversità sono enfatizzate quando la formazione delle regole si estenda oltre

---

[68] A. Perulli, *Fundamental social rights*, cit. p. 33, che ricorda come la proposta di una clausola sul modello dell'art. XX del Gatt sia stata avanzata dalla UE nelle direttive ai negoziatori del TTIP; W. Benedek, *The world trade organization and human rights,* in W. Benedek, K. De Feyter, F. Marrella, *Economic globalization and human rights*, Cambridge Univ. Press, 2007, p. 137.

[69] A. Perulli, *Global trade and social rights*, Paper ILSS, cit., n. 2.

l'ambito europeo, che è già relativamente omogeneo e interessato a processi di armonizzazione, per mettere a confronto tradizioni politiche, istituzionali e giuridiche spesso lontanissime fra loro.

La efficacia giuridica di queste regole intergovernative, come degli impegni dei Trattati e di quelli propri degli ordinamenti plurilivello, si esplica in via indiretta per il tramite dei meccanismi istituzionali propri degli ordinamenti statali coinvolti e con tutte le mediazioni caratteristiche di questi. Inoltre nell''applicazione delle regole sociali, più che di altri contenuti dei trattati, è particolarmente rilevante, anche se non sempre osservato, il confronto degli attori pubblici degli Stati con i vari stakeholder che sono protagonisti dei rapporti sociali e del lavoro.

Questo confronto richiede strumenti istituzionali e organizzativi complessi, in quanto coinvolge soggetti, per lo più collettivi, diversamente configurati nei vari contesti nazionali, spesso non limitati alle organizzazioni sindacali e imprenditoriali tradizionali, ma comprendenti organizzazioni della società civile capaci di rappresentare i temi toccati dalle varie clausole sociali, che vanno al di là degli aspetti lavoristici. Il coinvolgimento di questa varietà di stakeholders è una condizione essenziale per orientare i contenuti della regolazione e per sostenere una sua implementazione efficace. Infatti le migliori esperienze confermano la importanza che gli stakeholders siano coinvolti sia nella fase della negoziazione delle regole sia in quella della applicazione.[70]

Una seconda indicazione risultante dall'esperienza conferma che una informazione trasparente e tempestiva sulle alternative possibili e sulle implicazioni per i soggetti interessati è necessaria non solo per facilitare le mediazioni utili a raggiungere gli accordi, commerciali e di *investment*, ma per superare le resistenze dei destinatari. Proprio la carenza di trasparenza e di informazioni registratasi specie nella prima fase delle trattative del TTIP ha alimentato paure diffuse nelle popolazioni europee su questioni critiche come il rispetto degli standard sociali, su cui pure il mandato delle istituzioni europee ha fornito garanzie esplicite. In realtà – come si diceva - le reazioni di larghi strati della pubblica opinione sono andate oltre le singole clausole del TTIP, per investire le prospettive generali della globalizzazione; il che ha contribuito ad aggravare le tensioni e preoccupazioni sociali e ad enfatizzarne le implicazioni politiche, come mostrano gli eventi più recenti di molti Stati europei e degli USA.

Anche la fase applicativa degli accordi sociali richiede sia di mantenere aperti i flussi informativi attraverso tutti i canali istituzionali e sociali utili, sia di garantire una presenza effettiva degli stakeholders - a cominciare dai sindacati e da ONG - nelle procedure attuative, per non affidarle esclusivamente alla iniziativa degli Stati contraenti e delle relative burocrazie. È significativo che questa sia una delle indicazioni più ricorrenti da parte degli esperti per superare la debolezza delle procedure.

Inoltre garantire agli stakeholders poteri di iniziativa nelle varie fasi di implementazione degli accordi, è una condizione per rendere efficaci strumenti, quali gli interventi mediatori e arbitrali di terzi, già previsti in molti accordi ma raramente attivati proprio per l'inerzia degli Stati e delle loro burocrazie.[71] L'intervento di terzi indipendenti nel valutare l'osservanza degli impegni delle clausole sociali è una garanzia importante di effettività, e può contribuire alla diffusione della cultura

---

[70] Questa è una delle raccomandazioni principali dell'OIL: cfr. *Social dimension of free trade agreements*, cit., p. 103 ss.

[71] M. Faioli, *The quest for a new generation of labor chapter in the TTIP*, cit., rileva una disparità di trattamenti anche per questo aspetto nelle procedure attuali, perché mentre le procedure di ISDS danno il diritto di azione agli investitori privati, le clausole sociali non conferiscono poteri effettivi di intervento ai rappresentanti dei lavoratori.

della terzietà e di forme nuove di intervento arbitrale, come quelle proposte dall'UE nel corso delle trattative del TTIP. Si tratta di ricercare soluzioni simili, con gli eventuali adattamenti, a quelle previste per gli investitori privati nelle procedure ISDS che hanno riconosciuto agli investitori privati il potere di far valere direttamente i diritti loro riconosciuti dai trattati in materia di investimenti, seguendo le procedure interne ma con la garanzia che sulle loro richieste si pronunci un Tribunale imparziale (vedi le norme già ricordate del trattato CETA). Il riconoscimento di tale potere di iniziativa interno al sistema ha facilitato anche interventi in materia delle corti statali come si è visto nei casi pilota sopra riportati.

Il parallelismo fra le due situazioni degli investitori non è però completo. Nel caso delle clausole sociali riconoscere ai soggetti collettivi e alla società civile un potere di iniziativa può stimolare le autorità pubbliche ad attivarsi con gli strumenti legali disponibili (sanzioni e incentivi) per ottenere il rispetto degli standard contenuti nei trattati da parte delle aziende. Non potrebbe invece avere impatto giuridico diretto sulle stesse aziende. Obbligare le imprese al rispetto di regole sociali internazionali richiede passaggi ulteriori che sono appena avviati: da una parte presuppone l'accettazione da parte delle imprese di codici e di regole di condotta più pregnanti di quelli attuali, o l'inclusione almeno degli standard di base, negli impegni sanciti nei trattati. Come si è rilevato, se gli Stati riconoscono nei trattati alle imprese investitrici diritti specifici a tutela dei loro interessi, azionabili (anche) con l'arbitrato, niente vieta che nei Trattati si impongano anche alle aziende obblighi specifici di rispetto degli standard sociali, magari incorporando negli accordi le linee guida dell'OCSE e i principi delle RSI così da sancirne la rilevanza giuridica.[72] Questa scelta rappresenterebbe un vero salto di qualità nella logica e nella prassi del Trattato, perché ne supererebbe la natura esclusivamente interstatuale, aprendola alle dinamiche sociali; il che rafforzerebbe anche gli strumenti applicativi delle norme.

Per altro verso è necessaria la diffusione di accordi collettivi transnazionali stipulati dalle aziende specie multinazionali, che contengano non solo trattamenti economici e normativi ma anche l'impegno al rispetto degli standard generalmente accolti nelle clausole sociali dei trattati.

L'OIL, che è già coinvolto nelle procedure applicative delle clausole sociali con compiti per lo più di monitoraggio, di *fact finding* e di mediazione (così da ultimo il trattato CETA), potrebbe contribuire direttamente all'enforcement di queste clausole se fosse incaricato dagli attori statali di svolgere ruoli arbitrali. Proposte simili sono state avanzate dalla dottrina anche in riferimento alle trattative per il TTIP.[73]

La scarsa effettività sia delle regole di merito sia delle procedure riguardanti le clausole sociali, segnala l'esigenza non solo di specifici aggiustamenti tecnici, ma di una riconsiderazione complessiva degli attuali sistemi di regolazione. La riconsiderazione è necessaria, perché sono cambiati tutti i presupposti su cui le regole storiche dei trattati, non solo il campo di gioco, divenuto multinazionale o globale, ma i contenuti della regolazione, che non riguardano più i singoli rapporti individuali e collettivi di lavoro, ma in primis i rapporti fra soggetti pubblici e privati, i quali sono essi stessi fonti della regolazione. Inoltre e prima di tutto si è modificata la base della regolazione,

---

[72] V. Prislan, R. Zandvielt, *Mainstreaming sustainable development*, cit., p. 17. Gli Autori menzionano alcuni primi esempi d di obblighi sociali imposti agli investitori stranieri, ma ricordano che per lo più i trattati si limitano ancora a richiedere che gli Stati "incoraggino" gli investitori ad adottare "volontariamente" gli standard sociali: con un linguaggio che viene definito di "*double soft low".*

[73] A. Perulli, *Global Trade e social rights,* cit., n. 12 sottolinea l'importanza per l'effettività dei trattati di inserire un sistema di valutazione di impatto presidiato da una commissione permanente, con la partecipazione dell'OIL.

che non è più in larga misura legislativa, ma è quella convenzionale espressa nei Trattati fra Stati, e per altro verso quella stabilita fra imprese multinazionali. Per questo sono diversi gli attori responsabili sia dei contenuti delle regole, sia della loro implementazione, ognuno con le sue particolarità organizzative e priorità di obiettivi.

Più in generale, come si diceva, la questione delle clausole sociali chiama in causa le strategie e il ruolo dello Stato nei confronti del futuro della globalizzazione in tutti i suoi aspetti. L'esperienza trascorsa indica che lo sviluppo di più efficaci regole sociali nei rapporti economici globali deve avvalersi di una molteplicità di strategie ed essere perseguito con strumenti diversi. Questi sono attivabili sia dalle istituzioni pubbliche, stati nazionali e organismi internazionali, con le forme giuridiche loro proprie (trattati, convenzioni e regolamenti), sia da organizzazioni sociali con gli strumenti delle guidelines, codici di condotta e accordi collettivi.

I deboli poteri attuali degli organismi internazionali in materia sociale limitano la loro capacità di contribuire alla regolazione sociale della globalizzazione. Per questo è importante utilizzare al meglio gli strumenti esistenti (trattati, contratti transnazionali, guidelines) per far avanzare per via convenzionale una convergenza internazionale almeno dei principi fondamentali in materia sociale. La capacità delle regole sociali di influire sulle dinamiche del mercato globale richiede, come si è più volte sottolineato, di essere sostenuta da un pieno coinvolgimento di tutti gli stakeholders, a cominciare dai rappresentanti dei lavoratori, sottraendo i processi di definizione e applicazione di tali regole all'esclusiva competenza delle burocrazie statali.

Si tratta di far convergere i molteplici strumenti di origine convenzionale finora sperimentati, sostenendoli con i poteri statali, per creare un tessuto di regole sociali in grado di affermarsi progressivamente oltre i confini. L'obiettivo vagheggiato[74] di togliere i costi (e le regole) del lavoro dalla concorrenza come fecero i contratti collettivi del secolo scorso rispetto alla concorrenza in ambito nazionale, non è al momento immaginabile. Ma una rete di regole sociali internazionali adeguatamente rafforzata può contribuire a evitare che la concorrenza globale si avvantaggi della violazione dei diritti sociali fondamentali.

Infine le innovazioni degli strumenti giuridici, amministrativi e contrattuali per rafforzare le regole sociali devono essere integrate in una visione strategica e di policy finalizzate a promuovere uno sviluppo sostenibile e a correggere le conseguenze socialmente negative della globalizzazione.[75] La difesa dei diritti fondamentali acquisiti in alcuni Paesi è essenziale, ma non basta; anzi rischia di esporsi, come si è già verificato, a critiche di protezionismo da parte dei paesi meno sviluppati. Per essere inclusiva e credibile deve essere accompagnata da misure positive sia di sostegno allo sviluppo, sia di equa distribuzione della ricchezza fra i gruppi sociali e fra le nazioni. L'Unione Europea e gli Stati Uniti, per la loro importanza economica oltre che per la loro tradizione politica,

---

[74] L. Compa, *Labor rights and labor standards*, 1993, cit., p. 167.

[75] Il che implica aggiornare e rafforzare gli non strumenti per proteggere e risarcire i "perdenti" della globalizzazione: a tal fine in Europa si è di recente proposto, ma finora con scarso esito, la istituzione di una indennità di disoccupazione europea. Cfr. S. Dullien, 2013, *A euro-area Wide Unemployment Insurance as an Automatic Stabilizer: Who Benefits and Who Pays?,* European Commission, Social Europe, Office of Publications of the European Union, Luxemburg; ID, 2014, *A European Unemployment Benefit Scheme. How to Provide for More Stability in the Euro Zone*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gutersloh.

dovrebbero prendere la leadership nel promuovere tali obiettivi[76].

Si tratta di compiti di grande complessità, che implicano non solo riordinare l'esistente ma ripensarlo per indicare quali obiettivi di garanzia e di promozione sociale sono da perseguirsi prioritariamente nei vari contesti. Ne consegue che le scelte al riguardo chiamano comunque in causa il ruolo degli Stati nazionali, che sono ancora rilevanti nella globalizzazione per orientare le scelte degli attori sociali e per definire le condizioni sociali e giuridiche in cui queste operano.

Gli Stati - come nel loro ambito gli attori sociali - sono chiamati a esercitare i poteri di cui dispongono per influire sulle forze operanti a livello globale, con l'obiettivo di rendere la globalizzazione socialmente accettabile ai popoli della terra e "più intelligente",[77] se non più democratica. La sfida è resa drammaticamente urgente dalle tensioni sociali e politiche che si stanno diffondendo in molti paesi anche di consolidata democrazia sociale. Questa sfida non può essere elusa, perché coinvolge il futuro non solo della globalizzazione, ma dei modelli sociali e democratici affermatisi storicamente in questi paesi.

---

[76] Così L. Compa, *Labor rights and labor standards*, cit., p. 100 ss.; l'a. rileva che un capitolo nuovo andrebbe aggiunto per tutelare i diritti dei migranti, anzitutto ma non solo in materia di lavoro e per concordare strumenti e politiche per la loro inclusione sociale. È un tema che non può essere trascurato a fronte della dimensione globale del fenomeno delle migrazioni.

[77] La formula è di D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente*, cit.

La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*

Roberto Voza

1. Le collaborazioni al bivio tra subordinazione e autonomia. 36
2. La riforma dell'art. 409, n. 3, c.p.c.: il requisito dell'autonomia organizzativa. 39
3. *Segue*: la definizione consensuale delle modalità di coordinamento. 41
4. L'incerta sorte dei contratti di collaborazione nella pubblica amministrazione. 43
Riferimenti bibliografici 46

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 318/2017

1. Le collaborazioni al bivio tra subordinazione e autonomia.

Da ormai trenta anni la fuga dal lavoro subordinato è un tema classico nel dibattito sulla evoluzione del diritto del lavoro. Non di rado, essa viene agitata come uno spauracchio, utile a suscitare un ripensamento del tradizionale assetto della nostra materia, con particolare riferimento ai confini della sua fattispecie fondamentale, il contratto di lavoro subordinato.

Non poteva bastare ad impedire tale fuga l'estensione di una parte (per la verità, molto contenuta) dello stesso diritto del lavoro in favore di alcune categorie di lavoratori non subordinati, contemplate dall'art. 409, n. 3, c.p.c., come novellato dalla l. 11 agosto 1973, n. 533: si pensi, ad esempio, al regime di invalidità delle rinunzie e transazioni *ex* art. 2113 c.c.

Neppure la successiva estensione della tutela previdenziale obbligatoria ai "titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa" (art. 2, c. 26, l. 8 agosto 1995, n. 335) e la progressiva elevazione della relativa aliquota contributiva, destinata a concludersi – per il momento – nel 2018 (art. 2, c. 57, l. 28 giugno 2012, n. 92), determina una parificazione del costo complessivo: per i committenti viene ridotto, ma non eliminato, il margine di vantaggio 'competitivo' rispetto ai datori di lavoro subordinato.

Dopo aver giocato la partita sul versante delle tutele senza grandi risultati, ad un certo punto il legislatore ha provato ad agire sul versante della fattispecie, rendendo il contratto a progetto lo «schema negoziale *tendenzialmente* esclusivo»[78] a disposizione dei committenti interessati a fare ricorso ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

Nella legge Fornero l'azione di contrasto all'abuso nel ricorso al lavoro parasubordinato si è mossa, poi, sia attraverso la specificazione ed il restringimento della nozione di progetto sia attraverso l'introduzione di criteri di commisurazione del compenso ispirati alla logica della giusta retribuzione, almeno sul fronte della proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro eseguito.

Con l'avvento del *Jobs Act* l'approccio legislativo alla materia del lavoro non subordinato cambia verso (per riprendere un noto slogan di Matteo Renzi) o, quantomeno, assume un'altra piega, prendendo atto del «fallimento» della strategia sin qui adottata[79].

Infatti, nelle maglie di un criterio direttivo complessivamente vago e incerto e, addirittura, pressoché muto in materia di collaborazioni coordinate e continuative[80], se si esclude un'allusione ad un loro ipotetico "superamento", operata in occasione del duplice riferimento alla universalizzazione del campo di applicazione dell'ASpI e alla introduzione *ex lege* di un compenso orario minimo[81], il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 pone le collaborazioni autonome di fronte ad un bivio: la prima strada conduce alcune di esse alla corte della subordinazione (art. 2. c. 1), la seconda riporta tutte le altre al punto di partenza rappresentato dall'art. 409 c.p.c., fatto "salvo" dall'art.

---

[78] Pinto, 2013a, 199.

[79] Nogler, 2015, 16.

[80] Infatti, secondo la legge delega il Governo è chiamato a «individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali» (art. 1, c. 7, lett. *a*), l. 10 dicembre 2014, n. 183).

[81] Cfr. art. 1, rispettivamente, c. 2, lett. *b*), n. 3 e c. 7, lett. *g*), l. n. 183/2014.

52, c. 2, dello stesso decreto. *Tertium non datur*: in mezzo non c'è più la via del contratto a progetto, del quale viene sancito (e non solo promesso) il «superamento», attraverso l'abrogazione degli articoli da 61 a 69-*bis*, d.lgs. n. 276/2003 (disposta dall'art. 52, c. 1, d.lgs. n. 276/2003).

Come è stato osservato, «la classica diade oppositiva autonomia/subordinazione viene in tal modo riscoperta e addirittura accentuata, una logica polarizzante nella quale – in conseguenza dell'abrogazione della disciplina del lavoro a progetto – non si danno […] graduazioni intermedie di tutela»[82].

Il legislatore sottopone alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato non tutti i rapporti di collaborazione, ma solo quelli che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Le cosiddette collaborazioni etero-organizzate, pur arricchendo il lessico della nostra materia, sembrano configurare soltanto una *species* del *genus* del lavoro autonomo, senza alcun impatto sulla tradizionale nozione di lavoro subordinato. Nel già corposo dibattito sulla nuova norma l'argomento decisivo per escludere che l'etero-organizzazione del lavoro (letta congiuntamente con la personalità dell'apporto lavorativo e la continuità della prestazione) sia un nuovo indicatore legale della natura subordinata del rapporto di lavoro è quello che fa leva sulla presenza di collaborazioni sottratte alla disciplina del lavoro subordinato, benché organizzate del committente. Non si spiegherebbe, infatti, come l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato possa essere disattivata dalla contrattazione collettiva *ex* art. 2, c. 2, lett. *a*), d.lgs. n. 81/2015 e sia direttamente esclusa *ex lege* nelle ipotesi contemplate dalle lettere successive del medesimo comma, senza con ciò violare il noto principio di indisponibilità del tipo[83].

Dunque, pur non varcando i confini della fattispecie *ex* art. 2094 c.c., le nuove collaborazioni accedono agli effetti ad essa collegati, con gli innumerevoli problemi interpretativi che tale riconduzione determina. Infatti, il mero richiamo alla «disciplina del rapporto di lavoro subordinato» fa ipotizzare – sul piano letterale – una estensione *tout court* di tale disciplina, «disposta in modo universalistico e non selettivo»[84], e – anzi – neppure circoscritta al solo regime favorevole al lavoratore, anche in considerazione della circostanza che «il nuovo legislatore non ha ritenuto di specificare che la disciplina del lavoro subordinato si applica a tali rapporti in quanto compatibile, come per esempio ha previsto l'art. 2239 c.c.»[85].

Come è evidente, tuttavia, vi sono profili del diritto del rapporto di lavoro subordinato logicamente non esportabili oltre la frontiera dell'art. 2094 c.c.: basti pensare – sul piano delle posizioni

---

[82] Giubboni, 2016, 245. Secondo Nogler, 2015, 19, il d.lgs. n. 81/2015 segna la «sconfitta, probabilmente definitiva, della tesi del *tertium genus*».

[83] Perulli, 2016, 25, nonché Carabelli, 2016, 19; Tosi, 2015, 1128; Filí, 2015, 1098; Giubboni, 2016, 247. Per differenti ricostruzioni, v. Razzolini, 2015; Greco, 2016; Santoro-Passarelli, 2016; Mazzotta, 2016.

[84] Perulli, 2015a, 273.

[85] Santoro-Passarelli, 2016, 95.

giuridiche passive del prestatore – alla sottoposizione allo *ius variandi* e al potere disciplinare (entrambi inammissibili in assenza del vincolo di subordinazione)[86].

Sul versante delle tutele previdenziali, poi, l'approdo dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa al regime dei lavoratori dipendenti – da alcuni negato in radice[87] – pone non pochi problemi di *ambientamento* soprattutto in riferimento alle conseguenze legate alla questione pensionistica. Resta vero – però – che se «la valutazione del legislatore è quella di meritevolezza sociale del collaboratore etero-organizzato in ragione del suo stato di dipendenza» (e per tale motivo il legislatore accorda in suo favore l'estensione della normativa giuslavoristica propria dei lavoratori subordinati), «non si vede perché tale giudizio di meritevolezza debba venir meno quanto a tutela previdenziale, laddove proprio le condizioni di necessitato non lavoro e di assenza di reddito meriterebbero una identica (se non maggiore) copertura data l'urgenza e la pregnanza del bisogno da tutelare»[88]. Peraltro, ad una estensione 'universalistica' delle tutele del lavoro subordinato accede pure il Ministero del lavoro nella circolare n. 3/2016, secondo la quale «la formulazione utilizzata dal Legislatore, di per sé generica, lascia intendere l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad. es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutele avverso i licenziamenti illegittimi ecc.), normalmente applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato».

Pertanto, lo scenario più probabile è quello che vedrà i committenti impegnatissimi ad escludere qualsiasi traccia di etero-organizzazione all'interno dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa, al fine di evitare di cadere in una simile rete.

Inoltre, permane la tentazione, già innescatasi per effetto dell'introduzione del contratto a progetto, di «abusare del contratto d'opera per dissimulare sotto la forma di incarichi di lavoro autonomo "puro", oltre che veri e propri rapporti di lavoro subordinato, anche collaborazioni coordinate e continuative genuine»[89].

Infatti, la soppressione del regime delle presunzioni posto dall'art. 69-*bis*, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 (operata dall'art. 52, c. 1, d.lgs. n. 81/2015) sottrae all'interprete la possibilità di avvalersi degli indicatori oggettivi ivi indicati: la durata complessiva della collaborazione, la sostanziale monocommittenza, la presenza di una postazione fissa del collaboratore presso una delle sedi del committente. Pur considerando le perplessità che essi suscitavano, soprattutto se incrociati con le circostanze che, ai sensi del c. 2 del medesimo art. 69-*bis*, rendevano inoperante la presunzione in discorso, detti indicatori avevano comunque il merito di semplificare la distinzione tra contratto d'opera e collaborazione coordinata e continuativa. Semmai, il vero problema era legato all'effetto potenziale indotto da tale regime, il quale apriva le porte all'eventualità di una doppia riqualificazione: qualora l'incarico di lavoro autonomo, considerabile come collaborazione

---

[86] Sul punto, v. Persiani, 2015, 1264; Carabelli, 2016, 8; Ferraresi, 2016, 302; Ciucciovino, 2016, 338.

[87] Filí, 2015, 1096; Ciucciovino, 2016, 341.

[88] Andreoni, 2015, 740. Sull'applicabilità alle collaborazioni etero-organizzate della disciplina previdenziale del lavoro subordinato, v., pure, Sgroi, 2016, 104.

[89] Pinto, 2013a, 211.

coordinata e continuativa, non avesse l'ulteriore requisito del progetto, saltava direttamente nella 'brace' della subordinazione.

2. La riforma dell'art. 409, n. 3, c.p.c.: il requisito dell'autonomia organizzativa.

Il movimento delle riforme non si è arrestato neppure dopo l'approvazione del cosiddetto Codice dei contratti di lavoro (ossia il d.lgs. n. 81/2015), che ha spostato sulle collaborazioni organizzate dal committente la «storica funzione espansiva» fino ad allora assegnata all'art. 409, n. 3, c.p.c.[90]

Infatti, si è subito aperto il cantiere di una regolamentazione del lavoro autonomo non imprenditoriale (d.d.l. A.S. n. 2233), nel quale ci si preoccupa sia di ridurre il differenziale di tutele fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, impennatosi a seguito dell'abrogazione delle norme sul lavoro a progetto, sia di contribuire all'*actio finium regundorum* tra collaborazioni coordinate e continuative *pure* e collaborazioni etero-organizzate, resasi indispensabile alla luce dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, posto che «da tale necessario distinguo derivano effetti decisivi in punto di disciplina applicabile»[91].

Il primo profilo – quello delle tutele riconosciute ai lavoratori autonomi – non è oggetto del presente contributo.

Piuttosto, in una disamina dedicata alla sola nozione di collaborazione coordinata e continuativa occorre interrogarsi sul significato dell'inciso aggiunto dall'art. 12 del d.d.l. al testo dell'art. 409, n. 3, c.p.c., vale a dire la previsione secondo cui «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

In tal modo, la collaborazione coordinata e continuativa si carica esplicitamente di un requisito costitutivo quale quello dell'autonomia organizzativa, finora solo deduttivamente ricavabile dalla previsione dell'assenza del vincolo di subordinazione inserita nella disposizione del codice di rito.

In verità, con riferimento al contratto a progetto vi era un precedente legislativo in tal senso, sia pure 'nascosto' nella disposizione dedicata alla *forma* di tale contratto: l'art. 62, lett. *d*), d.lgs. n. 276/2003 indicava tra gli elementi del contratto a progetto le "forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa, che in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione della prestazione lavorativa".

Oggi, anche per le collaborazioni coordinate e continuative risulta confermata la compatibilità tra l'autonomia organizzativa e il coordinamento, nel senso che l'attività lavorativa può essere organizzata autonomamente dal prestatore, *benché* sia coordinata dal committente.

Pertanto, la nozione di coordinamento (non a caso assente nel testo dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015[92]) deve 'imparare' a distinguersi anche dal potere di organizzare (e non solo da quello di dirigere) il lavoro altrui. Sinteticamente, incrociando l'art. 2094 c.c. con il nuovo testo dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e con l'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 si può dedurre che: *a*) la definizione di lavoro

---

[90] Perulli, 2016, 34.

[91] Perulli, 2015b, 30.

[92] Come molti Autori hanno prontamente osservato: v. Nuzzo, 2015, 7; Tria, 2016, 58; Ciucciovino, 2016, 332.

subordinato prevede che l'attività lavorativa sia diretta dal datore di lavoro, mentre la definizione di collaborazione coordinata e continuativa prevede che l'attività lavorativa sia solo coordinata dal committente; *b*) nel rapporto di collaborazione *ex* art. 409, n. 3, c.p.c. il collaboratore organizza autonomamente la propria attività, mentre le prestazioni del collaboratore *ex* art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 si svolgono secondo modalità di esecuzione «organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Molto è stato già detto sulla distinzione tra il lavoro coordinato e il lavoro organizzato, oggi essenziale ai fini della individuazione della disciplina applicabile: mi pare corretto provare a rintracciarla «nella diversa presenza e nel diverso atteggiarsi, nella struttura del rapporto obbligatorio, della dimensione del *potere giuridico*»[93].

In questo senso, si può individuare nell'intensità dei rispettivi poteri, intesa – però – sul piano qualitativo e non quantitativo, il vero elemento di fattispecie in grado di distinguere le due figure negoziali, nel senso che «il lavoratore coordinato è un lavoratore munito di una micro-organizzazione di risorse, soggetto ad un potere altrui funzionale a garantire l'utilità della sua prestazione nell'incontro dinamico tra due organizzazioni» (quella 'macro' del committente e quella 'micro' del prestatore), mentre «il lavoratore organizzato è sprovvisto di risorse proprie e promette l'adempimento sotto un potere funzionale all'innesto utile della sua attività in una organizzazione che gli è e gli resterà estranea»[94].

In altri termini, se si vuole rafforzare «il debole significato definitorio del coordinamento»[95] e differenziare tale nozione da quella di etero-organizzazione (come impone l'inequivocabile disposto normativo), si deve – a maggior ragione – allontanarla completamente da quella di etero-direzione, collocandola con decisione nel territorio dell'autonomia, dell'auto-organizzazione e nella conseguente assunzione di rischio in proprio da parte del prestatore. Insomma, la nozione di coordinamento deve essere fermamente ricondotta nel regno dei contratti d'opera, ovvero quelli con cui «una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente» (art. 2222 c.c.).

In questo ambito, l'ordinamento prevede che il prestatore sia obbligato a procedere all'esecuzione dell'opera «secondo le condizioni stabilite dal contratto», alle quali «deve conformarsi» (art. 2224, c. 1, c.c.).

Tale obbligo di conformazione, a differenza di quello derivante dall'art. 2094 c.c., assume «il significato di una definizione bilaterale del *facere* in vista del risultato secondo uno schema programmaticamente stabilito dalle parti già al momento della stipulazione del contratto»[96]. Il coordinamento esprime solo una forma più intensa e qualificata del vincolo cooperativo e collaborativo generalmente sussistente tra i contraenti secondo le regole comuni: esso costituisce «un

---

[93] Perulli, 2015b, 42.

[94] Occhino, 2016, 236-237.

[95] Treu, 2015, 172.

[96] Perulli, 2016, 34, il quale menziona, oltre all'art. 2222, anche gli artt. 1662, c. 2, 1685, c. 1, 1771, c. 1, 1739, c. 1, c.c. Per un tentativo di distinguere tra il «coordinamento come attività consensuale» ed il potere del creditore della prestazione d'opera di verificare che l'esecuzione avvenga secondo le condizioni stabilite dal contratto, v. Razzolini, 2015, 20.

veicolo per internalizzare nella struttura del contratto (*rectius*, nel suo contenuto) le condizioni programmatiche secondo le quali la prestazione soddisfa l'interesse complessivo e globale del committente»[97].

Complessivamente, ne deriva una delimitazione, ma – contemporaneamente – un pieno rilancio delle collaborazioni *ex* art. 409, n. 3, c.p.c., che si vanno a collocare su un canale parallelo rispetto alle collaborazioni etero-organizzate: entrambe costituiscono *species* di un genere unico, per quanto molto frastagliato, ossia il lavoro autonomo, ma si contraddistinguono – all'interno della generica categoria dei contratti d'opera – per aggiunta di un elemento ulteriore, posto che, in entrambe le fattispecie, «l'oggetto è una *prestazione* durevole e ripetuta nel tempo del collaboratore a favore del committente»[98].

Mentre l'autonomia organizzativa del collaboratore – nella fattispecie di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 – risulta fortemente compressa dal potere di organizzazione in capo al committente, nella fattispecie di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. essa non risulta scalfita dal requisito del coordinamento, il quale si limita ad orientare l'esecuzione della prestazione alle condizioni definite nel programma negoziale in vista del soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Mi pare certo che tra le due fattispecie non si instauri un rapporto di continenza, nel senso che le collaborazioni etero-organizzate non possono considerarsi una sottospecie delle collaborazioni *ex* art. 409, n. 3, c.p.c., nonostante l'assonanza lessicale tra le due figure. Non a caso, l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 non richiama la norma del codice di rito, che già ora – ma a maggior ragione ove fosse riformulata come voluto dal provvedimento *in itinere* – appare del tutto incompatibile con il requisito della etero-organizzazione, di cui l'autonomia organizzativa rappresenta l'esatto contrario.

In definitiva, non si può affermare, soprattutto alla luce della imminente modifica del testo della norma, che «tutti i lavori eteroorganizzati» sono «riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 409 c.p.c.»[99], per la evidente ragione che il nuovo testo non si limita ad escludere il «carattere subordinato» della prestazione, ma prescrive il requisito dell'autonomia organizzativa, il quale risulta – come detto – antitetico a quello della etero-organizzazione.

All'esito del moto tellurico delle riforme, esauritasi l'ultima, imminente, scossa di assestamento rappresentata dalla riformulazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c., il procedimento di qualificazione del rapporto di lavoro apparirà poggiato su quattro, differenti, nozioni: l'autonomia 'pura' *ex* art. 2222 c.c., la coordinazione secondo il novellando art. 409, n. 3, c.p.c., l'etero-organizzazione *ex* art. 2, d.lgs. n. 81/2015 e la subordinazione *ex* art. 2094 c.c.[100]

3. *Segue*: la definizione consensuale delle modalità di coordinamento.

L'art. 12 del d.d.l. completa la messa a punto della nozione di collaborazione coordinata e

---

[97] Perulli, 2016, 33.

[98] Ciucciovino, 2016, 331.

[99] Pallini, 2016, 67. Anche secondo Stolfa, 2015, 406, le collaborazioni organizzate dal committente *ex* art. 2, d.lgs. n. 81/2015 si collocano «all'interno del tradizionale contratto di collaborazione parasubordinata, così come divisato dall'art. 409, n. 3, c.p.c.».

[100] Teorizza tale quadripartizione Vidiri, 2015, 1231.

continuativa, prescrivendo il «rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti».

Se il requisito dell'autonomia organizzativa può considerarsi in continuità con gli orientamenti interpretativi sinora emersi in materia di collaborazioni coordinate e continuative, il *quid novi* di tale nozione – o, se si preferisce, la legificazione di un orientamento interpretativo già emerso in dottrina[101] – sembra essere costituito dalla necessità, ai fini della sussistenza della fattispecie, che il collaboratore e il committente definiscano consensualmente le modalità con cui si esplica il coordinamento della prestazione lavorativa.

Tale previsione pare consacrare l'impostazione tracciata *supra*, § 2, che vede nel carattere necessariamente bilaterale del coordinamento il fondamentale elemento identificativo della collaborazione *ex* art. 409, n. 3, c.p.c.

In altri termini, la norma di legge presuppone l'*an* ma non anche il *quomodo* del coordinamento, affidandone la regolamentazione alla volontà dei contraenti. Conseguentemente, la definizione consensuale delle modalità del coordinamento sarà oggetto di apposita clausola negoziale, da ritenersi essenziale ai fini della sussistenza della fattispecie in esame.

Si tratta, a mio avviso, del coronamento di un percorso, avviato dal d.lgs. n. 81/2015, volto a restituire alla collaborazione coordinata e continuativa l'essenza 'originaria' di (specie del) contratto di lavoro autonomo.

Si può immaginare, a questo punto, il riacutizzarsi di un fenomeno antico – la fuga dal lavoro subordinato (v. *supra*, § 1), realizzata, però, saltando a piè pari il lavoro etero-organizzato, perché gravato dal pesante fardello della estensione della disciplina del lavoro subordinato.

In sé, la fuga non è un fenomeno da reprimere, quando corrisponde ad una genuina ed effettiva scelta delle parti. Il problema è sempre stato quello di contrastare l'abuso del ricorso ai contratti di lavoro autonomo, funzionale unicamente ad eludere l'applicazione dei vincoli propri del lavoro subordinato.

Si tratta, cioè, dell'elusione realizzata attraverso il ricorso fittizio al *nomen juris* del lavoro autonomo (ed, essenzialmente, della collaborazione *ex* art. 409, n. 3, c.p.c.), teso a mascherare il ben diverso atteggiarsi del rapporto di lavoro.

Orbene, nella riformulazione della norma operata dal d.d.l. in esame vi è chi rintraccia «un grave elemento di contraddizione rispetto a un sistema ragionevolmente differenziato di protezioni legali in ragione del grado di dipendenza organizzativa del lavoro autonomo».[102]

Il rischio paventato è quello che la novella legislativa finisca per vanificare l'operazione compiuta attraverso l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, posto che «indurrebbe a ravvisare la distinzione del lavoro eteroorganizzato dal lavoro coordinato non già nel dato oggettivo/fattuale dei vincoli spazio-temporali dati dall'organizzazione del committente cui il lavoratore (eteroorganizzato) è tenuto necessariamente ad adeguarsi nell'adempimento utile della sua prestazione, bensì nel dato formale

---

[101] Come fa notare Giubboni, 2016, 249. Sulla progressiva erosione dell'opinione dottrinale volta a distinguere in termini meramente quantitativi (e non qualitativi) il potere di coordinamento spettante al committente *ex* art. 409, n. 3, c.p.c. dal potere direttivo del datore di lavoro *ex* art. 2094 c.c., v. Martelloni, 2012, 161 ss.

[102] Pallini, 2016, 83.

della codeterminazione di tali vincoli da parte del collaboratore coordinato». Insomma, «la predeterminazione consensuale di tali vincoli, prescindendo da qualsiasi rilevanza dell'ampiezza (data e concretamente praticata) degli stessi, costituirebbe la condizione sufficiente per qualificare il rapporto in termini di collaborazione coordinata e continuativa: una manifestazione di volontà negoziale potrebbe così precludere l'applicabilità del disposto dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015»[103].

A mio avviso, che la norma possa invogliare a far sottoscrivere ai collaboratori (fittizi) clausola di co-determinazione delle modalità di coordinamento (allo scopo di evitare l'applicazione della disciplina della subordinazione) è senz'altro verosimile, ma che questo basti ad impedire la corretta qualificazione giudiziale del singolo rapporto in caso di contenzioso mi sentirei di escluderlo.

Infatti, l'indicazione bilaterale della modalità di coordinamento attiene alla fase genetica del negozio, ossia alla manifestazione della cosiddetta volontà cartolare, la quale non dovrà essere contraddetta dal concreto svolgimento del rapporto, proprio in nome della logica protettiva insita nell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 che, certamente, «impone la prevalenza della dimensione fattuale rispetto alla volontà originariamente dichiarata»[104].

Pertanto, se le parti hanno concordato le modalità del mero coordinamento tra di esse, ma poi emerge la sottoposizione della prestazione lavorativa ad un potere unilaterale di organizzazione (o, addirittura, di direzione) della stessa da parte del committente/datore di lavoro, la presunzione alimentata dal *nomen juris* cadrà di fronte al dato fattuale, nei soliti termini (problematici) a cui il contenzioso sulla qualificazione del rapporto di lavoro ci ha abituati[105].

4. L'incerta sorte dei contratti di collaborazione nella pubblica amministrazione.

Secondo l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 81/2015, a decorrere dal 1° gennaio 2017 «è comunque fatto divieto» alle pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione aventi le caratteristiche di cui al c. 1 dello stesso art. 2, ossia «i rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Solo una lettura del tutto frettolosa (forse alimentata dal senso di colpa per i comportamenti assunti in passato) può aver indotto qualcuno – tra i dirigenti e i funzionari pubblici – a teorizzare l'esistenza di un divieto assoluto per le pubbliche amministrazioni di stipulare *qualsiasi* contratto di collaborazione, a partire da tale data.

L'affermazione è destituita di fondamento, in quanto non si può dubitare – stante l'inequivocabile dato letterale – che il ricorso alle 'tradizionali' co.co.co. non sia stato affatto precluso dal *Jobs Act*, in ragione della perdurante vigenza dell'art. 7, c. 6, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il quale ha un

---

[103] Pallini, 2016, 84.

[104] Zoppoli A., 2016, 20.

[105] Come ha recentemente ricordato Tosi, 2015, 1130, pur giungendo a conclusioni differenti da quelle riportate nel testo, «lo snodo problematico delle operazioni di qualificazione notoriamente è sempre costituito dall'accertamento della corrispondenza tra dato cartaceo e dato reale».

ambito di applicazione differente e per questo sopravvive certamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015[106].

Infatti, la norma del cosiddetto Testo unico del lavoro pubblico riconosce alle pubbliche amministrazioni la facoltà – in presenza di determinati presupposti – di conferire «incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa». A questi ultimi non sono riconducibili le collaborazioni etero-organizzate, le quali non sono assoggettate al vincolo negoziale del coordinamento, bensì al potere unilaterale di organizzazione da parte del committente (v. *supra*, § 1).

Alla tesi 'massimalista' del blocco totale di tutti gli incarichi di collaborazione coordinata e continuativa, evidentemente fondata su un'asserita (e indimostrata) abrogazione implicita dell'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 409, n. 3, c.p.c. (quest'ultimo esplicitamente fatto salvo dallo stesso d.lgs. n. 81/2015), si è contrapposta una visione minimalista, secondo cui nulla sarebbe cambiato: l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 81/2015 servirebbe ad impedire l'ingresso di contratti collaborazione finora impediti dall'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, perché con esso incompatibili.

Prima di affrontare il merito di tale, presunta, incompatibilità, occorre verificare la coerenza di tale affermazione con la ricostruzione compiuta nei precedenti paragrafi.

Effettivamente, se si condivide l'assunto secondo cui le collaborazioni etero-organizzate non sarebbero una *species* non delle collaborazioni coordinate e continuative (stante l'alternatività tra mero coordinamento ed etero-organizzazione della prestazione), il ragionamento avrebbe una sua logica (se non fosse per un dato che lo inceppa completamente: v. *infra*). Posto che l'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 ammetteva il conferimento di incarichi di collaborazione o di natura occasionale oppure di natura coordinata e continuativa, non contemplando (e, quindi) non consentendo la collaborazione etero-organizzata, l'ingresso di quest'ultima nella famiglia dei contratti di lavoro *nominati* dall'ordinamento sarebbe stato circoscritto al settore privato.

Dunque, il legislatore del 2015, nell'estendere la disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente, avrebbe colto l'occasione per precisare l'inammissibilità di tale figura negoziale per la pubblica amministrazione, al fine di prevenire l'aggrovigliarsi di pericolosi nodi interpretativi.

Una simile impostazione, tuttavia, scivola su una piccola, ma insidiosissima, buccia di banana, rappresentata da quattro parole: «dal 1° gennaio 2017».

Infatti, se le collaborazioni etero-organizzate fossero incompatibili con l'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 o, comunque, altrimenti vietate nel settore pubblico, diventerebbe inspiegabile la scelta di posticipare la decorrenza degli effetti di una norma meramente ricognitiva di un divieto preesistente. Per di più, il legislatore avrebbe poi perseverato nella sua bizzarria nel momento in cui ha prorogato tale termine al 1° gennaio 2018, attraverso una disposizione contenuta nel decreto milleproroghe 2017 (art. 1, c. 8, d.l. 30 dicembre 2016, n. 244).

---

[106] Come è stato detto, l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 81/2015 «non stabilisce in futuro che le pubbliche amministrazioni non possano ricorrere a contratti di collaborazione coordinata e continuativa, ma piuttosto si limita a impedire la stipulazione di contratti di collaborazione coordinata e continuativa etero-organizzati, vale a dire organizzati dalla pubblica amministrazione, anche con riferimento a luogo e tempi della prestazione del collaboratore» (Bubola, Venturi, 2015, 14).

A questo punto, sorge il sospetto che l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 81/2015 (a prescindere dalla modifica operata dall'ultimo decreto milleproroghe) non abbia inteso imporre un divieto, bensì rilasciare un permesso. In altri termini, assumendo che le collaborazioni etero-organizzate siano incompatibili con le prescrizioni dell'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, l'obiettivo perseguito dal *Jobs Act* sarebbe quello di consentire, ma solo fino a data certa, il ricorso a forme contrattuali altrimenti vietate.

Una simile spiegazione attribuisce alla norma un senso del tutto rovesciato rispetto a quello percepibile con riferimento al lavoro privato: «fino al completo riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni» (come si legge nell'*incipit* del c. 4 dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015) e comunque fino ad una scadenza ora prolungata di un altro anno, le stesse pp.aa. sarebbero addirittura incentivate a stipulare nuove forme di collaborazione sino a quel momento vietate, alimentando così ulteriori sacche di precariato.

Non si trascuri, poi, l'effetto che ciò avrebbe sull'ipotetico contenzioso in essere da parte dei collaboratori che abbiano sin qui lavorato in una condizione di assoggettamento all'organizzazione della loro prestazione, anche nei tempi e nei luoghi, ossia la stragrande maggioranza di quelli che operano da anni nelle pubbliche amministrazioni. Tale contenzioso, per la verità, quasi inesistente, stante l'impossibilità di ottenere *ope judicis* la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, verrebbe – di fatto – sepolto sotto il peso di una sorta di condono tombale: infatti, se oggi è (ancora e fino al 31 dicembre 2017) legittimo stipulare un contratto di collaborazione etero-organizzata, evidentemente lo era anche prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

Occorre, a questo punto, tornare indietro e rimettere in discussione l'assunto di partenza: siamo sicuri che le collaborazioni etero-organizzate siano in contrasto con l'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001?

Quest'ultima disposizione fissa le condizioni alle quali la pubblica amministrazione è autorizzata a conferire «incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa».

A ben guardare, il rispetto di tali condizioni non è incompatibile con l'etero-organizzazione della prestazione dei tempi e nei luoghi. Si pensi, fra gli altri, alla rispondenza dell'oggetto della prestazione ad obiettivi e progetti specifici e determinati della p.a., all'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane interne, al carattere temporaneo ed altamente qualificato della prestazione: nulla di tutto ciò è contraddetto dall'esercizio di un potere di organizzazione della prestazione da parte dell'amministrazione conferente.

In particolare, l'etero-organizzazione nei tempi e nei luoghi, di per sé, non implica e non indica l'assenza di qualificazione professionale dell'attività svolta, né la rende meramente 'esecutiva e ripetitiva' (per riprendere la formula usata in tema di contratto a progetto: cfr. art. 61, c. 1, d.lgs. n. 276/2003). Anzi, qualcuno ha osservato che è lo stesso art. 7, c. 6, lett. *d*), d.lgs. n. 165/2001, ad esigere che siano preventivamente determinate (e, quindi, inseriti nel bando di avvio della

procedura comparativa per il conferimento di tali incarichi) «le indicazioni temporali e di luogo»[107].

Non è detto, a mio avviso, che la predeterminazione conferisca il potere di organizzare tempi e luoghi nel corso del rapporto di collaborazione; in ogni caso, mi pare confermato che non si possa leggere nell'art. 7, c. 6, un divieto di stipulare le collaborazioni organizzate dal committente.

Ai fini del nostro ragionamento, è sufficiente che non vi sia un divieto, in quanto la *facoltà* di stipulare tali contratti potrebbe semplicemente ricavarsi dall'art. 1322, c. 2, c.c. Anche le pubbliche amministrazioni sono tuttora libere di «concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare» e tra questi vi sono i contratti d'opera *ex* art. 2222 c.c.[108], nell'ambito dei quali le collaborazioni etero-organizzate sono pur sempre riconducibili (v. *supra*, § 1).

Certo, una simile decisione non può essere sciolta dai vincoli di cui all'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, applicabili a qualsiasi incarico di lavoro autonomo conferito dalla pubblica amministrazione, al di là della formula utilizzata («di natura occasionale o coordinata e continuativa»), che deve ritenersi non esaustiva di tutte le possibili forme giuridiche di collaborazione attivabili secondo il principio dell'autonomia privata.

Se si accede a quest'ultima ricostruzione, il ragionamento raggiunge uno sbocco finalmente accettabile e coerente.

Le collaborazioni etero-organizzate, prima ammissibili sotto forma di contratti atipici, oggi – e fino al 31 dicembre 2017 – sono ammesse sotto forma di contratti (divenuti) tipici, pur sempre nel rispetto dei vincoli di cui al d.lgs. n. 165/2001.

Mentre nel lavoro privato, la disciplina applicabile ai conseguenti rapporti di lavoro è quella del lavoro subordinato, ciò non vale nella pubblica amministrazione, a cui «non trova applicazione» la disposizione di cui al c. 1 dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 (per espressa previsione del c. 4 del medesimo articolo).

Nel corso del 2017 ci auguriamo, comunque, un *self restraint* da parte delle pubbliche amministrazioni nel ricorso a tali contratti e, soprattutto, dobbiamo sperare che non continui a prevalere la logica secondo cui «per cominciare la dieta, c'è sempre tempo»[109] e che, quindi, il termine del 31 dicembre non sia ulteriormente prorogato, scongiurando la tendenza, molto 'nostrana', a mettere quanta più polvere possibile sotto il tappeto, in attesa di una salvifica opera di pulizia sempre scaricata sui posteri.

Riferimenti bibliografici

Andreoni A. (2015), *La nuova disciplina per i collaboratori etero-organizzati: prime osservazioni*, in *RDSS*, 731 ss.

Bubola G., Venturi D. (2015), *La parasubordinazione non etero-organizzata dopo il Jobs Act*, in *WP Adapt*, 21 dicembre 2015, n. 187.

---

[107] Filì, 2015, 1100.

[108] Come ricordava Pinto, 2013b, 237, al fine di dimostrare l'ammissibilità dei contratti a progetto nella pubblica amministrazione.

[109] Filì, 2015, 1100.

Carabelli U. (2016), *Introduzione*, in *RGL*, I, 3 ss.

Ciucciovino S. (2016), *Le collaborazioni organizzate dal committente nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, I, 321 ss.

Ferraresi M. (2016), *L'eredità del lavoro a progetto nel dibattito sul lavoro autonomo coordinato e continuativo*, in *VTDL*, 287 ss.

Filí V. (2015), *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.Lgs. n. 81/2015*, in *LG*, 1091 ss.

Giubboni S. (2016), *Prime osservazioni sul disegno di legge del Governo in materia di lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *MGL*, 2016, 244 ss.

Greco R. (2016), *Le prospettive di applicazione dei criteri di distinzione fra lavoro autonomo e subordinato dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 265 ss.

Martelloni F. (2012), *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, Bologna.

Mazzotta O. (2016), *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, n. 1-2, 7 ss.

Nogler L. (2015), *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 267/2015.

Nuzzo V. (2015), *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 280/2015.

Occhino A. (2016), *Autonomia e subordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 203 ss.

Pallini M. (2016), *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, I, 65 ss.

Persiani M. (2015), *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 1257 ss.

Perulli A. (2015a), *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in *LD*, 259 ss.

Perulli A. (2015b), *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE* n. 272/2015.

Perulli A. (2016), *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 11 ss.

Pinto V. (2013a), *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di Chieco P., Cacucci, Bari, 199 ss.

Pinto V. (2013b), *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, Bari.

Razzolini O. (2015), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 266/2015.

Santoro-Passarelli G. (2016), *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato* ex *art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *RGL*, I, 91 ss.

Sgroi A. (2016), *La tutela previdenziale delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RGL*, I, 101 ss.

Stolfa F. (2015), *Il ritorno alla co.co.co.*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel* Jobs Act 2, a cura di Ghera E. e Garofalo D., Cacucci, Bari, 395 ss.

Tosi P. (2015), *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 1117 ss.

Treu T. (2015), *In tema di* Jobs Act*. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 155 ss.

Tria L. (2016), *Le «collaborazioni organizzate dal committente» tra diritto europeo e giurisprudenza di legittimità. Gli effetti del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, in *RGL*, I, 37 ss.

Vidiri G. (2015), *Art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo: verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale?*, in *ADL*, 1216 ss.

Zoppoli A. (2016), *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE* n. 296/2016.

Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*

Domenico Mezzacapo

1. Premessa e delimitazione del campo di indagine. 50

2. La dichiarazione di incostituzionalità della Legge n. 124 del 2015 e gli effetti sui decreti attuativi. 50

3. La disciplina del rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dettata dal D.Lgs. n. 175/2016 in attuazione della Legge n. 124/2015. 52

4. La necessaria prova di resistenza alla luce della eventuale incostituzionalità derivata dalla dichiarazione di incostituzionalità della Legge delega. 54

5. Il rapporto di assoluta autonomia tra società ed amministrazione controllante alla luce della più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. 54

6. Le disposizioni in materia di reclutamento. 56

6.1. Le disposizioni transitorie in materia di personale. 58

7. Le disposizioni in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni. 62

8. Le disposizioni limitative dei trattamenti economici. 63

9. Il divieto di stipulare patti di non concorrenza. 66

10. L'incompatibilità tra rapporto di lavoro e carica di amministratore. 66

11. Le garanzie per i dipendenti in particolari vicende. 66

11.1. La reinternalizzazione di funzioni o servizi. 67

11.2. La successione di appalti. 67

12. Conclusioni. 68

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 319/2017

1. Premessa e delimitazione del campo di indagine.

La Legge n. 124 del 2015 tratteggia un disegno riformatore di ampio respiro, volto a delegare il governo, tra l'altro, ad intervenire in materia di dirigenza pubblica, di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di servizi pubblici locali di interesse generale e di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche.

In attuazione di quest'ultima delega[110], il D.Lgs. n. 175 del 2016 detta il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"[111].

La disciplina che ne scaturisce è molto complessa ed abbraccia tutti gli aspetti delle società a controllo pubblico: in questo scritto si concentrerà l'attenzione soltanto sulle norme del Testo unico più specificamente attinenti al rapporto di lavoro, tralasciando, invece, quelle riguardanti i profili di diritto commerciale relativi alle vicende societarie e delle partecipazioni.

Nello specifico, saranno presi in considerazione gli artt. 1, comma 3, 19, 24, comma 9 e 25 del decreto, oltre ad alcune norme contenute nell'art. 11.

Come si vedrà dette norme trovano applicazione non a tutte le società partecipate, ma solo a quelle "a controllo pubblico"[112], operando per le altre a tutti gli effetti la disciplina del rapporto di lavoro stabilita dal Codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa[113].

2. La dichiarazione di incostituzionalità della Legge n. 124 del 2015 e gli effetti sui decreti attuativi.

Prima di entrare nel merito della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico è necessario dare conto della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, che ha dichiarato incostituzionale, tra le altre, le disposizioni della Legge delega di cui il D.Lgs. n. 175 del 2016 costituisce attuazione[114].

La sentenza, in realtà, non investe soltanto le deleghe in materia di riordino della disciplina delle partecipazioni, ma riguarda il più complessivo disegno riformatore delineato dalla Legge delega.

Quest'ultima prospetta interventi ad ampio raggio su materie articolate, rispetto alle quali si sovrappongono aspetti di competenza esclusiva della legislazione statale ed altri ascrivibili alla competenza concorrente, se non addirittura esclusiva, delle regioni.

Emblematico, sotto questo punto di vista, è il riordino della dirigenza pubblica, rispetto al quale si sovrappongono le competenze statali in materia di ordinamento civile, quelle esclusive

---

110 Art. 16, comma 1, lett. b) e art. 18, della Legge n. 124 del 2015.

111 Tra i primi commenti si veda A. LALLI - M. MESCHINO, *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Roma, 2016.

112 Si vedano, però, per la salvezza di particolari discipline, l'art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 175 del 2016, nonché, per le aree di non applicazione, l'artt. 1, comma 5, e l'art. 26, commi 4, 5 e 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

113 Cfr., in generale, ma prima del D.Lgs. n. 175 del 2016, P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*", Torino, 2016, 3; G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche: problemi applicativi e riforme legislative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 707.

114 La dichiarazione di incostituzionalità ha investito, infatti, l'art. art. 18, lett. *a*), *b*), *c*), *e*), *i*), *l*) e *m*), numeri da 1) a 7), della Legge n. 124 del 2015.

regionali in materia di organizzazione amministrativa delle regioni nonché, per quanto attiene alla dirigenza sanitaria, quelle concorrenti in materia di tutela della salute.

Nell' esaminare nel dettaglio le varie deleghe conferite dalla Legge n. 124 del 2015 solo in un caso la Corte costituzionale ha ritenuto di poter individuare, nell'intreccio di possibili competenze legislative alla luce della complessità della materia da regolare, una competenza prevalente[115].

Per quanto attiene, più specificamente, alla disciplina delle società partecipate, possono venire in rilievo sia le competenze esclusive dello stato in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile, sia le competenze concorrenti in materia di coordinamento della finanza pubblica ed in materia di tutela e sicurezza del lavoro, sia le competenze esclusive delle regioni in materia di organizzazione regionale, nella misura in cui la legge imponga alle amministrazioni regionali determinate scelte in materia di partecipazioni. In questa ultima eventualità potrebbe ravvisarsi una illegittima interferenza da parte dello Stato sulle modalità organizzative di svolgimento dell'attività di beni e servizi strumentali alle finalità istituzionali delle regioni.

A detta della Corte costituzionale, nell'economia della Legge delega, nessuna delle competenze sopra indicate può essere considerata prevalente, con la conseguenza che la Legge delega ed i relativi decreti attuativi avrebbero dovuto essere emanati nel rispetto del principio di leale collaborazione.

Ciò non è avvenuto perché, ai sensi dell'artt. 16, commi 1 e 4, della medesima Legge n. 124 del 2015, i decreti attuativi sono emanati previo parere della Conferenza unificata e non sulla base di una intesa. La Corte chiarisce, infatti, che solo l'intesa, a differenza del mero parere, costituisce strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie, quando il legislatore intende riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali inestricabilmente connesse.

La mancanza dell'intesa porta all'illegittimità costituzionale della norma di delegazione, per violazione dell'art. 117 Cost. e del principio di leale collaborazione che dallo stesso scaturisce[116].

La sentenza, di carattere manipolativo, potrebbe essere classificata come sostitutiva di procedura[117].

Come sentenza "sostitutiva" incorpora una parte demolitoria ed una parte ricostruttiva: viene dichiarata incostituzionale una disposizione espressamente prevista (parte demolitoria), in luogo di quella che la conformità a Costituzione avrebbe imposto (parte ricostruttiva); il carattere sostitutivo "di procedura" si evidenzia dal fatto che l'oggetto della sostituzione è il procedimento di formazione della legge sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, o di altri atti disciplinati dalla legge medesima. La Corte, in altri termini, dichiara l'illegittimità costituzionale di una

---

115 La delega in materia di riforma del Codice dell'Amministrazione digitale, di cui all'art. 1, comma1, lett. b), c) e g) e comma 2, pur investendo in astratto anche le competenze regionali in materia di organizzazione amministrativa e turismo, viene ricondotta nell'ambito della competenza statale prevalente in materia di "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale", con conseguente non fondatezza della questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di leale collaborazione.

116 Per lo stesso motivo, il decreto legislativo di riforma della dirigenza, il cui *iter* di approvazione governativa era completato, è stato ritirato all'indomani della sentenza.

117 Così C. COLAPIETRO, relazione al *Workshop* "Rapporti di lavoro e società pubbliche", tenutosi presso l'Università di Roma La Sapienza il 2 dicembre 2016. In generale, cfr., da ultimo, D. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, in *Corte costituzionale, Quaderno processuale del Servizio studi*, maggio 2016, con ulteriori riferimenti.

disposizione di contenuto procedurale relativo all'*iter* formativo della legge oggetto del giudizio (o di altri atti regolati dalla stessa legge), indicando, nel contempo, il corretto procedimento che avrebbe dovuto essere seguito.

Nel caso in esame, la Legge delega avrebbe dovuto seguire un *iter* formativo rispettoso del principio di leale collaborazione che non può essere ravvisato nel parere della Conferenza unificata (parte demolitoria), ma avrebbe dovuto essere incentrato sull'intesa (parte ricostruttiva).

In linea generale, la dichiarazione di incostituzionalità della norma delegante produce effetti a cascata sulla legittimità costituzionale delle disposizioni delegate, ma, nel caso in esame, la stessa Corte costituzionale limita espressamente gli effetti della decisione alle sole norme deleganti oggetto dello scrutinio, con espressa salvezza delle disposizioni attuative. Queste ultime, si aggiunge, dovranno essere impugnate autonomamente e, in caso di impugnazione, secondo la stessa sentenza n. 251 del 2016, "si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione"[118].

Questa sentenza impatta come uno *tsunami* sul D.Lgs. n. 175 del 2016, emanato in attuazione di una norma delegante, l'art. 18 della Legge n. 124 del 2015, dichiarata incostituzionale.

Alla luce della sentenza è possibile osservare che:

a) allo stato le disposizioni contenute nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, nonostante l'incostituzionalità della Legge delega, sono formalmente in vigore:

b) la legittimità costituzionale delle stesse disposizioni, sebbene non dichiarata, è però potenzialmente accertata alla luce della incostituzionalità della Legge delega: potrebbe parlarsi, pertanto, di una incostituzionalità eventuale o di una costituzionalità condizionata;

c) l'accertamento della eventuale incostituzionalità richiede una autonoma impugnazione, ma essendo scaduto il termine per quella in via principale, l'eventuale questione di costituzionalità potrà essere proposta solo in via incidentale;

d) l'eventuale incostituzionalità, seppur potenziale, non è automatica, ma ciascuna disposizione dovrà essere vagliata per verificare se la violazione del principio di leale collaborazione si traduca effettivamente in una lesione delle competenze regionali;

d) la potenziale incostituzionalità può essere sanata nell'ambito di interventi correttivi che il Governo riterrà di apprestare nelle more dell'eventuale questione di legittimità costituzionale e fino alla pronuncia sulla stessa.

3. La disciplina del rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dettata dal D.Lgs. n. 175/2016 in attuazione della Legge n. 124/2015.

Chiariti questi aspetti è necessario illustrare brevemente la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico contenute nel D.Lgs. n. 175 del 1016, per verificare, successivamente, se ed in che misura le relative disposizioni possono considerarsi pienamente

[118] Punto 9 della sentenza.

legittime o rischino di rivelarsi lesive delle prerogative regionali in caso di eventuali questioni di legittimità costituzionale.

È bene immediatamente sottolineare che il principio generale in materia di società a partecipazione pubblica è quello della riconduzione delle stesse alla disciplina delle società contenute nel codice civile e alle norme generali di diritto privato, salve le diverse disposizioni contenute nel Testo unico[119].

Il principio privatistico non costituisce una novità: già la Relazione al codice civile del 1942, nell'illustrare la disciplina delle società partecipate dallo Stato, affermava: "... in questi casi, è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni, per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzat[r]ici; la disciplina comune della società per azioni deve, pertanto, applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente"[120].

L'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici è inoltre conforme agli orientamenti espressi sia dalla Corte di giustizia UE[121], sia dalla Corte costituzionale[122] ed è ribadito dalle più recenti pronunce delle Sezioni unite della Corte di Cassazione[123].

Con particolare riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro, lo stesso principio è sostanzialmente ribadito dall'art. 19, comma 1, del decreto n. 175 del 2016[124].

Il richiamo della disciplina privatistica in materia di rapporto di lavoro, salve le diverse disposizioni contenute nel testo unico, rende immediatamente evidente il carattere derogatorio delle disposizioni del D.Lgs. n. 176 del 2016 in materia di personale.

Ed, in effetti, la disciplina del rapporto di lavoro contenuta nel testo unico realizza delle deroghe a quella privatistica per le sole società "a controllo pubblico", cioè quelle società a partecipazione pubblica che si trovino nella situazione richiamata dall'art. 2, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 175 del 2016[125].

Per queste ultime, in relazione alla particolare posizione dell'amministrazione controllante, trovano applicazione alcune regole speciali rispetto a quelle prettamente privatistiche con riguardo

---

[119] Art. 1, comma 3, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[120] Cfr. ora l'art. 2449 c.c., nel testo modificato dalla Legge n. 34 del 2008.

[121] Cfr. le sentenze Volkswagen 23 ottobre 2007, C-112/05 e Federconsumatori 6 dicembre 2007, C-463/04 e C-464/04, che hanno ritenuto disposizioni lesive del principio della parità di trattamento tra gli azionisti in contrasto con l'art. 56 del Trattato CE (vedi ora l'art. 63 del TFUE).

[122] Cfr. C. Cost., 5 febbraio 1992, n. 35 e C. Cost., 16 giugno 2006, n. 233, che hanno ricondotto al diritto privato le disposizioni sulla nomina e sulla revoca degli amministratori e sottolineato che l'*intuitus personae* sotteso al rapporto di nomina degli amministratori esclude la rilevanza immediata dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

[123] Cfr. Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2011, n. 30167 e successive conformi, fino a Cass., Sez. Un., 1 dicembre 2016, n. 24591.

[124] Ai sensi dell'art. 19, comma 1, del D.Lgs. n. 175 del 2016, "Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi". La tecnica legislativa è analoga a quella utilizzata dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165 del 2001 in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

[125] Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 175 del 2016, per "controllo" si intende "la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

a tre aspetti:

a) il reclutamento e le politiche assunzionali (art. 19; art. 25)

b) le politiche retributive e i limiti ai trattamenti economici di dirigenti e dipendenti (art. 11, commi 6 e 10)

c) la contemporanea coesistenza del rapporto di lavoro con la carica di amministratore (art. 11, comma 12)

d) alcune garanzie riservate ai dipendenti (art. 19, comma 8; art. 24, comma 9)

Alla luce delle disposizioni appena citate è possibile concludere che nelle società a partecipazione pubblica non di controllo il rapporto di lavoro è regolato analogamente a quello presso qualsiasi società, in conformità delle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa. Lo stesso può dirsi, in linea generale, per le società a partecipazione pubblica di controllo, salve le eccezioni espressamente previste dal D.Lgs. n. 175 del 2016 nelle materie sopra indicate.

4. La necessaria prova di resistenza alla luce della eventuale incostituzionalità derivata dalla dichiarazione di incostituzionalità della Legge delega.

L'analisi della particolare disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico non può non essere condotta alla luce della legittimità costituzionale condizionata o, se si preferisce, della eventuale incostituzionalità paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016.

Si tratta di capire se le disposizioni in materia di rapporto di lavoro contenute nel testo unico, che ereditano potenzialmente, ma non automaticamente, l'illegittimità costituzionale della Legge delega, possano rivelarsi effettivamente lesive delle competenze regionali.

A tal fine la principale valutazione non può che essere di carattere "soggettivo", per individuare, cioè se la società sia controllata da una regione[126].

5. Il rapporto di assoluta autonomia tra società ed amministrazione controllante alla luce della più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

La sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica, chiarisce che un intervento del legislatore statale finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche coinvolge, inevitabilmente i profili pubblicistici che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale. Allo stesso tempo, però, tale intervento coinvolge anche i profili privatistici, inerenti alla forma delle società partecipate, che trova nel codice civile la sua radice, e aspetti connessi alla tutela della concorrenza, riconducibili alla competenza esclusiva del legislatore statale.

---

[126] C'è da chiedersi, però, se non si debba approfondire anche l'oggetto dell'attività della società partecipata, per verificare, ad esempio, se, a prescindere dall'ente controllante, possa riguardare materie di competenza regionale o comporti l'utilizzo di infrastrutture regionali. Si tratta, però, di una valutazione che si presta difficilmente ad una analisi di carattere generale ed andrà casomai operata caso per caso.

Concentrando l'attenzione sul più limitato aspetto della disciplina del rapporto di lavoro si potrebbe rilevare, in prima battuta, che questa rientra a pieno titolo nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato.

Tale assunto, teoricamente ineccepibile, rischia di rivelarsi risolutivo solo in astratto, nei limiti in cui determinate disposizioni in materia di personale possano tradursi anche in un'invasione dell'autonomia regionale in materia di organizzazione amministrativa della regione, incidendo, come già accennato, sulle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali.

Sennonché questo rischio sembra essere limitato alla luce del rapporto che si instaura tra amministrazione controllante e società controllata.

Secondo la recentissima pronuncia delle Sezioni unite, 1 dicembre 2016, n. 24591, infatti, la società controllata non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'amministrazione ne possegga, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra la società e l'ente pubblico è di assoluta autonomia, sicché non è consentito all'amministrazione incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun assoggettamento a poteri autoritativi o discrezionali da parte dell'amministrazione.

La posizione dell'ente pubblico nei confronti della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla prevalenza del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società, avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti nominati negli organi della società.

L'affermazione della piena autonomia del rapporto tra società controllata ed amministrazione controllante è di non poco momento per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la pronuncia è resa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 e, in un *obiter dictum*, richiama la disciplina del D.Lgs. n. 175 del 2016, senza nemmeno accennare alla potenziale incostituzionalità della stessa ma ribadendo con forza il principio dell'assoluta autonomia dei rapporti tra amministrazione controllante e società controllata, organismo di diritto privato.

In secondo luogo, la sentenza ha ad oggetto la giurisdizione sulle azioni di nomina e revoca di amministratori e sindaci di una società *in house*.

Sotto questo punto di vista la sentenza sottopone a critica l'ormai consolidata affermazione, ripresa anche dalle stesse Sezioni unite nel 2013[127], in base alla quale le società *in house* costituiscono in realtà articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi[128].

Secondo le recenti Sezioni unite del 2016, infatti, "siffatta affermazione va intesa ai limitati fini del riparto di giurisdizione (...) riguardante l'azione di responsabilità per danni arrecati

[127] Cfr., in particolare, Cass., Sez. Un., 26 novembre 2013, n. 26283.

[128] Cfr. sul punto il Parere del Consiglio di Stato reso sullo schema di testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, n. 00438 del 2016, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

dall'illegittimo comportamento degli organi sociali al patrimonio della società, che costituiva oggetto di quel giudizio". In linea generale, invece, "sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato".

Alla luce di questo recente arresto giurisprudenziale, dunque, è possibile provare ad entrare nel merito delle singole disposizioni in materia di rapporto di lavoro contenute nel D.Lgs. n. 175 del 2016 per provare a formulare qualche considerazione in ordine all'incostituzionalità eventuale paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016[129].

Occorre comunque tenere conto del fatto che la materia dell'organizzazione amministrativa della regione non è l'unica a poter essere eventualmente interessata dalla disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società controllate da enti regionali; alcune delle disposizioni contenute nel Testo unico, infatti, rispondono a logiche di contenimento della spesa pubblica allargata e, dunque, possono riguardare le materie di competenza concorrente dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica.

6. Le disposizioni in materia di reclutamento.

Un primo blocco di disposizioni in materia di rapporto di lavoro contenute nel D.Lgs. n. 175 del 2016 riguarda le modalità di reclutamento del personale delle società a controllo pubblico.

La legge impone a dette società di stabilire, con propri provvedimenti, criteri e modalità di reclutamento del personale, nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, nonché degli altri principi richiamati nell'art. 35, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001 (economicità, rispetto delle pari opportunità, decentramento, requisiti delle commissioni).

In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il comma 3 del suddetto art. 35[130].

All'obbligo di adottare i provvedimenti si aggiunge quello di pubblicarli sul sito della società[131].

L'obiettivo della norma è assoggettare il reclutamento del personale delle società a controllo pubblico a procedure selettive analoghe a quelle per il reclutamento del personale delle amministrazioni controllanti, al fine di limitare abusi e assunzioni clientelari.

---

[129] Se, però, questa sentenza dovesse limitarsi a costituire un episodio isolato nell'ambito del tradizionale orientamento di segno opposto, la generale riconduzione al diritto civile della disciplina di tutti gli aspetti del rapporto di lavoro nelle società *in house* sarebbe certamente più problematica, perché resterebbe impregiudicata la ricostruzione di dette società alla stregua di organi dell'amministrazione controllante.

[130] Art. 19, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[131] Art. 19, comma 3, del D.Lgs. n. 175 del 2016. La mancata, o incompleta, pubblicazione, comporta diverse sanzioni: il divieto di erogazione di somme a qualsiasi titolo da parte dell'amministrazione controllante; costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale ed eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione, oltre ad essere valutata ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili ; dà luogo a sanzioni amministrative pecuniarie. Cfr. gli artt. 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del D.Lgs. n. 39 del 2013.

Già in prima battuta, tuttavia, la lettera della legge pone alcuni dubbi interpretativi.

In primo luogo, non è chiaro, se i criteri e le procedure riguardino esclusivamente le assunzioni a tempo indeterminato, o se trovino applicazione anche a quelle a tempo determinato.

Secondo una prima possibile interpretazione, l'art. 35 del D.Lgs. n. 165 del 2001 non si applicherebbe direttamente anche alle assunzioni a tempo determinato, stante il limitato richiamo contenuto nel comma 4 *bis*[132], ed il riferimento principale ai criteri previsti dall'art. 36 dello stesso decreto, mentre, invece, il Testo unico in materia di società partecipate richiama soltanto il comma 3 dell'art. 35.

Questa interpretazione, tuttavia, rischia di essere troppo formalistica: occorre, infatti, tenere presente che, da una parte, per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato; d'altra parte, il limitato richiamo alle assunzioni a tempo determinato di cui all'art. 35, comma 4, del D.Lgs. n. 165 del 2001, sembra riguardare le sole modalità di avvio delle procedure di reclutamento e non metterne in dubbio la doverosità anche per le assunzioni a tempo determinato[133].

In secondo luogo, non è chiaro se le procedure di reclutamento per le società a controllo pubblico debbano riguardare anche i dirigenti.

Si potrebbe rilevare, infatti, che il reclutamento dei dirigenti nelle pubbliche amministrazioni non è regolato dall'art. 35 del D.Lgs. n. 165 del 2001[134], il cui solo comma 3 è richiamato in via di principio per le società a controllo pubblico.

Anche per il reclutamento dei dirigenti pubblici vige, tuttavia, un principio "concorsuale", ed essendo il richiamo operato dall'art. 19, comma 2 del D.Lgs. n. 175/2016 riferito ai principi di cui all'art. 35, comma 3, non sembra che tali principi non possano applicarsi anche al reclutamento dei dirigenti.

Inoltre, se la *ratio* della disciplina derogatoria per le società in controllo pubblico è quella di evitare abusi ed assunzioni clientelari, sarebbe paradossale porre vincoli alle assunzioni dei dipendenti e non a quelle dei dirigenti.

Né potrebbe obiettarsi che la previsione di una procedura selettiva sarebbe incompatibile con il carattere fiduciario del rapporto di lavoro dei dirigenti: trattandosi di vincoli "di principio" nulla vieta di strutturare le procedure selettive anche tenendo conto del maggior grado di fiduciarietà che caratterizza la posizione dirigenziale.

---

[132] Ai sensi dell'art. 35, comma 4-*bis*, del D.Lgs. 165 del 2001: "L'avvio delle procedure concorsuali mediante l'emanazione di apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, di cui al comma 4 si applica anche alle procedure di reclutamento a tempo determinato per contingenti superiori alle cinque unità, inclusi i contratti di formazione e lavoro, e tiene conto degli aspetti finanziari, nonché dei criteri previsti dall'articolo 36".

[133] Nello stesso senso sembra esprimersi la circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione pubblica, n. 5 del 2013, secondo cui le amministrazioni che devono assumere a tempo determinato possono sottoscrivere i contratti con gli idonei "piuttosto che indire procedure concorsuali a tempo determinato". Si veda anche Cass., 15 luglio 2016, n. 14592, che in linea generale conferma l'applicazione del principio concorsuale anche alle assunzioni a tempo determinato, in assenza di previsioni legislative *ad hoc*, in linea con quanto disposto dall'art. 97 Cost.

[134] Disposizioni specifiche in materia di reclutamento dei dirigenti sono contenute, infatti, negli artt. 28-29 del D.Lgs. n. 165 del 2001.

Un ulteriore aspetto problematico connesso al richiamo del solo comma 3 dell'art. 35 potrebbe essere ravvisato laddove la società a controllo pubblico volesse avvalersi delle facoltà riconosciute alle amministrazioni dal comma 3 *bis* della stessa disposizione: procedere a procedure di reclutamento con riserva di posti a favore di titolari di rapporti a termine o di collaboratori coordinati e continuativi.

Si potrebbe rilevare, infatti, che tale facoltà non contrasta con i principi di cui all'art. 35, comma 3, ma le maggiori difficoltà sembrano legate al rispetto della particolare procedura prevista dall'art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016, che, fino al 30 giugno 2018, vincola ad assumere a tempo indeterminato solo i soggetti iscritti in appositi elenchi (vedi *infra*).

I contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui all'art. 19, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016 sono nulli[135].

La sanzione della nullità, che non pregiudica l'applicazione, ai fini retributivi, dell'art. 2126 c.c., copre tre ipotesi distinte: quella in cui il provvedimento non sia stato mai adottato e quella, diversa, in cui il provvedimento sia stato adottato ma non sia stata delineata la procedura, oppure la procedura delineata non sia stata rispettata (la violazione della procedura è senz'altro equiparabile all'assenza della stessa). Tuttavia, ai sensi dell'art. 2126 c.c., se la nullità deriva dall'illiceità della causa, come deve ritenersi, ad esempio, laddove l'assunzione sia effettuata nell'ambito di una vicenda corruttiva, la retribuzione non è comunque dovuta.

La giurisdizione sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale, in coerenza con la natura privatistica delle società a controllo pubblico, spetta al giudice ordinario.

La previsione di una procedura selettiva di reclutamento, modellata sui principi che connotano i concorsi pubblici, non pare sollevare dubbi di legittimità costituzionale con riferimento agli enti controllati dalla regione.

È vero che con riferimento ad enti regionali il reclutamento potrebbe essere considerato materia attinente all'ordinamento e all'organizzazione della regione[136], ma questo quando le procedure di reclutamento riguardano le assunzioni alle dipendenze della regione stessa.

Il rapporto di assoluta autonomia tra regione e società controllata sembra escludere, però, che una tale conclusione possa essere riproposta analogamente con riferimento alla disciplina del reclutamento delle società a controllo regionale. La natura privatistica di dette società e la separazione rispetto all'ente regionale consentono senz'altro di ascrivere la materia totalmente nell'ambito dell'ordinamento civile, escludendo lesioni delle competenze regionali.

6.1. Le disposizioni transitorie in materia di personale.

Come già accennato, ai sensi di questa disposizione, le assunzioni nelle società a controllo pubblico, fino al 30 giugno 2018, sono vincolate al rispetto di una particolare procedura, articolata in diverse fasi.

---

[135] Art. 19, comma 4, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[136] Cfr., sul punto, C. Cost., 16 dicembre 2008, n. 95; C. Cost., 14 dicembre 2004, n. 380.

Nella prima fase, da completarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del Testo unico[137], le società a controllo pubblico devono procedere ad una ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze.

Successivamente, l'elenco del personale eccedente, con l'eventuale indicazione dei profili posseduti, deve essere trasmesso alla regione nel cui territorio la società ha sede legale.

Già questa previsione crea qualche dubbio interpretativo in ordine al grado di specificità dell'elenco: non è chiaro, infatti, se debba trattarsi di un elenco nominativo, o se basti comunicare genericamente il numero ed i profili professionali del personale eccedente.

Vale la pena sottolineare che l'eccedenza deve essere di tipo strutturale alla luce di ragioni organizzative. Non potrà essere dichiarato eccedente, in mancanza di tali ragioni, il personale negligente.

Sulla base delle comunicazioni ricevute, sarà compito delle regioni formare e gestire l'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti e agevolare processi di mobilità in ambito regionale.

Le modalità della trasmissione degli elenchi dei lavoratori eccedenti alle regioni, come, pure, le modalità dei processi di mobilità regionale saranno stabilite da un decreto interministeriale[138].

Sarebbe compito di questo decreto, pertanto, contribuire a risolvere il dubbio interpretativo in ordine al grado di specificità degli elenchi prima evidenziato.

Decorsi ulteriori sei mesi dalla scadenza del termine per effettuare la ricognizione del personale in servizio, il che significa decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 175 del 2016, le regioni trasmettono gli elenchi dei lavoratori dichiarati eccedenti e non ricollocati all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, che ne gestisce il relativo elenco.

Non è del tutto chiara la sorte dei lavoratori dichiarati eccedenti nelle more dell'eventuale ricollocazione: non sembra che la dichiarazione di eccedenza comporti automaticamente l'obbligo di licenziare il lavoratore, anche se il mantenimento in servizio del lavoratore eccedente non potrà realisticamente protrarsi all'infinito. Non è detto, pertanto, che tutte le società a controllo pubblico procederanno effettivamente con la ricognizione, in mancanza del decreto.

È bene sottolineare, però, che la ricognizione delle eccedenze sembra essere comunque obbligatoria, indipendentemente dalla effettiva emanazione del decreto interministeriale. Quest'ultimo, infatti, è necessario per le modalità di comunicazione degli elenchi alla regione e per le modalità dei percorsi di mobilità regionale, ma non costituisce una condizione per l'effettuazione della ricognizione.

In ogni modo, ogni decisione circa le nuove assunzioni non potrà prescindere da una ricognizione del personale in servizio già effettuata e dall'individuazione dei profili eccedentari.

Nuove assunzioni di personale su profili già presenti e dichiarati eccedentari potrebbero infatti rilevare ai fini della responsabilità tanto dei componenti degli organi di amministrazione e

---

[137] Il D.Lgs. n. 175 del 2016 è entrato in vigore il 23 settembre 2016.

[138] È previsto un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze.

controllo delle società partecipate, quanto, per le società *in house*, dell'accertamento dell'eventuale danno erariale.

Così è qualificato, infatti, "il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione"[139].

In ogni modo, il problema principale legato all'art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016 riguarda il regime transitorio del reclutamento e l'esatta determinazione dei limiti alle facoltà assunzionali che lo stesso impone.

Ai sensi dell'art. 25, comma 4, come già accennato, "Fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo, con le modalità definite dal decreto di cui al comma 1, agli elenchi di cui ai commi 2 e 3".

Non è chiaro se si tratti di un vincolo alle assunzioni, o di un vincolo alla sola procedura da seguire per effettuale.

Secondo la prima interpretazione l'art. 24, comma 4, sancirebbe un vero e proprio blocco delle assunzioni di personale a tempo indeterminato diverso da quello iscritto negli elenchi.

Nelle more della formazione degli stessi, dunque, non sarebbe possibile procedere ad alcuna assunzione a tempo indeterminato, restando aperta, casomai, la possibilità di assumere a tempo determinato, in coerenza con gli obiettivi determinati dalle amministrazioni controllanti ai sensi dell'art. 19, comma 5, o di eventuali discipline speciali limitative.

Questa interpretazione, tuttavia, anche alla luce dei problemi di costituzionalità che questa disciplina solleva, e di cui si dirà tra poco, rischia di rivelarsi troppo restrittiva.

Si potrebbe obiettare, infatti, che il vincolo non riguarderebbe le assunzioni, ma la sola procedura da seguire in presenza degli elenchi[140]. Ciò significherebbe, pertanto, che nelle more della formazione degli elenchi il vincolo procedurale non sussiste e, non essendo la finalità della norma quella di bloccare le assunzioni, sarebbe possibile assumere a tempo determinato prescindendo dagli elenchi.

La stessa interpretazione dovrebbe essere preferita anche alla luce dell'incostituzionalità eventuale paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016.

Infatti la procedura di cui all'art. 25 è tutta incentrata su competenze delle regioni, che, sicuramente per i primi sei mesi (quindi fino a marzo 2017, dopo di che gli elenchi sono trasmessi all'ANPAL) devono formare gli elenchi e, forse anche dopo tale scadenza, devono gestire i processi di mobilità regionale.

È evidente che tutto questo incide sia sull'organizzazione amministrativa della regione, materia di legislazione residuale, sia sulle politiche attive, ascrivibili alla competenza concorrente in tema di tutela e sicurezza sul lavoro.

---

[139] Art. 12, comma 2, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[140] In questo senso A. MARESCA e R. ROMEI, relazioni al *Workshop* "Rapporti di lavoro e società pubbliche", tenutosi presso l'Università di Roma La Sapienza il 2 dicembre 2016.

Risulta difficile, dunque, ritenere non incostituzionale questa disciplina per violazione del principio di leale collaborazione.

Il problema è che, fino a quando e se tale incostituzionalità sarà dichiarata espressamente, i rapporti di lavoro stipulati in violazione dell'art. 25 sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono grave irregolarità ai fini della denunzia al tribunale degli amministratori, ai sensi dell'art. 2409 c.c.[141].

C'è da chiedersi se ed in che termini possa essere proprio questa la previsione in grado di avviare un giudizio incidentale e porre la questione di legittimità costituzionale.

È irrealistico pensare che la nullità possa essere fatta valere dal soggetto assunto a tempo indeterminato senza pescare dagli elenchi, come pure, in situazioni non particolarmente virtuose, che sia l'amministrazione controllante socia ad agire contro gli amministratori della società controllata che avessero disposto l'assunzione.

In ogni modo, si deve tener conto del fatto che, in deroga al vincolo procedurale, fino alla scadenza del termine dei dodici mesi dall'entrata in vigore del Testo unico, è possibile procedere ad assunzioni "fuori elenco" con l'autorizzazione delle regioni, "esclusivamente ove sia indispensabile personale con profilo infungibile inerente a specifiche competenze"[142].

C'è probabilmente da aspettarsi una larga disapplicazione dell'art. 25, fatta eccezione, forse, per la disciplina autorizzatoria in esso contenuta. Quest'ultima, infatti, attribuendo il potere decisionale alle regioni non sarebbe in concreto lesiva delle loro prerogative, secondo quanto richiesto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, e potrebbe essere utilizzata per dare maggiore certezza all'azione delle società partecipate in un contesto normativo così ambiguo.

In altri termini, le società che vorranno procedere ad assunzioni a tempo determinato, anche in assenza degli elenchi, potrebbero chiedere l'autorizzazione alle regioni al duplice fine di escludere la responsabilità degli amministratori e la nullità dei contratti stipulati in mancanza degli elenchi. La non diponibilità degli elenchi, in quest'ottica, finirebbe per essere equiparata all'assenza del profilo (infungibile) del personale da ricercare al loro interno.

Questo accorgimento, nella formale vigenza dell'art. 25, potrebbe mettere al riparo gli amministratori dall'eventuale azione di responsabilità avviata dai soci di minoranza (tenendo conto che, ai sensi dell'art. 2409 c.c., salva una minore percentuale indicata dallo statuto, è necessario che i soci proponenti raggiungano un decimo del capitale). Una volta avviata tale azione le vie di uscita potrebbero essere due: escludere la responsabilità sulla base dell'autorizzazione da parte della regione o porre la questione di legittimità costituzionale dell'art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016.

In conclusione, l'art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016, nel dettare una disciplina transitoria del reclutamento tutta incentrata su competenze ed attività regionali suscita fondati dubbi di legittimità costituzionale per la lesione del principio di leale collaborazione ed anche per questi motivi la disposizione rischia di rivelarsi largamente ineffettiva.

---

[141] Art. 25, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[142] Art. 25, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

Sembra possibile ritenere, però, pienamente vincolate l'obbligo di procedere alla ricognizione del personale in servizio ed auspicabile, a tutela delle società partecipate, la richiesta dell'autorizzazione regionale in mancanza degli elenchi soprattutto ai fini delle eventuali azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, che, giova ribadirlo, potrebbero essere proposte anche a prescindere dalla vigenza o meno dell'art. 25, comma 6.

7. Le disposizioni in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni.

Un secondo blocco di disposizioni, sempre contenute nell'art. 19, riguarda il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni.

Le amministrazioni pubbliche socie devono fissare, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento delle società controllate, ivi comprese quelle per il personale, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. Questi provvedimenti dovranno tenere conto di quanto stabilito, in via transitoria dall'art. 25, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a carico delle stesse amministrazioni socie, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale[143].

L'obbligo di fissare questi obiettivi ricade sulle amministrazioni pubbliche socie, e non più sulle amministrazioni controllanti. Non è specificata l'entità della partecipazione, che potrebbe anche non essere di controllo.

Se è così sembrerebbero porsi problemi in caso di pluralità di amministrazioni socie della medesima società, in mancanza di un coordinamento tra i singoli provvedimenti di fissazione degli obiettivi.

Le società a controllo pubblico devono garantire il concreto perseguimento degli obiettivi tramite propri provvedimenti[144].

Quello del coordinamento, dunque, risulta essere un falso problema, in quanto gli obiettivi che saranno garantiti non potranno che essere quelli indicati dall'amministrazione controllante.

Nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, i provvedimenti delle società a controllo pubblico dovranno essere recepiti, ove possibile, in sede di contrattazione di secondo livello[145].

L'aggiunta dell'"ove possibile", inizialmente non previsto nella bozza di decreto ed aggiunto successivamente, risolve il problema della comprensibile ritrosia dei sindacati a contenere gli oneri contrattuali: l'impossibilità di recepire i provvedimenti nei contratti collettivi dovrebbe allora comportare la disdetta dei contratti in essere da parte delle società a controllo pubblico e la loro rinegoziazione. Si parla, ovviamente, dei contratti di secondo livello.

Sia i provvedimenti delle amministrazioni socie, sia quelli di recepimento delle società controllate, nonché i contratti collettivi, devono essere pubblicati sui siti istituzionali[146].

---

[143] Art. 19, comma 5, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[144] Art. 19, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[145] Art. 19, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[146] Art. 19, comma 7, del D.Lgs. n. 175 del 2016. In mancanza della pubblicazione trovano applicazione le medesime sanzioni previste per la mancata pubblicazione dei provvedimenti sui criteri e le procedure di reclutamento. Cfr. gli artt. 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del D.Lgs. n. 39 del 2013.

L'obbligo posto in capo alle amministrazioni socie di adottare provvedimenti mirati al contenimento delle spese di funzionamento potrebbe comportare dubbi di legittimità costituzionale con riguardo alle Regioni.

Se, da un lato, il rapporto di assoluta autonomia tra regione controllante e società controllata consente anche in questo caso di escludere una lesione delle competenze in materia di organizzazione amministrativa della regione, lo stesso rapporto di assoluta autonomia potrebbe non essere sufficiente a fugare eventuali dubbi con riguardo alla materia, di competenza concorrente, del coordinamento della finanza pubblica.

Anche questo secondo dubbio, tuttavia, sembra poter essere fugato nella misura in cui i provvedimenti che le regioni controllanti sono chiamate ad adottare non sono strettamente vincolati quanto al contenuto, residuando in capo alle regioni margini di discrezionalità in ordine alla concreta determinazione degli obiettivi.

Degli ulteriori parametri costituiti dagli eventuali divieti o limitazioni delle assunzioni a carico delle regioni stesse e della disciplina transitoria in materia di personale contenuta nell'art. 25 si deve "tener conto", con una formula che, dunque, non pare lesiva delle competenze regionali.

La disciplina statale, sotto questo punto di vista, sembra, infatti, sufficientemente "di principio" per poter essere ascritta alla quota statale di competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica, trattandosi, in effetti, di principi[147].

Gli adempimenti a carico delle società controllate ricadono, invece, nella materia dell'ordinamento civile e non sembrano creare particolari problemi in caso di società controllate dalle regioni.

8. Le disposizioni limitative dei trattamenti economici.

Un terzo blocco di disposizioni in materia di rapporto di lavoro è contenuto nell'art. 11 del D.Lgs. n. 175 del 2016, con riferimento ai limiti ai trattamenti economici di dipendenti e dirigenti.

L'art. 11, comma 6, rimanda ad un decreto ministeriale[148] la definizione di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle società a controllo pubblico.

L'articolazione in fasce è funzionale all'individuazione di limiti massimi per il trattamento economico annuo onnicomprensivo di amministratori, titolari e componenti degli organi di controllo e, per quanto qui di maggiore interesse, dirigenti e dipendenti.

---

[147] Lo Stato, in tema di legislazione concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica può, infatti, stabilire principi fondamentali senza invadere la corrispondente quota di competenza regionale.

[148] È previsto un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata per i profili di competenza, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti.

Tale trattamento non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui[149], tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico[150].

L'articolazione in fasce ai fini dei trattamenti economici non costituisce una novità[151]. L'aspetto più interessante della disposizione e che tali limiti sono riferiti al trattamento annuo onnicomprensivo, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altri soggetti.

Siccome la legge pone a carico delle società la verifica del rispetto dei limiti occorrerà che queste si organizzino per assicurarsi di disporre dei dati necessari a rendere possibile il controllo.

Tra i problemi interpretativi posti dalla nuova disciplina occorre segnalare, in primo luogo, l'esatta determinazione della nozione di "trattamento economico annuo omnicomprensivo": esso comprende certamente le retribuzioni, anche se l'eventuale estensione dello stesso non solo alla retribuzione corrente ma anche alla retribuzione differita potrebbe comportare problemi negli anni nei quali, ad esempio, fosse corrisposto il trattamento di fine rapporto[152].

In secondo luogo, si tratta di capire se i nuovi limiti trovino applicazione anche ai dipendenti già in servizio: la risposta sembra essere positiva e i contratti in essere sarebbero, dunque, colpiti da una nullità parziale nella parte in cui prevedessero compensi superiori ai massimi ed integrati *ex lege*. Ci si potrebbe domandare se la legge possa incidere così pesantemente sull'autonomia privata o se un tale intervento non debba essere ragionevolmente giustificato alla luce di altri principi (ordine pubblico economico) o non debba essere temporalmente delimitato[153].

Quel che è certo è che, sotto un altro aspetto, una analoga disciplina volta a porre tetti retributivi ai dipendenti delle società partecipate (anche) dalle regioni[154] ha già superato uno scrutinio di costituzionalità.

La corte costituzionale, infatti, con la sentenza n. 153 del 2015, ha fornito, in proposito, ben due argomenti volti ad escludere l'eventuale lesione di competenze regionali, sia con riferimento all'autonomia finanziaria, sia con riferimento alla materia dell'organizzazione amministrativa delle regioni.

In primo luogo, la Corte chiarisce che una tale normativa resta nei limiti della competenza statale in tema di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e non è ravvisabile alcuna violazione della potestà legislativa residuale delle regioni in materia di organizzazione

---

[149] La somma è al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario.

[150] Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal decreto.

[151] Cfr., attualmente, il D.M. 24 dicembre 2013, n. 166, "Regolamento relativo ai compensi per gli amministratori con deleghe delle società controllate dal Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'ex articolo 23-*bis* del Decreto-Legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214", che prevede tre fasce sulla base di indicatori di vario tipo e limiti massimi riferiti al trattamento economico del Primo presidente della Corte di Cassazione rispettivamente nelle percentuali del 100%; 80% e 50%.

[152] Come, pure, ci si potrebbe interrogare sulla computabilità di trattamenti diversi da quelli puramente "economici": si pensi, ad esempio, a possibili *benefit* di varia natura.

[153] Si pone questo interrogativo A. MARESCA, relazione al *Workshop* "Rapporti di lavoro e società pubbliche", tenutosi presso l'Università di Roma La Sapienza il 2 dicembre 2016.

[154] Art. 13, comma 1, del D.L. n. 66 del 2014, conv. con mod. in Legge n. 89 del 2014.

amministrativa, "in quanto quest'ultima recede a fronte di misure di coordinamento finanziario necessariamente uniformi sull'intero territorio nazionale".

In secondo luogo, per chiudere definitivamente la questione, la Corte aggiunge che "il trattamento economico dei dipendenti pubblici va ricondotto alla materia dell'«ordinamento civile», prevalendo quest'ultimo ambito di competenza su ogni tipo di potestà legislativa delle Regioni, e quindi anche sulla legislazione esclusiva in materia di organizzazione amministrativa e su quella concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica.

Alla luce di queste affermazioni si deve concludere, pertanto, che la nuova disciplina limitativa dei compensi per le società a controllo pubblico non sembra interessata dalla incostituzionalità eventuale paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016.

Lo stesso sembra potersi dire per le altre disposizioni in materia di trattamenti economici contenute nell'art. 11 del D.Lgs. n. 175 del 2016, aventi ad oggetto limiti alla corresponsione della retribuzione variabile e di trattamenti di fine mandato, anch'esse ascrivibili alla legislazione statale in materia di ordinamento civile.

Per quanto attiene al primo aspetto, il decreto ministeriale richiamato dall'art. 11, comma 6, del D.Lgs. n. 175 del 2016 dovrà stabilire altresì i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente, parte variabile che, non potrà essere corrisposta "in caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore"[155].

Questa formulazione suscita una certa perplessità, in quanto per la mancata corresponsione della parte variabile basta il mero dato di fatto del mancato raggiungimento degli obiettivi o dei risultati attesi; il riferimento all'imputabilità viene in rilievo, casomai, ed ha senso, nella diversa ipotesi dell'applicazione delle misure previste per la responsabilità dirigenziale nelle pubbliche amministrazioni[156].

Un'interpretazione letterale della disposizione rischia, pertanto, di generare una sorta di corto circuito normativo, legittimando la corresponsione della parte variabile anche laddove gli obiettivi non siano raggiunti senza colpa dei dirigenti[157].

Con riferimento, invece, ai trattamenti di fine mandato, l'art. 11, comma 10, del D.Lgs. n. 176 del 2016, vieta di corrispondere ai dirigenti delle società a controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

La *ratio* della norma è chiara nell'obiettivo di eliminare gli abusi collegati alla corresponsione di buonuscite particolarmente ricche, anche al fine di eludere la disciplina limitativa dei compensi.

Vale la pena sottolineare che l'uso del termine "corrispondere" rende applicabile il divieto anche ai trattamenti già concordati prima dell'entrata in vigore del decreto e non ancora corrisposti.

---

[155] Art. 11, comma 6, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[156] Cfr. l'art. 21 del D.Lgs. n. 165 del 2001.

[157] Il riferimento alla parte variabile rende naturale pensare ai dirigenti come principali destinatari della disposizione, sebbene la stessa sia riferita anche ai dipendenti.

9. Il divieto di stipulare patti di non concorrenza.

Un'ultima menzione merita, infine, il secondo periodo dell'art. 11, comma 6, che vieta alle società a controllo pubblico di stipulare "patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell'articolo 2125 del codice civile".

Anche in questa ipotesi la *ratio* della norma risponde alla finalità di contrastare gli abusi volti ad eludere la disciplina in materia di limiti ai compensi attraverso la stipulazione di patti che prevedono un corrispettivo da parte della società controllata.

Se si ragiona, però, in termini fisiologici e non patologici, il divieto può penalizzare molto le società a controllo pubblico virtuose rispetto alle società non controllate, privandole di uno strumento che può effettivamente rispondere ad esigenze di tutela della società stessa.

L'oggetto del divieto non è limitato ai soli patti *ex* art. 2125 c.c., che, come è noto, sono nulli se la limitazione allo svolgimento di attività da parte del prestatore di lavoro per il periodo successivo alla cessazione del contratto non risulta da atto scritto, se non è previsto un corrispettivo e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo, ma ricomprende anche gli accordi stipulati successivamente alla cessazione del rapporto, ai sensi dell'art. 2596 c.c..

In ogni modo, la limitazione dei patti o degli accordi di non concorrenza attiene senza dubbio alla materia dell'ordinamento civile e, dunque, non si pongono per questa disposizione problemi in ordine alla eventuale illegittimità costituzionale per violazione del principio di leale collaborazione in caso di società controllate dalle regioni.

10. L'incompatibilità tra rapporto di lavoro e carica di amministratore.

L'art. 11, comma 12 del D.Lgs. n. 175 del 2016 stabilisce l'incompatibilità tra la titolarità di un rapporto di lavoro con la società a controllo pubblico e la carica di componente dell'organo di amministrazione della società stessa.

In caso di assunzione della carica di amministratore si produce un automatico effetto legale di collocamento in aspettativa non retribuita, con sospensione dell'iscrizione ai competenti istituti di previdenza e assistenza, a meno che il dipendente non rinunci al compenso a qualunque titolo dovuto per la carica di amministratore.

In altri termini, in una logica di risparmio di spesa attraverso il divieto di duplicazione dei compensi erogati dalle società a controllo pubblico, la carica di amministratore può essere assunta da un dipendente solo a titolo gratuito.

Anche in questa ipotesi la materia rientra nell'ordinamento civile non pone problemi con riferimento alle società a controllo pubblico regionale.

11. Le garanzie per i dipendenti in particolari vicende.

L'ultimo blocco di disposizioni in materia di rapporto di lavoro riguardano le garanzie dei dipendenti delle società a controllo pubblico a seguito di particolari vicende: la reinternalizzazione di funzioni o servizi e la scadenza di appalti.

11.1. La reinternalizzazione di funzioni o servizi.

L'art. 19 comma 8 pone un limite alle facoltà assunzionali delle amministrazioni controllanti in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati a società da loro controllate

In questa eventualità, prima di poter effettuare nuove assunzioni, è previsto l'obbligo in capo alle amministrazioni controllanti di reinternalizzare il personale già dipendente a tempo indeterminato da pubbliche amministrazioni e successivamente transitato alle dipendenze della società interessata dal processo di reinternalizzazione[158].

È importante individuare con chiarezza l'ambito di applicazione soggettivo di questa norma: oggetto del riassorbimento sono solo i dipendenti della società controllata che in precedenza erano già stati titolari di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con una pubblica amministrazione.

Si tratta di soggetti che hanno avuto accesso al pubblico impiego attraverso le procedure concorsuali di cui all'art. 35 e sotto questo aspetto la norma risulta in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale, attenta ad evitare che in tal modo si realizzi una deroga ingiustificata al principio del concorso quale modalità privilegiata di accesso ai pubblici impieghi[159].

Non è necessario, però, che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato fosse già in essere con l'amministrazione controllante che procede alla reinternalizzazione: può trattarsi di qualunque altra pubblica amministrazione.

Questa disposizione, nel momento in cui si applica anche alle amministrazioni regionali, pone fondati dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di leale collaborazione.

Il reclutamento del personale regionale, infatti, è materia ascrivibile all'organizzazione amministrativa della regione[160] e, sotto questo aspetto, l'obbligo di "reinternalizzazione", seppur soggetto a limiti, alla luce della sentenza n. 251 del 2016 sembra effettivamente realizzare una lesione delle competenze regionali.

11.2. La successione di appalti.

Gli stessi problemi non sembrano porsi, invece, con riferimento, alle garanzie per il personale delle società a controllo pubblico in caso di successione di appalti, di cui all'art. 24, comma 9, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

Ai sensi di questa disposizione, all'esclusivo fine di favorire i processi di revisione delle partecipazioni[161], che dovrebbero portare ad una riduzione delle società pubbliche, in occasione della

---

[158] Alla reinternalizzazione si procede mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità di cui all'articolo 30 del Decreto legislativo n. 165 del 2001, nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale, nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili.

[159] Cfr. C. Cost., 23 luglio 2013, n. 227, sull'illegittimità costituzionale di una norma che prevedeva, in difetto di regolare procedura concorsuale, l'automatico passaggio nell'amministrazione regionale di personale dipendente di una società controllata.

[160] Vedi nota n. 27.

[161] Ai sensi dell'art. 24, comma 1, del D.Lgs. n. 175 del 2016, entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto (quindi entro marzo 2017) ciascuna amministrazione pubblica deve effettuare la ricognizione delle partecipazioni possedute ed individuare quelle che devono essere alienate. L'alienazione deve avvenire entro un anno dalla ricognizione.

prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento in favore della società a controllo pubblico interessata da tali processi, il rapporto di lavoro del personale già impiegato nell'appalto o nella concessione continua con il subentrante, ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile.

Si realizza così una deroga rispetto alla disciplina privatistica in materia di successione di appalti, che subordina l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in questa ipotesi alle sole vicende in cui vi sia anche un passaggio di beni tra i due appaltatori[162]. L'art. 2112 c.c. non trova applicazione quando si registrino, invece, elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa" tra organizzazione del subentrante e organizzazione dell'appaltatore uscente[163].

In sostanza, al verificarsi delle condizioni previste dalla legge, si verificano gli effetti dell'art. 2112 c.c. in caso di trasferimento di azienda ed i dipendenti della società interessata dal processo di revisione delle partecipazioni (appaltatore uscente) passano alle dipendenze del subentrante.

La garanzia opera, tuttavia, una sola volta, in occasione della prima gara di appalto successiva, e solo con riferimento a società interessate dalla procedura di revisione delle partecipazioni.

Posto che tali procedure sono soggette a termini[164] e che la garanzia è riconosciuta "all'esclusivo fine" di favorire dette procedure, la stessa garanzia sembra dover operare in pendenza dei medesimi termini.

È ancora presto per verificare se in che termini questa garanzia si rivelerà effettiva: certamente, dal punto di vista dell'opportunità, l'aspirante nuovo appaltatore valuterà con attenzione se proporsi per un appalto che prevede il passaggio dei dipendenti della società controllata "uscente".

In ogni modo, la materia appare assolutamente riconducibile all'ordinamento civile e non si pongono problemi in ordine alla eventuale incostituzionalità della disciplina con riferimento ad eventuali società controllate dalle regioni limitatamente a questo aspetto.

Altro discorso è, invece, valutare la legittimità costituzionale di normative limitative dell'autonomia regionale in ordine alle scelte in materia di partecipazioni azionarie.

La stessa sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, infatti, richiama la precedente giurisprudenza che ha considerato illegittimo sciogliere o privatizzare società pubbliche delle regioni, sottraendo alle medesime la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, per violazione della competenza legislativa residuale in materia di organizzazione amministrativa della regione[165].

12. Conclusioni.

A conclusione di questa breve panoramica delle principali disposizioni in materia di rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico contenute nel D.Lgs. n. 175 del 2016 sembra possibile rilevare come la maggior parte degli aspetti regolati dal testo unico risultino immuni dalla incostituzionalità eventuale paventata dalla sentenza della Corte costituzionale n.

---

[162] Cfr., da ultimo, Cass., 6 dicembre 2016, n. 24972.

[163] Art. 29, comma 3, del D.Lgs. 276 del 2003, nel testo novellato dalla Legge n. 122 del 2016.

[164] Vedi, *supra*, nota n. 52.

[165] C. Cost., 23 luglio 2013, n. 229, richiamata dal punto 7.1 della sentenza n. 251 del 2016.

251 del 2016, nonostante la normativa delegante sia stata adottata in violazione del principio di leale collaborazione tra stato e regioni.

Per quanto appurato, infatti, l'incostituzionalità della Legge delega non si trasmette automaticamente alla disciplina attuativa, laddove quest'ultima non si riveli effettivamente lesiva delle competenze regionali.

Tali competenze non sembrano lese né con riferimento alle disposizioni in materia di reclutamento[166] né con riguardo a quelle in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni[167], né per quanto attiene alle disposizioni limitative dei trattamenti economici[168], né con riguardo a quelle in tema di incompatibilità con la carica di amministratore[169] e neppure rispetto alle garanzie dei dipendenti in caso di successione di appalti[170].

La mancata lesione delle competenze regionali rispetto a queste tematiche dipende da due fattori.

In primo luogo, dell'autonomia del rapporto tra amministrazione controllante e società controllata recentemente enfatizzato dalla Corte di Cassazione[171].

Tale autonomia, in secondo luogo, consente di valorizzare ulteriormente la riconducibilità di molte delle disposizioni esaminate alle materie oggetto di legislazione esclusiva dello stato dell'ordinamento civile, nonché dalla competenza statale in materia di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica.

Problemi di legittimità costituzionale, sembrano, invece, riscontrabili sia con riguardo alla disciplina transitoria del personale[172], che ruota in gran parte intorno a procedure ed adempimenti di competenza regionale, sia con riferimento alla regolamentazione in materia di riassorbimento del personale in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi[173], nella parte in cui vincola anche le amministrazioni regionali.

In entrambi i casi, infatti, potrebbe risultare violato il principio di leale collaborazione per la lesione della competenza residuale in materia di organizzazione amministrativa delle regioni.

---

[166] Art. 19, commi 2, 3 e 4, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[167] Art. 19, commi 5, 6 e 7, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[168] Art. 11, commi 6 e 10, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[169] Art. 11, comma 12, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[170] Art. 24, comma 9, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

[171] Cass., Sez. Un., 1 dicembre 2016, n. 24591. Cfr. sul punto, par. 5. Il principio, come già accennato, viene ribadito, in modo innovativo, anche per le società *in house*, per le quali potrebbero altrimenti porsi maggiori problemi se fosse invece confermato il tradizionale orientamento volto a considerarle alla stregua di organi dell'amministrazione controllante.

[172] Art. 25 del D.Lgs. n. 175 del 2016, ad eccezione del comma 5, che potrebbe essere utilizzato per questioni di opportunità.

[173] Art. 19, comma 8, del D.Lgs. n. 175 del 2016.

Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto*

Pasquale Passalacqua

1. Il contesto: la legge Cirinnà e la rilevanza della famiglia nel diritto del lavoro. 71

2. A) Il versante delle unioni civili. L'indennità di preavviso e il TFR in caso di morte dell'avente diritto. 72

3. L'estensione delle tutele previste dalla legge in caso di matrimonio. I diritti inerenti al rapporto di lavoro. 74

4. Gli (ulteriori) aspetti previdenziali. 75

4.1. (Segue). I diritti di matrice previdenziale riconosciuti dalla legge sullo scioglimento del matrimonio (l. n. 898 del 1970). 76

5. L'applicazione delle tutele previste dai contratti collettivi. 79

6. - B) Il versante delle convivenze di fatto. *Il nuovo art. 230*-ter *c.c. in tema di impresa familiare*. 80

6.1. Il confronto tra l'art. 230-*bis* e il nuovo art. 230-*ter* c.c.: i diversi presupposti. 81

6.2. (Segue). I più limitati diritti riconosciuti al convivente di fatto. 84

6.3. La accresciuta residualità della tutela garantita dall'art. 230-*ter* c.c. 85

6.4. L'individuazione del rito applicabile. 86

7. Chiusure e aperture nella giurisprudenza recente: a) il diniego della pensione di reversibilità e b) la concessione dei permessi in favore del convivente con handicap grave. 88

8. Conclusioni. 90

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 320/2017

1. Il contesto: la legge Cirinnà e la rilevanza della famiglia nel diritto del lavoro.

La cd. Legge Cirinnà (l. n. 76 del 2016) ridisegna, ampliandolo, il perimetro del diritto di famiglia, attraverso, da un lato, la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, e, al contempo, attribuendo maggiore rilevanza giuridica rispetto al passato a determinati rapporti, ovvero alle convivenze[174]. Si tratta di ambiti di intervento comunque distinti, per i quali la legge costruisce partitamente nuovi diritti e tutele.

La prospettiva di fondo nella quale si muove l'intervento del legislatore appare, nella lettura prevalente, essere quella generale del riconoscimento delle formazioni sociali e delle relazioni che ivi si sviluppano, nel prisma dell'art. 2 della Carta costituzionale, senza così confliggere con il dettato dell'art. 29 della medesima Carta, focalizzato, come noto, sul matrimonio[175]. Così, in sintesi, dall'intimo legame tra l'art. 2 Cost. e l'art. 29 Cost.[176], si dedurrebbe che il primo valga a individuare il *genus* e il secondo la *species*, tanto da non porre ostacoli all'introduzione di regole rivolte a unioni anche non fondate sul matrimonio[177].

Tuttavia, nella legge troviamo un esplicito riferimento all'art. 2 Cost. in relazione al solo intervento sulle unioni civili[178], mentre manca in relazione alla regolamentazione delle convivenze di fatto,

---

[174] Sul tema è già presente una consistente produzione dottrinale. V., senza pretese di completezza, AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016; A. ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Fam. dir.*, 2016, 958 ss.; M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella L. n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, in *Fam. dir.*, 2016, 902 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 367 ss.; L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge – unioni civili, convivenze di fatto e "modello matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.; C. BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Foro it.*, 2016, 2091; G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 980 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 848 ss.; G. CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, 2240 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 868 ss.; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1386 ss.; G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, 931 ss.; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza,* in *Fam. dir.*, 2016, 943 ss.; E. QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 893 ss.; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, 6, 1 ss.; P. PITTARO, *I profili penali della L. n. 76 del 2016*, in *Fam. dir.*, 2016, 1007 ss.; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 665 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 845 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, 881 ss.; A. SPADAFORA, *I rapporti paraconiugali davanti alla legge*, in *Giur. it.* 2016, I, 1808 ss.; F. TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 991 ss.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 859 ss.

[175] Cfr. Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. dir.*, 2010, 653 ss., nonché, più di recente, Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Corr. giur.*, 2014, 1041.

[176] Sul legame tra l'art. 29 e l'art. 2 Cost., cfr., da ultimo, F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447 ss., per il quale «La "pietra" della famiglia sembra "murata" nell'intimo raccordo tra il disegno normativo (più che il "modello", come si suole dire) edificato dalla triade degli artt. 29-31 e il principio fondamentale dell'art. 2, vero "governo" della relativa "architettura"».

[177] Cfr. già P. ZATTI, *Familia, Familiae - Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia,* in *Familia*, 2002, 17 ss., per il quale «se si guarda alla nostra Carta nell'insieme delle sue norme, si può ben dire che essa non indica nella famiglia matrimoniale – nel senso riferibile all'istituto del matrimonio/atto – uno schema unico e vincolante da imporre alla società come canale esclusivo di riconoscimento e legalità delle relazioni di coppia e di generazione». Cfr. inoltre, anche per la ricostruzione del dibattito, T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., 367 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili*, cit., 849 ss.; M. BELLETTI, *Matrimoni e unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia?*, in *Osserv. cost. AIC*, 2/2016, 6 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato*, cit., 872 ss.; F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4/2014, 2 ss.

[178] Art. 1, primo comma, l. n. 76 del 2016.

tanto da far emergere dubbi in merito, lumeggiandosi possibili problemi derivanti da una tale scelta del legislatore[179]. Sul punto ci limitiamo a osservare come di certo non spetti al legislatore ordinario stabilire univocamente nel quadro di quali norme di rango costituzionale si muova una determinata legge, tanto da lasciare libero l'interprete di esprimere un giudizio del genere, che, quindi, può anche essere rivolto alla legge nel suo insieme, dalla quale può agevolmente desumersi il riconoscimento come formazione sociale anche delle convivenze di fatto[180].

Tra i molteplici effetti "derivati" dal novero di diritti riconosciuti dalla legge, emergono anche quelli inerenti l'ambito del diritto del lavoro, come noto da sempre affine e vicino al diritto di famiglia, per il rilievo qualificante che assume la prospettiva della tutela del soggetto debole, ma ancor di più per la nota "implicazione della persona" nel rapporto contrattuale.

Nel contesto di tale affinità elettiva, invero, nello statuto del diritto del lavoro tutta una serie di diritti - sia sul piano del rapporto di lavoro che su quello contiguo previdenziale - sono costruiti sul presupposto del legame familiare instaurato dal lavoratore con un altro soggetto, a volte lavoratore anch'esso, come può essere il coniuge, a volte non lavoratore, o non ancora lavoratore, come i figli. Si tratta di un apparato di tutele e garanzie in progressiva e continua rivisitazione, in relazione, da un lato, alle pressanti esigenze di razionalizzazione delle risorse pubbliche ivi destinate, nonché, dall'altro, ai profondi mutamenti del tessuto sociale e dei relativi modelli di famiglia emergenti. Queste si traducono in nuove istanze che, per la verità, da tempo fanno fatica a ottenere compiuto riscontro[181], pur in una prospettiva di continua, anche se non lineare, implementazione delle tutele[182].

È proprio in questa ultima prospettiva che si pone la normativa del 2016, volta a determinare effetti diretti o indiretti, ovvero espliciti o impliciti, sul versante lavoristico, ai quali qui vogliamo volgere l'indagine. A tal fine, come già evidenziato, occorre procedere attraverso i due distinti ambiti di intervento del legislatore, vagliando gli effetti lavoristici legati al riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e, poi, quelli, invece, legati alla disciplina delle convivenze.

2. A) Il versante delle unioni civili. L'indennità di preavviso e il TFR in caso di morte dell'avente diritto.

Seguendo, per esigenze di chiarezza espositiva, l'articolato della legge, il primo diritto "lavoristico" espressamente riconosciuto alla parte dell'unione civile, è quello relativo all'indennità di preavviso in caso di morte dell'avente diritto, giacché "*In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla*

---

[179] L. BALESTRA, *Unioni civili*, cit., 1771 ss.; R. PACIA, *Unioni civili*, cit., 2.

[180] Cfr. P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni*, cit., 846, per il quale "anche per queste ultime si deve ipotizzare confermato l'insegnamento giurisprudenziale che già da decenni le ascriveva a quel contesto di tutela costituzionale"; G. OBERTO, *La convivenza di fatto*, cit., 943-944. Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it*., 2010, 1361; Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Fam. dir*., 2014, 861, nonché, più di recente, Corte cost. 23 settembre 2016, n. 213, in *Foro it*., 2016, I, 3381, sulla quale, *infra*, § 7.

[181] Cfr. già E. ALES, *Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale*, in *Dir. lav*., 1999, I, 153 ss.; P. BOZZAO, *La protezione sociale della famiglia*, in *Lav. dir*., 2001, 84 ss.

[182] Cfr. M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav*., 2012, 844 ss.

parte dell'unione civile"[183].

Per quanto riguarda il riferimento all'art. 2118 c.c. questo prevede, come noto, in caso di recesso dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato di una delle parti del rapporto di lavoro (quindi sia in caso di dimissioni del lavoratore che di licenziamento da parte del datore di lavoro), la possibilità di corrispondere al posto del preavviso lavorato, la cd. indennità di mancato preavviso[184]. La medesima indennità "*è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro*"[185].

Il riferimento all'art. 2120 c.c. vale, invece, a individuare l'istituto del trattamento di fine rapporto, cui ha diritto il lavoratore subordinato in caso di cessazione, appunto, del proprio rapporto di lavoro.

Tuttavia, entrambe le norme individuano gli istituti descritti, ma non fanno riferimento agli altri possibili destinatari oltre lo stesso lavoratore. È, invero, il successivo art. 2122 c.c., rubricato "indennità in caso di morte" a prescrivere che "*In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 devono corrispondersi al coniuge, ai figli e, se vivevano a carico del prestatore di lavoro, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado. La ripartizione delle indennità, se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno. In mancanza delle persone indicate nel primo comma, le indennità sono attribuite secondo le norme della successione legittima. È nullo ogni patto anteriore alla morte del prestatore di lavoro circa l'attribuzione e la ripartizione delle indennità*".

Il legislatore avrebbe, dunque, potuto più chiaramente richiamare direttamente il suddetto articolo del medesimo codice civile, invece di riferirsi agli artt. 2118 e 2120.

La formula ellittica ivi utilizzata può far sorgere dubbi sull'applicazione dell'art. 2122 c.c. in favore della parte dell'unione civile[186], che paiono tuttavia superabili, considerando che il rinvio (esplicito) agli artt. 2118 e 2120 c.c. contenga (implicitamente) in sé anche il rinvio (esplicito) che tali disposizioni recano all'art. 2122 c.c., tanto da poter includere tra i beneficiari della suddetta disposizione anche la parte dell'unione civile, in applicazione dei criteri ivi previsti.

Si tratta, ad ogni modo, di una norma dal significato per nulla pacifico, terreno di dibattito sia dottrinale che giurisprudenziale, incentrato sulla dubbia natura di tali emolumenti del prestatore di lavoro, che paiono sfuggire, per quanto attiene ai beneficiari indicati al primo comma, alle regole della successione ereditaria[187]; queste, tuttavia, rivivono nella previsione del terzo comma del medesimo articolo[188], con eventuale spazio per le disposizioni testamentarie del lavoratore

---

[183] Art. 1, comma 17, l. n. 76 del 2016.

[184] Art. 2118, secondo comma, c.c.

[185] Art. 2118, terzo comma, c.c.

[186] Cfr. L. BALESTRA, *Unioni civili*, cit., 1172, il quale ritiene sarebbe stato opportuno un rinvio esplicito all'art. 2122 c.c.

[187] V. G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1996, 280 ss.; P. ZANELLI, *Morte del titolare del reddito nel diritto della sicurezza sociale,* in *Dig. comm*., X, Torino, 1994, 102 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano Sez. II, 16 giugno 2011; Trib. Torino, 29 giugno 2002; già Cass. 19 giugno 1982, n. 3764; Cass. 28 maggio 1981, n. 3515, in *Mass. giur. lav*., 1982, 69; Corte Cost. 22 luglio 1985, n. 213. Cfr., inoltre, con espresso riferimento alle norme qui in commento, M. BIASI, *Commento all'art. 1, comma 20, l. 76/2016*, in corso di pubblicazione in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di M. Sesta, Milano, 2017.

[188] Cfr. A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, 116.

defunto[189].

Peraltro, in caso di mancanza di accordo tra le parti, si apre il ricorso all'autorità giudiziaria, teso a stabilire come ripartire le somme tra gli aventi diritto "*secondo il bisogno di ciascuno*"[190].

3. L'estensione delle tutele previste dalla legge in caso di matrimonio. I diritti inerenti al rapporto di lavoro.

La legge Cirinnà successivamente detta una previsione di carattere generale, che risulta di interesse anche lavoristico, per cui "*Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*"[191].

L'*incipit* teleologico della disposizione citata[192], di immediata oscura decifrabilità, pare volto solo a stigmatizzare la permanente differenza tra l'unione civile e il matrimonio, sul piano però, a nostro avviso, più della disposizione "propaganda", che di quella con valore propriamente giuridico[193].

Quanto, poi, ai diritti riconosciuti in ambito lavoristico si può far riferimento, tra quelli di fonte legale, a quelli conseguenti alla sospensione del rapporto; al divieto di licenziamento per causa di matrimonio e alla nullità delle dimissioni rassegnate entro un anno dal matrimonio[194]; alla considerazione della parte dell'unione civile nell'ambito del criterio di scelta dei carichi di famiglia nei licenziamenti collettivi[195]; nonché alla priorità a richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro, da tempo pieno a tempo parziale, per le necessità di assistenza al coniuge affetto da patologie oncologiche[196].

Inoltre, trova applicazione anche a beneficio della parte dell'unione civile il diritto ai permessi previsti dalla legge 104/1992, concessi in favore di chi assiste il coniuge con handicap in situazione di gravità[197]; il congedo di tre giorni per gravi motivi familiari, in caso di decesso o di grave

---

189 Cfr. Corte Cost. 19 gennaio 1972, n. 8, in *Foro it*., 1972, 276, che ha ritenuto "costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, l'art. 2122, comma terzo, del codice civile nella parte in cui esclude che il lavoratore subordinato, in mancanza delle persone indicate nel primo comma, possa disporre per testamento delle indennità di cui allo stesso articolo".

190 Art. 2122, terzo comma, c.c.

191 Art. 1, comma 20, l. n. 76 del 2016.

192 La previsione viene posta, come sopra ricordato, "*Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso*".

193 Cfr., in termini, E. QUADRI, *"Unioni civili*, cit., 894.

194 Art. 35, d.lgs. n. 198 del 2006 - codice delle pari opportunità.

195 Art. 5, primo comma, lett. a), l. n. 223 del 1991.

196 Art. 8, quarto comma, d.lgs. n. 81 del 2015.

197 Art. 3, terzo comma, l. n. 104 del 1992.

infermità, già riconosciuto in favore del coniuge, nonché del convivente[198]; il congedo (di durata massima di due anni), previsto in situazioni di gravità accertata, per il coniuge convivente di soggetto con handicap[199].

4. Gli (ulteriori) aspetti previdenziali.

Sempre in riferimento alla disposizione citata, per quanto attiene agli aspetti più tipicamente previdenziali – oltre a quanto osservato in precedenza in relazione al trattamento di fine rapporto ex art. 2122 c.c. - si deve far riferimento ai trattamenti di famiglia, come l'assegno per il nucleo familiare[200].

Inoltre, occorre considerare anche i benefici fiscali legati al cd. *welfare aziendale*[201], per cui anche le parti dell'unione civile potranno usufruire delle opere, somme, prestazioni e servizi assicurati dal datore di lavoro a favore dei propri dipendenti e dei loro familiari, come indicati dall'art. 12 del TUIR[202]. La suddetta disposizione individua in testa - lì ai fini dell'individuazione delle detrazioni per carichi di famiglia – "*il coniuge non legalmente ed effettivamente separato*"[203], sicché si deve ritenere che le prestazioni e i relativi benefici fiscali debbano essere riconosciuti anche in favore della parte dell'unione civile.

Su questo versante, poi, vengono riconosciuti alla parte dell'unione civile sia la rendita (già spettante al coniuge) per i superstiti in caso di infortunio dal quale sia derivata la morte del lavoratore[204], sia i trattamenti di reversibilità[205].

Questi ultimi, occorre ricordarlo, rappresentano da tempo un elemento di criticità all'interno del sistema pensionistico[206], in particolare in relazione alla loro generale sostenibilità finanziaria[207], tanto che anche di recente il Governo pareva aver manifestato l'idea di proporne una riduzione, subito ritirata viste la levata di scudi sollevata da più parti[208]. In un tale quadro, comunque, anche in base a recenti dichiarazioni del presidente dell'Inps Boeri, la spesa prevedibile in relazione alle

---

198 Art. 4, primo comma, l. n. 53 del 2000. Ricordiamo che riguardo al convivente, deve trattarsi di "stabile convivenza" con il lavoratore o lavoratrice, risultante da certificazione anagrafica.

199 Art. 42, quinto comma, l. n. 151 del 2001.

200 D.l. 13 marzo 1988 n. 69, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, primo comma, l. 13 maggio 1988, n. 153.

201 Sul tema, solo di recente emerso all'attenzione dei giuslavoristi, anche a causa dell'espresso coinvolgimento della contrattazione collettiva come sede privilegiata (dal punto di vista degli incentivi fiscali) di determinazione dei benefici previsti, pare opportuno fornire qualche riferimento, pertanto v., almeno, T. TREU, *Introduzione* Welfare aziendale, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 297/2016; AA. VV., *Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del Jobs Act,* in *Nota di Ricerca n. 1/2017*, Dipartimento di Management, Università di Venezia Ca' Foscari, gennaio 2017, a cura di G. Zilio Grandi.

202 Art. 51, secondo comma, lett. f, f-*bis* e f-*ter* del TUIR (D.P.R. n. 917 del 1986, così novellato da ultimo dall'art. 1, comma 190, lett. a), n. 2), l. 28 dicembre 2015, n. 208).

203 Art. 12, primo comma, lett. a), d.P.R. n. 917 del 1986, come novellato dall'art. 1, sesto comma, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296, a decorrere dal 1° gennaio 2007.

204 Artt. 85, 105 e 106, d.P.R. n. 1124 del 1965.

205 Art. 13, R.D.L. n. 636 del 1939.

206 Così, con particolare riguardo al tema qui trattato, M. CINELLI, *L'impatto previdenziale delle unioni civili ex legge n. 76/2016: alcune considerazioni*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 873.

207 Sul tema cfr., da ultimo, in generale, P. CAPURSO, *La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 609 ss.

208 Cfr. P. SANDULLI, *La reversibilità si tocca, anzi no!*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 177 ss.

unioni civili si rivelerebbe nei numeri, tutto sommato, limitata e sostenibile da parte del sistema previdenziale[209], sebbene non manchi qualche perplessità al riguardo[210].

La parificazione dei trattamenti di reversibilità deve estendersi anche a quelli previsti da fondi di previdenza complementare, giacché, altrimenti, si ricadrebbe nella violazione del divieto di discriminazione per orientamento sessuale, declinato in materia di condizioni di lavoro dalla direttiva 2000/78/CE, come già ribadito dalla Corte di Giustizia *in subiecta materia* con riferimento al sistema tedesco (sentenze *Maruko*[211] e *Römer*[212]).

Si pone, infine, il dubbio in merito all'applicabilità alla parte dell'unione civile di svariate normative ascrivibili alla cd. legislazione sociale, così ad es.: le tutele per i familiari di vittime della esposizione all'amianto o vittime dell'adempimento del dovere o della criminalità organizzata, il collocamento obbligatorio in favore di congiunti di invalidi al lavoro ecc. La possibile esclusione di tali benefici passerebbe per una lettura volta a valorizzare in chiave selettiva la formula del comma 20 dell'art. 1 della legge[213], da intendere come volta a sostenere soltanto gli specifici obblighi e diritti relativi all'assistenza morale e materiale reciproca[214]. La risposta a simili interrogativi passerà anche per la prassi applicativa, ma al contempo, come già notato[215], ci sembra resti difficile attribuire, anche sotto questo versante, valore propriamente selettivo e, quindi, cogente al citato *incipit* del comma 20 dell'art. 1 della legge, al fine di escludere l'applicazione di determinati benefici, i quali, invece, a seguire la lettera della legge, attraverso il riferimento al coniuge, non potrebbero che essere riconosciuti.

4.1. (Segue). I diritti di matrice previdenziale riconosciuti dalla legge sullo scioglimento del matrimonio (l. n. 898 del 1970).

Va questo punto affrontata un'altra delicata questione posta dalla legge Cirinnà, qui vagliata sempre sul crinale del suo rilievo anche lavoristico.

Emerge, invero, il problema di decifrare il comma 25 dell'art. 1, l. n. 76 del 2016, che dispone l'applicazione di alcune disposizioni della legge sullo scioglimento del matrimonio (l. n. 898 del 1970) "*in quanto compatibili*"[216]. A nostro avviso, la clausola di compatibilità attiene e va declinata

---

[209] La relativa copertura finanziaria è disposta dall'art. 1, commi 66 e 67 della l. n. 76 del 2016. Ritiene la spesa sostenibile, sia per la verosimile limitazione numerica dei casi, sia per la mancanza, tra le unioni omosessuali, di quel divario di tasso di sopravvivenza tipico delle coppie omosessuali M. CINELLI, *L'impatto previdenziale*, cit., 874.

[210] Cfr. C.A. NICOLINI, *Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto*?, in *Riv. dir. sic. soc*., 2016, 565.

[211] Corte giust. *Maruko*, Grande sez., 1° aprile 2008, causa C-267/06; per un commento cfr. L. CALAFÀ, *Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensioni a superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di giustizia CE*. in *Riv. giur. lav*., 2009, II, 227 ss., nonché G. CARUSO, *Discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: la Corte di giustizia riconosce la pensione di reversibilità al* patner *di un'unione solidale registrata*, in *Riv. dir. sic. soc*., 2008, 817 ss.

[212] Corte giust. *Römer*, Grande sez., 10 maggio 2011, causa C-147/08; per un commento cfr. R. NUNIN, *Orientamento sessuale, diritti pensionistici e discriminazione,* in *Fam. dir*., 2012, 113 ss.

[213] Ciò in relazione all'*incipit* del suddetto comma per cui, come già ricordato, l'estensione dei diritti già garantiti al coniuge viene disposto "*Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso*".

[214] Cfr. M. CINELLI, *L'impatto previdenziale*, cit., 871 ss.

[215] V. *supra*, § 3.

[216] Art. 1, comma 25, l. n. 76 del 2016, per cui "*Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma, e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12-quater, 12-quinquies e 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché le*

in relazione alle peculiarità diremmo "intrinseche" dell'unione civile, per la quale sono appunto previste apposite cause di scioglimento[217].

Per quanto attiene ai diritti lavoristici, comprendenti quelli di matrice previdenziale, la suddetta clausola di compatibilità può assumere rilievo sul limitato fronte dell'esclusione dei diritti riconosciuti dalla l. n. 898 del 1970, ad es., ai coniugi in quanto genitori[218]. Peraltro, la questione rimane problematica, dato il noto indirizzo giurisprudenziale teso a legittimare in casi particolari la cd. *stepchild adoption*, ovvero l'adozione del figlio dell'altra parte dell'unione civile[219], nonché di fronte alle recentissime aperture verso la legittimazione *tout court* dell'adozione da parte di una coppia omosessuale di un figlio (in questo caso due bambini) senza legami biologici con alcuno dei patners[220].

Invece, una lettura della clausola in senso più ampio, tesa ad accrescerne gli effetti "impeditivi", pur possibile rimarcando le differenze tra lo scioglimento degli effetti civili del matrimonio (divorzio) e lo scioglimento dell'unione civile, costruito su condizioni meno stringenti, finirebbe, tuttavia, con il determinare un contrasto interno alla stessa legge. Invero, come già abbiamo notato, il rinvio "generale" alla trasposizione dei diritti riconosciuti al coniuge dalla normativa vigente alla parte dell'unione civile, veicolato dal comma 20 dell'art. 1, non tollera limitazioni, ad eccezione, appunto, della clausola di compatibilità in relazione ai diritti declinati dal comma 25 del medesimo art. 1, che pare, dunque, necessariamente da considerare di stretta interpretazione.

Ne deriva allora l'applicazione dei diritti di matrice previdenziale già riconosciuti dalla legge in favore del coniuge divorziato, cui, dunque, a questi fini, va equiparata, a nostro avviso, la parte dell'unione civile sciolta ai sensi della legge Cirinnà[221].

Svolgendo questa volta l'articolato della legge n. 898 del 1970 sullo scioglimento del matrimonio, trova, dunque, espressa applicazione in favore delle parti dell'unione civile sciolta, la disciplina dettata dall'art. 9, l. n. 898 del 1970[222], che assicura al coniuge divorziato titolare dell'assegno divorzile, in assenza del coniuge superstite e in assenza di nuove nozze, il diritto alla pensione di reversibilità, sempre che il rapporto da cui trae origine il trattamento pensionistico sia anteriore

---

disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162".

[217] Art. 1, commi 22 e 23, l. n. 76 del 2016, che richiamano regole già previste per il matrimonio, mentre, invece, l'ipotesi di cui al successivo comma 24 risulta del tutto peculiare, oltre ad affermarsi come quella di applicazione generale in questo ambito. Sul punto v. gli autori citati nella nota n. 1.

[218] Art. 12-*ter*, l. n. 898 del 1970, che riconosce ai genitori, coniugi divorziati, metà della pensione di reversibilità spettante ad essi per la morte di un figlio deceduto per fatti di servizio.

[219] Cfr., tra quelle edite, Corte App. Trento, Ord., 23 febbraio 2017; Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur*., 2016, 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; App. Torino Sez. minori, 27 maggio 2016, in *Foro it*., 2016, 1910; Trib. Minorenni Roma, 30 dicembre 2015, in *Fam. dir*., 2016, 584, con nota di A. SCALERA, *Adozione incrociata del figlio del patner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*; Trib. Roma, 23 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 969, con nota di M. FARINA, *Adozione e affidamento - «Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore»*. Sul tema, riferimenti in molti dei contributi citati alla nota n. 1.

[220] Trib. Minori Firenze, 9 marzo 2017. In questo caso il Tribunale ha consentito la trascrizione dei provvedimenti emessi da una Corte britannica e ha così riconosciuto legittima anche in Italia l'adozione di due bambini da parte di una coppia omosessuale.

[221] Art. 1, commi 23 e 24, l. n. 76 del 2016.

[222] La norma è stata modificata dall'art. 13, l. 6 marzo 1987, n. 74 e trova applicazione in favore anche delle parti dell'unione civile in base al disposto dell'art. 1, comma 25, l. n. 76/2016.

alla sentenza[223].

Si applica, altresì, la disciplina prevista nel caso in cui oltre al coniuge divorziato (ora anche alla parte dell'unione civile sciolta) esista anche un coniuge superstite (ora anche una parte dell'unione civile), avente i requisiti per la pensione di reversibilità[224].

Inoltre, in materia di Trattamento di fine rapporto trova espressa applicazione alla parte dell'unione civile anche il disposto dell'art. 12-*bis*, l. n. 898 del 1970, che prevede in favore del coniuge divorziato e non risposato il diritto sia al c.d. assegno divorzile sia a una percentuale pari al 40% del Tfr, riferito agli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il matrimonio[225].

A questo punto riemerge, ora, anche in relazione alle parti dell'unione civile, l'annosa questione - di cui occorre dar, pur in breve, conto - relativa al rapporto tra la suddetta previsione e il già esaminato art. 2122 c.c. sull'indennità in caso di morte[226], che, per quel che qui interessa, prevede la suddivisione anche del Tfr spettante al lavoratore subordinato deceduto tra i familiari, tra cui il coniuge superstite, senza però menzionare l'eventuale ex coniuge divorziato.

Si pone allora il dubbio in ordine alla possibilità che la quota di Tfr ex art. 12-*bis*, l. n. 898 del 1970 vada riconosciuta all'ex coniuge (nonché, ora, alla parte dell'unione civile sciolta) solo nel caso in cui il lavoratore sia in vita, oppure anche in caso di suo decesso. E, inoltre, in caso di risposta negativa alla seconda opzione, se in caso di morte del prestatore di lavoro l'ex coniuge concorra con gli altri familiari individuati dal suddetto art. 2122 c.c. alla suddivisione del medesimo Tfr.

Nelle articolate tesi circolanti in dottrina e giurisprudenza, quella più accreditata - e che riteniamo raggiunga la soluzione più equa, evitando paradossi[227] - ritiene che la quota di Tfr di cui all'art. 12-*bis*, l. n. 898 del 1970 spetti all'ex coniuge solo nel caso in cui il coniuge lavoratore subordinato (nonché, ora, anche la parte dell'unione civile) titolare del Tfr sia in vita.

Tuttavia, in caso di suo prematuro decesso in corso del rapporto di lavoro, il coniuge divorziato (nonché, ora, anche la parte dell'unione civile sciolta) concorre con gli altri soggetti individuati dall'art. 2122 c.c., in virtù del già richiamato art. 9, terzo comma, l. n. 898 del 1970, che fa riferimento, oltre che alla pensione (di reversibilità), anche agli "*altri assegni a questi spettanti*"[228], tra cui si può ricomprendere quello spettante a titolo di Tfr[229].

---

[223] Art. 9, secondo comma, l. n. 898 del 1970.

[224] Art. 9, terzo comma, l. n. 898 del 1970 per cui "*Qualora esista un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, una quota della pensione e degli altri assegni a questi spettanti è attribuita dal Tribunale, tenendo conto della durata del rapporto, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e che sia titolare dell'assegno di cui all'art. 5. Se in tale condizione si trovano più persone, il Tribunale provvede a ripartire fra tutti la pensione e gli altri assegni, nonché a ripartire tra i restanti le quote attribuite a chi sia successivamente morto o passato a nuove nozze*".

[225] La norma è stata introdotta dall'art. 16, l. 6 marzo 1987, n. 74 e trova applicazione in favore anche delle parti dell'unione civile in base al disposto dell'art. 1, comma 25, l. n. 76/2016.

[226] V. *supra*, § 2.

[227] Come già notato dai civilisti, il riconoscimento del 40% del Tfr in ogni caso, per gli anni corrispondenti al matrimonio, comporterebbe che agli altri familiari nel complesso rimarrebbe il 60% da suddividere tra loro, cosicché al coniuge divorziato spetterebbe una quota maggiore di quelle riconosciuta ai parenti più stretti.

[228] Art. 9, terzo comma, l. n. 898 del 1970.

[229] Cfr., anche per una ricostruzione del dibattito, F. SCIA, *Indennità di fine rapporto e divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2005, 107 ss.; più di recente cfr. M. MORETTI, *L'indennità di fine rapporto*, in G. Bonilini e F. Tommaseo (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*,

Inoltre, secondo l'interpretazione circolante in giurisprudenza, in caso di compresenza di un coniuge divorziato e di un coniuge superstite (nonché, ora, anche in caso di presenza di una parte di un'unione civile, sussistente o sciolta, variamente miscelabile con coniuge o ex coniuge)[230], e laddove esistano anche figli del lavoratore defunto (e/o altri parenti o affini a suo carico) aventi diritto alla indennità di buonuscita ai sensi dell'art. 2122 c.c., dal coordinamento di tale disposizione con l'art. 9 della l. n. 898 del 1970 si estrae complessivamente la regola per cui al coniuge divorziato, nella fattispecie considerata (di concorso di plurimi aventi diritto), va attribuita una quota della quota del coniuge superstite. Quindi, tra i due (od eventualmente più) coniugi, dovrà, in pratica, suddividersi la quota di spettanza del coniuge superstite, come previamente determinata in ragione del concorso di questi con gli altri superstiti aventi diritto ex art. 2122, primo comma, c.c.

Si precisa altresì, ai fini di tale preventiva determinazione, che dei due criteri all'uopo indicati dal predetto art. 2122 c.c. - secondo il quale "*la ripartizione della indennità se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno*" - il primo si rivela in questo caso incompatibile (in quanto presupporrebbe un accordo tra i due, coniuge ed ex coniuge, difficilmente realizzabile), tanto da far ritenere utilizzabile unicamente il successivo (ripartizione "*secondo il bisogno di ciascuno*")[231].

5. L'applicazione delle tutele previste dai contratti collettivi.

Sempre nella disposizione richiamata dell'art. 1, comma 20, l. n. 76 del 2016, vi è poi un espresso riferimento ai contratti collettivi e, dunque, ai diritti ivi riconosciuti al coniuge, da considerare ora estesi alla parte dell'unione civile.

Si tratta di un riferimento esplicito quantomai opportuno, giacché (anche) il diniego nei confronti delle parti (nel nostro caso) dell'unione civile di benefici previsti dai contratti collettivi in favore dei coniugi integrerebbe un'ipotesi di discriminazione diretta, vietata ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2000/78/CE in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro[232].

Quanto ai diritti ora riconosciuti si può far riferimento, ad es., alle eventuali limitazioni o indennità previste dalla contrattazione collettiva in relazione a trasferimenti che impattino sulla famiglia del

---

in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2010, III ed., 1089 ss. In giurisprudenza in questa linea cfr. Cass. 7 settembre 1993, n. 9387, in *Foro it*., 1994, I, 1504 ss.; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1222, in *Fam. dir*., 2000, 397; *contra*, per l'applicazione, anche in questo caso, in favore dell'ex coniuge dell'art. 12-*bis*, l. n. 898 del 1970, Cass. 20 settembre 2000, n. 12426; Cass. 10 gennaio 2005, n. 285.

[230] Si consideri che, invero, almeno in teoria, molteplici sono le combinazioni possibili. Possono concorrere a benefici di tal genere coniuge ed ex coniuge, come una parte di un'unione civile sciolta e una parte di un'unione civile sussistente, ma, anche, un ex coniuge con una parte di un'unione civile sussistente, come (sebbene statisticamente ancor più improbabile) il contrario, ovvero una parte di un'unione civile sciolta con un coniuge.

[231] Così Cass. 4 febbraio 2000, n. 1222, cit.

[232] Cfr. Corte giust. *Hay*, V Sez., 12 dicembre 2013, causa C-267/12, con nota di F. RIZZI, *Il caso Hay e la Corte di Giustizia: una nuova dottrina contro la discriminazione delle coppie omosessuali,* in *Riv. giur. lav*., 2015, II, 47 ss. La Corte, in relazione al sistema francese, ha ritenuto sussistente un'ipotesi di discriminazione diretta nel mancato riconoscimento a un lavoratore che concluda un PACS dei medesimi benefici accordati ai suoi colleghi in occasione del loro matrimonio (nel caso di specie, giorni di congedo e premi stipendiali).

lavoratore[233]; nonché alle previsioni relative a ferie e congedi matrimoniali, generalmente previste nei CCNL di categoria[234].

Peraltro, si deve ricordare che – nella scia di una tendenza consueta nel campo del diritto del lavoro - la contrattazione collettiva aveva già in alcuni casi anticipato il legislatore, disponendo in accordi aziendali l'estensione delle disposizioni contrattuali a favore dei coniugi per gli iscritti nei registri comunali delle unioni civili.

6.- B) Il versante delle convivenze di fatto. *Il nuovo art. 230-*ter *c.c. in tema di impresa familiare*.

Occorre a questo punto spostarci sull'altro versante delle convivenze di fatto, che la legge identifica in "*due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile*"[235], volendo in tal modo circoscrivere in sostanza alle convivenze *more uxorio*[236] la regolamentazione prevista, ma, a ben vedere, non a tutte, date l'espressa esclusione di quelle sviluppatesi tra parenti e affini di qualunque grado[237].

In questo contesto l'unico espresso riferimento lavoristico è quello dettato in tema di impresa familiare. Il codice civile, come noto, attraverso l'art. 230-*bis*, introdotto nell'ambito della riforma del diritto di famiglia del 1975, riconosce al "*familiare*" che "*presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare*" il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e alla partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato. Inoltre, gli stessi "*familiari*" che partecipano all'impresa hanno diritto di adottare a maggioranza le decisioni "*concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa*"[238]. Si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo[239].

Va intanto precisato a questo punto che, in base a espressa previsione del legislatore[240], la disciplina già dettata dall'art. 230-*bis* c.c. trova integrale applicazione in favore della parte dell'unione

---

[233] V., ad es., art. 170, CCNL terziario; art. 111 CCNL credito.

[234] V., ad es., art. 158, CCNL terziario; art. 3, titolo VI, sez. IV, CCNL metalmeccanici industria; art. 57 CCNL credito.

[235] Art. 1, comma 36, l. n. 76 del 2016. Ai fini dell'accertamento della stabile convivenza, la medesima legge (art. 1, comma 37) prescrive che si debba far riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4, D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223: occorre, pertanto, che vi sia una coabitazione risultante da un certificato di stato di famiglia. Dubbi sono espressi in dottrina sul carattere costitutivo o meramente ricognitivo della suddetta registrazione. In questo secondo caso la convivenza di fatto potrebbe essere provata *aliunde*, cfr. P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni*, cit., 847, dove il riferimento, per tale seconda lettura, a Trib. Milano, ord. 31 maggio 2016, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 1473.

[236] Cfr. L. BALESTRA, *Unioni civili*, cit., 1173.

[237] Cfr. G. OBERTO, *La convivenza di fatto*, cit., 943.

[238] Art. 230-bis, primo comma, c.c.

[239] Art. 230-bis, terzo comma, c.c.

[240] Art. 1, comma 13, l. n. 76 del 2016, che nell'ultimo periodo dispone che "*Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile*". L'art. 230-*bis* è collocato, infatti, nella sezione VI del suddetto capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile.

civile, tanto che può farsi rinvio alle acquisite ricostruzioni sull'istituto[241], concentrando l'analisi in questa sede alle peculiarità derivanti dalla posizione di convivente di fatto.

Invero, rispetto alla posizione, nell'impresa familiare, del convivente *more uxorio*, si sono potute registrare sinora in dottrina e in giurisprudenza opinioni difformi. Alla lettura ancorata al dato formale, per cui non è possibile alcuna equiparazione con la posizione del coniuge[242], hanno fatto riscontro aperture nella direzione di una tendenziale equiparazione alla posizione riconosciuta al coniuge dall'art. 230-*bis* c.c., da applicare in via analogica[243].

Ora, in favore del convivente di fatto viene introdotto nel codice civile un nuovo art. 230-*ter* (Diritti del convivente)[244] per cui "*Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato*».

L'effetto dell'intervento del legislatore risulta dirimente. Come si può notare immediatamente, invero, non viene accolto nessuno dei due polarizzati indirizzi richiamati, giacché, appunto, vi è un solo parziale riconoscimento in favore del convivente di fatto dei diritti già garantiti al coniuge, mentre l'indirizzo "estensivo" produceva in via interpretativa una piena assimilazione delle due posizioni, ora non più possibile in base alla lettera della legge.

6.1. Il confronto tra l'art. 230-*bis* e il nuovo art. 230-*ter* c.c.: i diversi presupposti.

Poste le due norme a confronto, risalta innanzitutto la diversità dei presupposti per la loro applicazione.

Invero, mentre ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c., la tutela si attiva "*Salvo che sia configurabile un diverso rapporto*", ai sensi dell'art. 230-*ter* c.c. "*Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato*". Questi limiti valgono a rimarcare il carattere residuale dell'istituto dell'impresa familiare, sul quale dottrina e giurisprudenza

---

[241] Sull'art. 230-*bis* c.c., cfr., da ultimi, F. COLLETTI, *Impresa familiare*, in *Famiglia e patrimonio*, a cura di G. Oberto, Padova, 2014, 597 ss.; V.M. MARINELLI, *Art. 230-bis*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro,* vol. IV*, Artt. 2188-2246 e Art. 230-*bis*,* a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, Torino, 2014, 1030 ss.; L. MENGHINI, *Il lavoro familiare nella giurisprudenza: questioni chiuse ed ancora aperte*, in *Lav. giur*., 2015, 3, 221 ss.; G. QUADRI, *Impresa familiare e prestazioni di lavoro*, Napoli, 2012 e ivi ulteriori riferimenti.

[242] Cfr., *ex plurimis*, G. OPPO, *Impresa familiare*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, III, Padova, 1992, 467; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio*, Padova, 1992, 65 ss.; V. COLUSSI, *Impresa familiare*, in *Disc. priv., sez. comm*., VII, Torino, 1992, 178; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, II, Milano, 2002, 219 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, 1995, 363 s. In giurisprudenza cfr. Cass. 29 novembre 2004, n. 22405; Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, in *Foro it*., 1995, I, 1935; Trib. Padova, Sez. I, 4 aprile 2003, M. L. c. B. G.; Trib. Milano, 5 ottobre 1988, in *Lav. 80*, 1989, 206; Trib. Firenze, 18 giugno 1986, in *Tosc. lav. giur*., 1987, 228.

[243] Cfr., *ex plurimis*, C.M. BIANCA, *La famiglia*, in *Diritto civile*, vol. 2, Milano, 2005, 501; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2009, 214 ss.; C.A. GRAZIANI, *L'impresa familiare*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 3, II, II ed., Torino, 1996, 675; L. MENGHINI, *Il lavoro familiare*, cit., 224; G. PALMERI, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 2004, 72; F. PROSPERI, *Impresa familiare*, in *Il Codice Civile. Commentario*, cit., 167. In giurisprudenza cfr. Cass. 15 marzo 2006, n. 5632, in *Giust. civ*., 2007, 1728; Cass. 19 dicembre 1994, n. 10927, in *Inf. prev*., 1994, 1502; Trib. Torino, 24 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 574; Trib. Ivrea 30 settembre 1981, in *Riv. dir. agr*., 1983, II, 464.

[244] Art. 1, comma 46, l. n. 76 del 2016.

concordano[245].

Si può allora ritenere che attraverso la formula dettata dal nuovo art. 230-*ter* c.c. si sia voluto evitare che la sola formalizzazione di un contratto di lavoro non subordinato, anche eventualmente di lavoro accessorio, impedisca l'accesso al diritto alla partecipazione agli utili e agli incrementi dell'azienda, ritenuto non necessario soltanto in presenza di un rapporto di lavoro subordinato oppure di un rapporto di società. Il richiamo al "rapporto" invece che al contratto, vale evidentemente a far riferimento alla situazione determinatasi non solo sul piano del diritto, ma anche su quello del fatto, affinché anche la presenza di rapporti diversamente formalizzati o non formalizzati affatto, ma comunque riconducibili (tramite accertamento in via giudiziaria) a una fattispecie di lavoro subordinato o di società, conduca all'esclusione dell'operatività dell'art. 230-*ter* c.c.

Ulteriori differenze attengono all'ambito di applicazione delle tutele.

Invero, mentre ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c., la tutela si attiva in favore del "*familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare*", ai sensi dell'art. 230-*ter* c.c. la tutela viene riconosciuta "*Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente*". Ci troviamo di fronte a condizioni maggiormente restrittive di accesso alle tutele per il convivente di fatto. Solo nel primo caso, invero, acquista rilievo anche l'attività svolta dal familiare "*nella famiglia*", mentre nel secondo questa deve svolgersi necessariamente "*all'interno dell'impresa*".

Ricordiamo che, per quanto attiene ai familiari, la prevista rilevanza dello svolgimento di attività lavorativa anche nell'ambito della famiglia ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c. consente di superare la nota presunzione (giurisprudenziale) di gratuità della prestazione resa nell'ambito della comunità familiare[246], sempreché, secondo l'impostazione prevalente – alla quale ci sentiamo di aderire – si tratti comunque di attività casalinga qualificata, tale cioè da assumere "rilievo nella gestione dell'impresa, in quanto funzionale ed essenziale nell'attuazione dei fini propri di produzione e di scambio di beni o di servizi"[247].

La questione si mostra maggiormente articolata in relazione alle convivenze, anche se si può giungere alle medesime conclusioni in relazione alle convivenze "qualificate" ai sensi della legge Cirinnà.

Non si può, invero, non considerare che il convivente di fatto non assurge allo *status* formale di familiare, tanto da non risultare pacifico che per questi operi la medesima presunzione di gratuità

---

[245] Cfr., in riferimento all'art. 230-*bis* c.c., Cass. 6 agosto 2003, n. 11881; Cass. 19 ottobre 2000, n. 13861; Cass. 24 marzo 2000, n. 3520; Cass. 9 agosto 1997, n. 7438; Cass. 19 luglio 1996, n. 6505; Cass. 29 novembre 1993, n. 11786, in *Giur. it*., 1994, I, 1978.

[246] L'attività lavorativa svolta dal familiare entro la comunità familiare è, come noto, per presunzione giurisprudenziale, ritenuta un'ipotesi di lavoro gratuito, svolto *affectionis vel benevolentiae causa*, cfr. Cass. 20 aprile 2011, n. 9043, in *Lav. giur*., 2011, 625; Cass. 19 gennaio 2006, n. 959; Cass. 19 maggio 2003, n. 7845; Cass. 20 marzo 2001, n. 3975; Cass. 17 agosto 2000, n. 10923; Cass. 19 giugno 2000, n. 8330.

[247] Così Cass. Sez. Un. 4 gennaio 1995, n. 89, in *Dir. lav*., 1995, II, 262; conformi Cass. 11 giugno 1999, n. 5781; Cass. 19 febbraio 1997, n. 1525; Cass. 21 aprile 1993, n. 4706; Cass. 22 agosto 1991, n. 9025; in dottrina cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro familiare*, cit., 222 ss. *Contra*, per la rilevanza anche di mansioni prettamente domestiche e casalinghe cfr. Cass. 28 agosto 1993, n. 9159; Cass. 22 maggio 1991, n. 5741; in dottrina cfr. G. OPPO, *Impresa familiare*, cit., 474; C.A. GRAZIANI, *L'impresa familiare*, in *Tratt. Rescigno*, 3, Torino, 1982, 672.

della prestazione lavorativa svolto nell'ambito della famiglia.

Di fronte a un indirizzo teso a equiparare, comunque, su tale profilo questa posizione a quella del coniuge[248], trova spazio, di recente, una lettura, a ben vedere non opposta, ma solo più attenta, per cui, emergerebbe, invece, in questi casi, la consueta generale presunzione di onerosità della prestazione lavorativa. Questa, a sua volta, risulterebbe superabile, a favore di un rapporto diverso, a titolo gratuito, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, di fronte a una convivenza non effimera, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa, per una comunanza di vita e di interessi tra i conviventi che non si esaurisca in un rapporto meramente affettivo o sessuale, ma dia luogo anche alla partecipazione effettiva ed equa del convivente alla vita ed alle risorse della famiglia di fatto[249]. Si tratta di una forma di convivenza che riteniamo ben possa rientrare nel modello prefigurato ora dalla l. n. 76 del 2016, che, lo si ricorda, la individua in "*due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale*"[250].

Pertanto, per il convivente di fatto - "qualificato" ai sensi della presente legge - che presti la sua attività lavorativa non nell'impresa, ma nel contesto familiare-domestico dell'altro convivente, la situazione appare polarizzata: o tale attività è da considerare svolta a titolo gratuito, oppure grava sullo stesso l'onere di superare tale presunzione e di provare la tipologia di rapporto di lavoro a titolo oneroso svolto, solitamente nella forma di un rapporto di lavoro subordinato, foriero di maggiori tutele. Non potrà, invece, in questo caso, avvalersi della tutela residuale offerta dall'istituto dell'impresa familiare, giacché, in base al nuovo art. 230-*ter* c.c., questa è riservata al convivente che abbia svolto attività lavorativa necessariamente all'interno dell'impresa dell'altro convivente.

Osserviamo, inoltre, che la condizione necessaria dello svolgimento dell'attività lavorativa all'interno dell'impresa dell'altro convivente, in una norma redatta nel 2016, desta non poche perplessità, se intesa in senso letterale come riferibile ai confini "fisici" entro i quali deve svolgersi l'attività imprenditoriale, oggi spesso impalpabili, tanto da rappresentare un discrimine poco giustificabile. Si tratta, peraltro, di un requisito che in relazione all'art. 230-*bis* c.c., si è ritenuto non necessario[251]. Si potrebbe, dunque, ritenere che il riferimento non sia da leggere in senso letterale, tanto da intendere il riferimento all'attività svolta "all'interno" dell'impresa solo volto a indicarne il suo svolgimento nell'impresa, dove il presente riferimento apparentemente logistico vale, in realtà, a rimarcare la differenza con quanto disposto dal precedente art. 230-*bis* c.c., che, invece, come già notato, attribuisce rilevanza anche al lavoro prestato oltre che "*nell'impresa*" anche "*nella famiglia*".

Infine, se per i coniugi (nonché, ora, per le parti dell'unione civile) è sufficiente prestare un'attività

---

[248] Cfr., ad es., Cass. 14 giugno 1990, n. 5803; Cass. 29 maggio 1991, n. 6083; Cass. 29 gennaio 1993, n. 1097; Cass. 4 gennaio 1995, n. 70; Cass. 15 marzo 2006, n. 5632.

[249] Così, da ultimo, Cass. 29 settembre 2015, n. 19304, in *Fam. dir.*, 2016, 2, 129; in precedenza in direzione analoga Cass. 22 novembre 2010, n. 23624; cfr., in dottrina, G. QUADRI, *Impresa familiare*, cit., 79 ss.

[250] Art. 1, comma 36, l. n. 76 del 2016.

[251] Cass. 23 settembre 2002, n. 13849, per cui "La continuità dell'apporto richiesto dall'art. 230 bis c.c. per la configurabilità della partecipazione all'impresa familiare non esige la continuità della presenza in azienda, richiedendo invece soltanto la continuità dell'apporto".

di lavoro in modo continuativo[252], per il convivente di fatto tale attività deve avere il carattere della stabilità, che potrebbe ritenersi maggiormente incisivo rispetto a quello della continuità, anche se pare al contempo possibile leggerli come sostanziali sinonimi, tesi entrambi a escludere prestazioni di lavoro svolte in maniera solo occasionale.

6.2. (Segue). I più limitati diritti riconosciuti al convivente di fatto.

Oltre ai presupposti, più limitati risultano i diritti riconosciuti al convivente di fatto rispetto al coniuge, nonché, ora, alla parte dell'unione civile. Si tratta, invero, soltanto del riconoscimento della partecipazione agli utili e agli incrementi dell'azienda. Manca il diritto al mantenimento, il diritto di partecipare alle decisioni inerenti l'impresa familiare, nonché il diritto di prelazione sull'azienda familiare in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda.

La partecipazione agli utili, va calcolata ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c. "*in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato*" e, ora, ai sensi dell'art. 230-*ter* c.c., con previsione che pare sostanzialmente di analoga portata, per il convivente di fatto va "*commisurata al lavoro prestato*", Anzi, la formula utilizzata nell'art. 230-*ter* c.c., nella sua apparente maggiore genericità, sembra più congrua, giacché si sgancia dalla matrice prettamente lavoristica, in particolare attagliata al tipo lavoro subordinato, derivata dal dettato dell'art. 36 Cost., sulla proporzionalità in relazione alla quantità e qualità del lavoro prestato, forse in questo contesto non del tutto propria.

In ogni caso, si tratta di una prestazione solo eventuale, o quantomeno non necessariamente attuale, giacché gli utili potrebbero non prodursi, o anche essere accantonati o reinvestiti dall'imprenditore, come normalmente accade, in assenza di un patto di distribuzione periodica[253], con conseguente differimento della loro attribuzione al convivente di fatto partecipante all'impresa familiare al momento dello scioglimento del rapporto, per cessazione dell'impresa familiare o dell'apporto dello stesso convivente, come espressamente prevede, in riferimento ai familiari, l'art. 230-*bis*, quarto comma, c.c.[254], qui da ritenere implicitamente richiamato per analogia.

Inoltre, sotto il profilo soggettivo, i parenti del convivente, non potendo assurgere allo *status* di affini dell'altro convivente imprenditore, non possono rientrare nel raggio di copertura dell'istituto.

La soluzione adottata dal legislatore di predisporre attraverso il nuovo art. 230-*ter* c.c. una tutela differenziata è stata criticata, in quanto ritenuta discriminatoria in sfavore del convivente di fatto, il quale avrebbe potuto ottenere uguali diritti rispetto al coniuge e, ora, alla parte dell'unione civile, semplicemente attraverso il suo inserimento nella platea dei beneficiari delineata dall'art. 230-*bis* c.c.[255], profilandosi per questo anche dubbi di legittimità costituzionale della suddetta normativa[256].

---

[252] Il requisito della continuatività viene letto nel senso di implicare regolarità e costanza della prestazione lavorativa, senza che debba necessariamente ricorrere un impegno a tempo pieno, cfr. Cass. Sez. Un., 4 gennaio 1995, n. 89, cit.; Cass. 18 aprile 2002, n. 5603, in *Fam. dir.*, 2002, 409.

[253] Cfr. Cass. 2 dicembre 2015, n. 24560; Cass. 8 marzo 2011, n. 5448.

[254] Cfr. Cass. 22 ottobre 1999, n. 11921 in *Fam. dir.*, 2000, 123.

[255] Cfr. T. AULETTA, *Disciplina delle unioni*, cit., 381; L. BALESTRA, *Unioni civili*, cit., 1173.

[256] Cfr. R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, cit., 207.

A noi sembra, invece, che la scelta del legislatore - di certo meno lineare rispetto a quella fondata sull'ampliamento *tout court* della platea dei destinatari della disposizione codicistica già esistente – trovi una sua giustificazione e plausibilità, giacché si tratta di attribuire rilievo, sussistente, ma al contempo minore, alla situazione "di fatto" della convivenza rispetto alla situazione "di diritto" del matrimonio, nonché, ora, dell'unione civile. La minore "stabilità" della convivenza giustifica la minore tutela apprestata, come già osservato in passato anche in giurisprudenza[257].

6.3. La accresciuta residualità della tutela garantita dall'art. 230-*ter* c.c.

Chiarita la portata del nuovo art. 230-*ter* c.c., la sua formulazione offre lo spunto anche per ulteriori considerazioni intorno al già ricordato carattere residuale dell'istituto dell'impresa familiare, qui declinato anche in favore del convivente di fatto. L'evoluzione recente del sistema pare, invero, accrescere in sostanza tale residualità, in particolare in relazione al nuovo art. 230-*ter* c.c.

Invero, in caso di controversia, la domanda in via principale del ricorrente convivente di fatto e partecipante all'impresa familiare sarà normalmente tesa, sulla base della prova della presenza dei noti indici, al riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato intercorso tra le parti, da cui trarre le maggiori tutele[258]. In mancanza di una tale prova potrà farsi ricorso all'art. 230-*ter* c.c., in presenza dei requisititi ivi richiesti.

Ora, però, - e questo è l'elemento di novità – in base a quanto disposto dall'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015 in tema di collaborazioni organizzate dal committente, si può giungere alla subordinazione, *rectius*, all'applicazione della relativa disciplina, anche soltanto attraverso la prova della organizzazione da parte del committente delle modalità di esecuzione del lavoro del collaboratore "*anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*"[259].

---

[257] Cfr. Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, cit., che, considerato insuscettibile di interpretazione analogica l'art. 230-*bis* c.c., quale norma eccezionale, ha ritenuto, di conseguenza, "manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 230 bis nella parte in cui esclude dall'ambito dei soggetti tutelati il convivente more uxorio, posto che (…) un'equiparazione fra coniuge e convivente si pone in contrasto con la circostanza che il matrimonio determina a carico dei coniugi conseguenze perenni ed ineludibili (quale il dovere di mantenimento o di alimenti al coniuge, che persiste anche dopo il divorzio), mentre la convivenza è una situazione di fatto caratterizzata dalla precarietà e dalla revocabilità unilaterale ad nutum".

[258] Occorre, infatti, come già notato in precedenza, considerare che anche di fronte alla produzione e alla disponibilità di utili da parte dell'impresa familiare, questi vanno riconosciuti al partecipante convivente di fatto sempre in misura "commisurata al lavoro prestato", sicché non si potrebbe mai superare la soglia di quanto eventualmente riconoscibile per la stessa attività prestata a titolo di lavoro subordinato. Inoltre, al convivente di fatto in base all'art. 230-*ter* c.c. non viene comunque riconosciuto il diritto di partecipare alle decisioni inerenti la gestione dell'impresa, come invece avviene in favore dei familiari ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c.

[259] Art. 2, primo comma, d.lgs. n. 81 del 2015. L'economia del presente contributo non consente di affrontare le delicate questioni implicate dal nuovo istituto, sulle quali il dibattito è molto accesso. Ci limitiamo in questa sede, senza pretese di completezza, a far rinvio ai seguenti contributi e alla ulteriore bibliografia ivi citata: S. CIUCCIOVINO, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, I, 321 ss.; G. FERRARO, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 53 ss.; V. FILÍ, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.Lgs. n. 81/2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 1091 ss.; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 294/2016; M. MARAZZA, *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate,* in *Giust. civ*., 2016, 215 ss.; O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2016, n. 1-2, 7 ss.; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 267/2015; A. OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *Var. temi dir. lav*., 2016, 203 ss.; M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. giur. lav.,* 2016, I, 65 ss.; M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. dir., lav*., 2015, 1257 ss.; ID., *Ancora note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. dir., lav*., 2016, 313 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE n. 272/2015; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 282/2015; G. SANTORO-PASSARELLI,

E allora, gli attributi del necessario svolgimento dell'attività di lavoro in modo stabile e "all'interno dell'impresa" (se, come pare pur possibile, si dia valenza logistica al requisito), imposti dall'art. 230-*ter* c.c., paiono molto vicini di fatto a quelli previsti dal citato art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015. Invero, è presumibile che l'imprenditore organizzi il lavoro del proprio convivente di fatto, con conseguente integrazione dei due requisiti, quanto al "luogo", appunto perché il lavoro del convivente è svolto "all'interno dell'impresa" e quanto ai "tempi", in maniera meno univoca, ma probabile, desumendolo dal carattere "stabile" della prestazione dell'opera lavorativa.

Si vuol dire che oggi, attraverso il sistema delineato dall'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, il confine tra il riconoscimento dei diritti derivanti del lavoro subordinato e l'attivazione delle tutele residuali predisposte ora, dall'art. 230-*ter* c.c., risulta davvero sottile, per non dire trasparente.

Ne deriva, quindi, a ben vedere, che la richiesta principale del ricorrente si indirizzerà normalmente non solo verso il riconoscimento diretto (attraverso la prova dei noti indici) della subordinazione, ma anche, diremmo, "indiretto", attraverso la prova della presenza degli elementi di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che, come notato, sono molto vicini a quelli richiesti dall'art. 230-*ter* c.c., con la conseguenza di relegare l'istituto a una ancor più profonda residualità.

6.4. L'individuazione del rito applicabile.

Un tema già vagliato in relazione all'art. 230-*bis* c.c., che merita di essere ripreso in questa sede, è quello relativo all'individuazione del rito applicabile, in caso di controversie aventi ad oggetto i diritti riconosciuti ora dagli artt. 230-*bis* e 230-*ter* c.c.

A nostro avviso, invero, la giurisprudenza, con orientamento ormai tralatizio, ha sancito la "competenza" del giudice del lavoro ex art. 409, n. 3, c.p.c.[260], *rectius* l'applicazione del rito del lavoro, sulla base di argomentazioni non pienamente convincenti, che in questa sede vogliamo sottoporre a nuova analisi.

Infatti, una tale soluzione è stata laconicamente affermata sul presupposto che l'attività lavorativa resa dai soggetti indicati nell'ambito dell'impresa familiare si concreti in un rapporto di collaborazione personale, continuativa e coordinata tra i diversi componenti della famiglia, come tale riconducibile nella previsione dell'art. 409, n. 3 c.p.c.[261], accogliendo sollecitazioni prevalenti sul

---

Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex *art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *Riv. giur. lav.,* 2016, I, 91 ss.; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente*?, in *Arg. dir. lav*., 2015, 1117 ss.; T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind*., 2015, 155 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *Arg. dir. lav*., 2016, 756 ss.; A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *Dir. lav. merc*., 2016, 33 ss.

[260] La suddetta disposizione, come noto, attrae nel rito del lavoro anche le controversie avente ad oggetto "(…) *altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato*".

[261] Si tratta di un orientamento che può definirsi univoco e che parte, a quanto consta, da Cass. 8 aprile 1981, n. 2012, in *Foro it*., 1981, I, 2209; cfr. inoltre, *ex plurimis*, Cass. 16 luglio 1981, n. 4651, in *Foro it*., 1981, 2123; Cass. 16 dicembre 1982, n. 6969; Cass. 9 aprile 1983 n. 2537; Cass. 16 aprile 1983 n. 2640; Cass. 9 giugno 1983, n. 3948; Cass. 23 novembre 1984 n. 6069; Cass. 12 dicembre 1986, n. 7460; Cass. 4 marzo 1987, n. 2295; Cass. 10 maggio 1988 n. 3411; Cass. 15 giugno 1989, n. 2880; Cass. 16 febbraio 1990, n. 158; Cass. 25 maggio 1991, n. 5973; Cass. 22 ottobre 1994, n. 8685; Cass. 23 febbraio 1995, n. 2060; Cass. 2 novembre 1995, n. 11374; Cass. 17 giugno 1996, n. 5531, in *Riv. giur. lav*., 1997, II, 21; Cass. 3 luglio 1996, n. 6060; Cass. 1 luglio 1997, n. 5875; Cass. 26 agosto 1997, n. 8033; Cass. 13 maggio 1998, n. 4816; Cass. 8 aprile 2015, n. 7007, in *Fam. dir*., 2015, 596. Tra le sentenze edite, ha riconosciuto, invece, l'applicazione del rito civile ordinario Trib. Roma, 1 febbraio 1994, in *Foro it*., 1994, I, 3559, ma in relazione a una

punto della dottrina del tempo[262].

Ora, come giuslavoristi siamo di certo, e non da ora, "affezionati" al rito speciale e alla sua *vis* espansiva, tanto che una valutazione di opportunità può di certo condurre a preferire il rito del lavoro anche per dirimere controversie che abbiano comunque ad oggetto diritti della persona che lavora, ma, nondimeno, il dettato della legge appare meno omnicomprensivo.

Invero, è opportuno ricordare che non tutte le prestazioni di lavoro ricadono sotto l'egida dell'art. 409 c.p.c. e, quindi, sotto il rito del lavoro. Risultano escluse, come noto, tanto da restare assoggettate al rito ordinario civile, quelle derivante da lavoro autonomo non coordinato, non compreso nelle ipotesi indicate dalla citata disposizione, nonché quelle implicate nella prestazione del socio lavoratore di cooperativa, per espressa volontà del legislatore, in relazione al momento dell'estinzione del rapporto[263].

In una tale prospettiva, quindi, la qualificazione dell'attività lavorativa resa in favore dell'impresa familiare come collaborazione coordinata e continuativa, non convince anche per ulteriori ragioni.

Non sembra basti asserire, come ritiene la giurisprudenza, che ci si trovi di fronte a una collaborazione personale, continuativa e coordinata. Invero, il coordinamento è presupposto, ma non ve ne è traccia nell'art. 230-*bis* c.c., né, ora, nell'art. 230-*ter* c.c. Mentre, per il rapporto "continuativo" si tratta di una assonanza solo linguistica rispetto al termine contenuto nell'art. 230-*bis* c.c.: invero il suddetto carattere, da solo, non rappresenta un indice dirimente in ordine alla tipologia del lavoro prestato, giacché lo ritroviamo nel lavoro subordinato e possiamo ritrovarlo anche in quello autonomo non coordinato ex art. 2222 c.c.

Peraltro, l'assonanza linguistica, basata sul carattere appunto "continuativo" dell'apporto lavorativo previsto dall'art. 230-*bis* c.c. è destinata a perdersi in relazione alla dizione dell'art. 230-*ter* c.c., che, invece, parla di opera prestata "*stabilmente*".

Insomma, nel nostro caso ci si trova del tutto al di fuori dal quadro delineato dall'art. 409, n. 3 c.p.c., in quanto l'istituto dell'impresa familiare delinea una fattispecie tipica in sé, non assimilabile agli schemi, anch'essi tipici, del lavoro autonomo (anche nella versione coordinata) o subordinato[264].

Queste considerazioni divengono oggi, a nostro avviso, ancora più pregnanti in relazione all'annunciata modifica del suddetto art. 409, n. 3 c.p.c. che, nel quadro del disegno di legge in tema di "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato", si arricchisce di una parte

---

controversia avente ad oggetto soltanto il diritto di prelazione riconosciuto ex art. 230-*bis*, quinto comma, c.c.; peraltro, in una fattispecie analoga, cfr., *contra*, Trib. Bologna, 16 aprile 1997, in *Foro it*., 1997, I, 2676, per l'applicazione del rito del lavoro.

[262] Cfr. G. GHEZZI, *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. lav*., 1976, 1358 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro "parasubordinato"*, Milano, 1978, 161; M. BIAGI, *Impresa familiare e rito del lavoro*, in *Giur. comm*., 1981, II, 80 ss.; G. COTTRAU, *Il lavoro familiare*, Milano, 1984, 106 ss.

[263] Art. 5, secondo comma, l. n. 142 del 2001.

[264] Cfr. Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, cit., volta a ribadire che "L'art. 230 bis c.c., che disciplina l'impresa familiare, costituisce norma eccezionale, in quanto si pone come eccezione rispetto alle norme generali in tema di prestazioni lavorative".

nuova, tesa a precisare i contenuti necessari del rapporto di collaborazione, la quale "*si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa*"[265].

Ciò vuol dire che in mancanza di un tale necessario requisito, la collaborazione non può essere considerata coordinata e, dunque, – a prescindere dal valore sostanziale della norma - non ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 409, n. 3 c.p.c., che conduce alla necessaria applicazione del rito del lavoro.

A quel punto paiono profilarsi due strade: a) si potrebbe ritenere che soltanto nel caso in cui l'attività svolta nell'impresa familiare sia connotata dal requisito dell'organizzazione autonoma da parte del familiare (o convivente di fatto) si possa applicare il rito del lavoro; tuttavia, una differenziazione del genere non è imposta dagli art. 230-*bis* e 230-*ter* c.c., che si disinteressano di tale aspetto, tanto che una scelta del genere finirebbe con l'introdurre illegittime disparità di trattamento *contra legem*.

Resta allora l'altra strada: b) ritenere cioè che la fattispecie dell'impresa familiare descritta dagli artt. 230-*bis* e 230-*ter* c.c. non sia *tout court* ascrivibile a una forma di lavoro coordinato, almeno così come delineato dall'art. 409, n. 3 c.p.c., con la necessaria conseguenza di condurre all'applicazione del rito civile ordinario per le relative controversie.

Tuttavia, occorre, comunque, considerare che il radicamento della controversia dinanzi al giudice del lavoro può determinarsi nei fatti, in base al probabile assetto del giudizio instaurato. Si vuol dire che proprio sul presupposto del richiamato carattere residuale della tutela apprestata prima dall'art. 230-*bis* c.c. e ora anche dall'art. 230-*ter* c.c., il ricorrente, come già notato, normalmente tenterà in via principale di dimostrare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti, mentre solo in via gradata chiederà l'applicazione delle tutele previste in tema di impresa familiare.

Per tali vie si determinata di nuovo la prevalenza del rito del lavoro, in virtù del principio stabilito dall'art. 40, terzo e quarto comma, c.p.c., che in caso di cumulo di domande prescrive la prevalenza del rito speciale del lavoro su quello ordinario[266]. In questa eventualità, quindi, normalmente frequente, la competenza resterà in ogni caso radicata dinanzi al giudice del lavoro in base alla domanda proposta in via principale.

7. Chiusure e aperture nella giurisprudenza recente: a) il diniego della pensione di reversibilità e b) la concessione dei permessi in favore del convivente con handicap grave.

La legge, come abbiamo notato, per quanto riguarda i profili lavoristici, si ferma al nuovo art. 230-*ter* c.c., senza riconoscere ulteriori diritti alle cd. coppie di fatto. Tuttavia, nella giurisprudenza più recente, successiva all'entrata in vigore della Cirinnà, si possono scorgere tentativi di allargare il raggio dei diritti loro riconosciuti, che hanno stimolato interessanti soluzioni delle Corti.

---

[265] Art. 14 Disegno di legge, Atto Senato n. 2233 e 229-A. Cfr. R. VOZA, *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 318/2017.

[266] Cfr., da ultimo, Cass. Ord. 9 novembre 2016, n. 22816; Cass. Ord. 29 luglio 2016, n. 15798; Cass. Ord. 6 ottobre 2015, n. 19975.

Così, i giudici di legittimità hanno escluso il riconoscimento in capo al convivente di fatto del diritto alla pensione di reversibilità, sul condivisibile presupposto che l'ordinamento non prevede un simile diritto, in coerenza con l'art. 29 della Cost., che impedisce un'assimilazione totale tra il convivente *more uxorio* e il coniuge[267].

La stessa pronuncia, peraltro, fa espresso riferimento alla legge Cirinnà, laddove ribadisce che questa non prevede la pensione di reversibilità in favore del convivente *more uxorio*, a differenza dell'ampia previsione dei trattamenti riconosciuti alla parte dell'unione civile, tanto da contribuire a rafforzare una tale impostazione[268].

Al contempo, occorre segnalare un quasi coevo intervento della Corte Costituzionale in tema di permessi in favore di persona con handicap grave[269].

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, terzo comma, l. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), come modificato dall'art. 24, primo comma, lett. a), l. 4 novembre 2010, n. 183, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado.

In estrema sintesi, la Corte ha motivato nel senso di ritenere irragionevole la limitazione disposta dalla legge, per cui nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito ivi disciplinato, non è incluso il convivente della persona con handicap in situazione di gravità, giacché si tratta di una normativa che tende a tutelare il diritto alla salute psicofisica del disabile, anche con riferimento ai parametri costituzionali degli artt. 2, 3 e 32 Cost. In questa prospettiva, la Corte ha ribadito che l'interesse primario ivi tutelato è quello di "*assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare*": ambito che, attraverso il riferimento esplicito all'art. 2 Cost., consente di attribuire rilievo anche alla condizione del convivente della persona con handicap in situazione di gravità.

Qualche considerazione ulteriore si può svolgere in relazione al concetto di convivenza adottato dalla Corte.

Sembra, cioè, che nella sentenza possa scorgersi un'apertura verso una nozione alquanto ampia di convivenza. Invero, nel dispositivo si fa espresso riferimento a una nozione di convivente "*nei sensi di cui in motivazione*". Lì, il passaggio chiave è quello in cui la Corte ritiene di estendere le tutele ivi vagliate «*in particolare – ma non solo – nei casi in cui la convivenza si fondi su una*

---

[267] Così Cass. 3 novembre 2016, n. 22318, in *Giur. it*., 2016, I, 2148. La medesima sentenza ha inoltre ritenuto che un diritto del genere non appare coperto dalla direttiva 2000/78/CE in tema di discriminazioni, né che la normativa interna italiana possa essere ritenuta incostituzionale, giacché "*la mancata inclusione del convivente 'more uxorio' tra i soggetti beneficiari dei trattamenti di reversibilità trova una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che il suddetto trattamento si collega geneticamente a un preesistente rapporto giuridico, che, nel caso considerato, manca. Ne consegue che la diversità delle situazioni poste a raffronto giustifica una differenziata disciplina delle stesse*". Cfr., già in questa linea Corte cost., 3 novembre 2000, n. 461, in *Giust. civ*., 2001, I, 295.

[268] Cfr., in questa linea, M. BELLETTI, *Matrimoni e unioni civili*, cit., 4; possibilista, invece, appare, P. CAPURSO, *La pensione ai superstiti*, cit., 617, volto a ritenere che la legge Cirinnà potrebbe produrre un nuovo impulso per il riconoscimento anche di questi diritti in favore del convivente.

[269] Corte Cost. 23 settembre 2016, n. 213, in *Lav. giur*., 2017, 27 ss., con nota di G. ZAMPINI, *Conviventi e diritto al permesso mensile retribuito*.

relazione affettiva, tipica del "rapporto familiare", nell'ambito della platea dei valori solidaristici postulati dalle "aggregazioni" cui fa riferimento l'art. 2 Cost.», laddove il "*non solo*" aprirebbe anche ad altre forme di convivenza, non strettamente coniugali[270].

A nostro avviso si tratta di un rilievo alquanto tenue, che difficilmente pare aprire a una nozione omnicomprensiva o, comunque, più ampia di convivenza, oltre quella *more uxorio*.

Occorre tener presente, peraltro, che il diritto qui riconosciuto in capo al convivente va esercitato nei confronti del datore di lavoro e dell'ente previdenziale (Inps)[271], cui, quindi, spetta l'accertamento del possesso dei requisiti richiesti dalla legge, nell'interpretazione di questa ora fornita dalla Corte. Ciò pare complicare la possibilità di giungere al riconoscimento del diritto in capo a un convivente *tout court*, privo cioè, di specifiche caratteristiche, in verità non individuate dalla Corte.

Tuttavia, oggi un riferimento normativo solido cui attenersi esiste, ed è proprio quello declinato dalla legge Cirinnà, che, lo si ricorda ancora, intende per conviventi di fatto "*due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile*"[272]. Questa appare, dunque, - pur nelle sue incertezze semantiche - la fattispecie da integrare anche al fine del riconoscimento del diritto ai permessi vagliato dalla Corte, pur restando possibili ulteriori aperture verso convivenze, che a questo punto definiremmo – pur se non tecnicamente – "atipiche", ma di certo con maggiori difficoltà.

In questa prospettiva, la medesima sentenza pare aprire o, meglio, ampliare la strada a successivi possibili interventi legislativi, tesi a estendere anche altri diritti in favore dei conviventi, come, ad es. in tema di congedo biennale retribuito per assistenza al disabile ovvero di permesso per partecipare al funerale in caso di morte del convivente[273].

8. Conclusioni.

Volendo tratteggiare un giudizio complessivo sulla nuova normativa dettata dal legislatore, con particolare riguardo agli effetti lavoristici, qui vagliati, resta apprezzabile la piena equiparazione dei diritti già riconosciuti in precedenza ai coniugi uniti in matrimonio alle parti dell'unione civile.

Come noto, non vi è stata, per precisa scelta del legislatore, una piena equiparazione del matrimonio all'unione civile, alle parti della quale è ancora preclusa la possibilità dell'adozione, anche del figlio dell'altra parte. Allo stesso modo, resta nel nostro ordinamento vietata la pratica del cd. utero in affitto, sicché anche i relativi diritti "lavoristici" derivati, come i congedi di maternità per

---

[270] Cfr. G. ZAMPINI, *Conviventi*, cit.

[271] Occorre precisare al riguardo che nel caso di un rapporto di impiego pubblico (come quello giunto al vaglio della Corte, riguardante un dipendente di una USL) l'obbligo di corresponsione dell'indennità di cui all'art. 33, terzo comma, l. n. 104 del 1992, ricade esclusivamente a carico dell'amministrazione pubblica di riferimento, mentre, in caso di rapporto di impiego privato, l'indennità è anticipata dal datore di lavoro e poi a quest'ultimo rimborsata dall'ente previdenziale attraverso il sistema del conguaglio con i contributi allo stesso dovuti ex art. 43, d.lgs. 151 del 2001.

[272] Art. 1, comma 36, l. n. 76 del 2016.

[273] Come suggerito da L. CALAFÀ, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2016, 963.

la madre "committente" non possono essere riconosciuti, come ribadito anche dalla giurisprudenza comunitaria[274].

Al contempo, anche il rilievo relativo attribuito alle convivenze di fatto, limitato al nuovo art. 230-*ter* c.c., può dirsi apprezzabile, giacché su questo versante l'esigenza di ampliamento delle tutele e dei diritti deve essere coniugata con il perdurante rispetto della volontà delle parti. Insomma in quest'area - posto che la moltiplicazione dei diritti non può essere considerato un valore in sé - ulteriori interventi del legislatore andrebbero attentamente calibrati, al fine di evitare di imporre alle parti oneri troppo gravosi sulla base di un rapporto, non va dimenticato, liberamente nato, per autonoma scelta dei conviventi, nella prospettiva di sottrarsi alle regole vincolanti tipiche del matrimonio, nonché, ora, in caso di coppie omosessuali, dell'unione civile.

Occorre, invero, considerare che le ritrosie espresse in passato rispetto alla prospettiva di giuridificazione delle convivenze di fatto[275] perdessero parte della loro plausibilità proprio in relazione alle coppie omosessuali, rispetto alle quali, a fronte dell'impedimento di formalizzazione dell'unione, si poteva fortemente dubitare dell'effettiva libera volontà delle parti di escludere tali (allora impossibili) vincoli giuridici.

Ora, invece, riconosciuta tale possibilità nelle vesti dell'unione civile, la libertà di scelta delle coppie, anche omosessuali, circa la formalizzazione del rapporto pare garantita.

Ciò non toglie che le parti anche collettive possano estendere alcuni benefici in favore dei conviventi di fatto, come, ad. es., già accaduto in tema di polizze sanitarie, o utilizzo promiscuo dell'autovettura aziendale. Interventi del genere non incontrano alcun ostacolo rispetto alla rimarcata libertà della scelta dei conviventi di non formalizzare l'unione e, dunque, di non sopportarne gli oneri, giacché, a fronte del beneficio riconosciuto al convivente, non corrispondono oneri sull'altro, restando questi in capo al datore di lavoro, parte terza rispetto ai conviventi.

Questo il quadro che emerge sotto i profili più prettamente lavoristici, in uno scenario connotato da un necessario e ineludibile processo di assestamento e di consolidamento, innanzitutto nel tessuto sociale-istituzionale e poi anche in quello amministrativo-giurisprudenziale.

---

[274] Corte giust., cause C-167/12 C.D. c. S.T. e C-363/12 Z. c. *A Government department and The Board of management of a community school*, entrambe dell'8 marzo 2014.

[275] Cfr., ad es., il noto saggio di A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia*?, in *Riv. dir. civ*., 1988, I, 19 ss.

Undocumented work (by foreigners) and sanctions. The situation in Italy*

Laura Calafà

1. Migration: models, policies and Mediterranean affinities. 93

2. From legal indifference to the law enforcement approach. 95

3. Undocumented work and the market of the invisible. 96

4. Original undocumented status and sanctions under Italian law. 98

5. Supervening undocumented status in two recent judgments. 100

6. Undocumented status and exploitation of labour. 102

7. The index of access to justice by foreign workers who are undocumented and/or suffering serious exploitation. 104

8. Conclusions. 106

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 321/2017

1. Migration: models, policies and Mediterranean affinities.

Whilst the growing scientific interest on national level focusing on the link between migration and labour law[276] has not yet fully matured, it provides a starting point for the discussion contained in this paper. This specialist scientific interest is consolidating, even in situations where flows of people searching for work started earlier as a result of the post-colonial development of the dynamics of flows of people looking for work.[277] Various research papers indicate that the models of migratory flows do not follow stable and predefined contours. This is due amongst other things to developments in forms of transportation, resulting in a mixing between migration out of a classic colonial background and economic migration towards selected and predefined destinations, as well as movements of refugees who – in the wake of the Syrian crisis – will have a profound influence on the future destiny of the European Union's Schengen Agreement (which will be heavily conditioned by the impending *Brexit* of the United Kingdom, the capital of which - London - has been branded as "*super-diverse*" precisely on account of the heterogeneous nature of its population).[278] This research also discusses issues common to countries from the Mediterranean area (including in particular Italy and Spain), which may be summarised in a few lines digesting the consolidated experience of emigration,[279] which has emerged during recent times and has involved the difficult management of significant immigration flows (emerging in Italy around the end of the 1970s and the start of the 1980s following the economic boom), with high levels of *undocumented immigrants*. This is a fact which confirms, for political scientists, at least an evident discrepancy between political projects (and rules) concerning access by non-EU citizens and the current needs of the societies under consideration.[280] Although the arrangements for regularisation may change (individual and collective for respectively Spain and Italy), the overall sense of the project remains, which is unequivocally recognised within the academic literature.[281] Regularisation offers tangible proof of policy failures.

There is a further structural element which needs to be considered in the introduction, namely that immigration policies take for granted (in the sense of being conditioned by) the more or less

---

[276] Out of the most recent monographs published, see W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, 2013, Turin, Giappichelli; A. MONTANARI, *Stranieri extracomunitari e lavoro,* 2010, Padua, Cedam. See L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri,* 2012, Bologna, Il Mulino.

[277] C. COSTELLO, M. FREEDLAND, *Migrants at Work and the Division of Labour Law,* in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (eds), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law,* 2014, Oxford, Oxford University Press, a volume which addresses – in a systematic manner – questions relating to the impact of immigration law on labour law, revealing the divisive nature of the former (in terms of both existing and new differences). The proposal – formulated within a multilevel logic of respecting the fundamental human rights of workers – of taking account of all forms of labour exploitation is of great interest.

[278] M. BORKERT, R. PENNINX, *Policymaking in the field of migration and integration in Europe: An introduction,* in G. Zincone, R. Pennix, M. Borkert, *Migration Policy Making in Europe. The Dynamics of Actors and Contexts in Past e Present*, 2011, Amsterdam, Amsterdam University Press, in particular from p. 8; see also, for flows into Eastern Europe, B. GLORIUS, I. GRABOWSKA-LUSINSKA, A. KUVIK, *Mobility in Transition Migration Patterns after EU Enlargement*, 2013 Amsterdam, Amsterdam University Press.

[279] Article 35 of the Italian Constitution protects work by Italians abroad.

[280] C. BOSWELL, *The Politics of Irregular Migration*, in L. Azoulai, K. de Vries (eds) *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales,* 2014, Oxford, Oxford University Press, p. 41.

[281] See more recently, M. BELL, *Irregular Migrants: Beyond the Limits of Solidarity?* in (eds) M. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL, *Promoting Solidarity in the European Union,* 2010, Oxford, Oxford University Press, p. 151; S. CARRERA, *Integration of Immigrants in EU Law and Policy: Challenges to Rule of Law, Exceptions to Inclusion,* L. AZOULAI, K. DE VRIES (eds) *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales,* 2014, Oxford, Oxford University Press, p. 149.

widespread presence of an informal economy, which is not always rooted in crime, but is certainly liable to impinge upon the proper functioning of fair competition between undertakings (both large and small, and whether in labour-intensive sectors or not), not to speak of between workers. Issues relating to competition between undertakings and between workers (both documented and undocumented) must be taken into account, at least implicitly, in this report. The proper functioning of competition is radically undermined in various European macro-areas because, where undertakings disregard the rules of reciprocal fairness, competition is structurally distorted. The results arrived at in the recent publication edited by Costello and Freedland, which directly compare the circumstances of local workers (including not only EU citizens but also non-EU citizens with a valid residence permit) with those of other people who are, for whatever reason, undocumented are undoubtedly interesting;[282] the position is however different when the undocumented work is not performed for an undertaking but for an individual or a family, such as by a carer. The segmentation of the labour market for foreign nationals (not limited to undocumented workers) points to the enduring significance of the work of carers, whether for children or the elderly. Within this context, the issue of proper competition must be considered from a different angle, having regard to the extent to which public services are satisfactory, from the national level (such as for example school hours) through to local communities (which are having to manage health services and primary schools with increasing difficulty).

An issue such as that considered in this study touches upon general questions (and general policies: access to borders) from the standpoint of a specialist discipline which deals with labour-related issues (labour markets, contracts and relations). However, it must also consider the inter-disciplinary dialogue that has emerged in relation to the same issue (i.e. migration), both with non-legal disciplines (with sociology in particular, although also economic studies concerning demographic growth rates)[283] and also with areas of the law other than labour law, including in particular criminal law.

This dialogue has proved to be necessary due to the need to engage in an objective manner with a fact that is now established: the essential relevance of policies of control[284] and the "choice made by states (including our own), both internationally and within national legal systems, to privilege a '*law enforcement approach*' rather than adopting a '*human rights perspective*', which has the inevitable consequence that '*less attention [is paid] to the range of factors that created*

---

[282] C. COSTELLO, M. FREEDLAND, *Migrants at Work and the Division of Labour Law,* op. cit. p. 24, who state that - as labour lawyers - it is almost inevitable to conclude that, on considering the divisive impact of immigration law (in general) on labour law (in particular), the preferred choice is under all circumstances to protect workers irrespective of their status as legal migrants. This choice of privileging the interests of labour over the general interests associated with immigration has repercussions on an ethical level (not to speak of the legal level). Workers are certainly protected. But which workers? Are local workers protected against unfair treatment, which may by contrast be imposed on undocumented workers, thereby conditioning the local market, or must migrant workers be protected from disloyal or unfair treatment? When framed in these terms, the question is rendered dependent upon a precondition which is not generally valid throughout all countries: namely the proper conduct of a business. A more reassuring answer may be provided with reference to the issues relating to supervening undocumented status, which will be considered below in section 4.

[283] See the recent study by H. BRÜCKER *The Labor Market Impact of Immigration and its Policy Consequences* MPC Analytical and Synthetic, Note 2012/04.

[284] J. DOOMERNIK, M. JANDL, *Modes of Migration Regulation and Control in Europe,* 2008, Amsterdam, Amsterdam University Press.

or exacerbated workers to the exploitation' and of downgrading the rights of the victim,[285] considering that the subject matter of today's session embraces both domestic and EU approaches to the issue of the mobility of people from a standpoint of so-called *politics of proximity*,[286] both of which must take account of the - undoubtedly neglected - regulatory dimension of the ILO, which will be considered in the concluding part.[287]

2. From legal indifference to the law enforcement approach.

A summary of the legal literature on the issue of undocumented foreign nationals reveals, at least until 1998, an overall stance of substantial indifference, if not even the complete lack of any interest; within social sciences – in particular sociology, which has historically paid greater attention to the issue – a variety of different views have been proposed, all of which reject the significance of any legal notion, thereby reflecting a broader political approach, according to which the borders lost through the globalisation of markets are replaced by issues relating to the legal status of migrants, as a symbol of lost sovereignty (also on EU level).[288]

It has already been noted elsewhere that Italy has a parallel labour market for foreign nationals in general, which has its own somewhat cumbersome rules (general and special systems of access, flows, residence contract for employment) and is inspired by its own values (such as the safety of the general public: see the report by Prof. Lunardon).[289]

Interest in this issue from the specifically labour law perspective was certainly late in developing, being related to the emergence of EU law in this area, and has been closely conditioned by the development of criminal law vis-à-vis undocumented work by foreign nationals and intersects with the phase of initial influence of EU law on national law, thanks to the consolidation of the common EU policy grounded in Title V TFEU dedicated to *Freedom, security and justice*. EU policies in this area may be classified as proximity policies in the sense that such policies, the level of implementation of which on national level is under scrutiny, result from a unanimous common

---

[285] N. BOSCHIERO, *Lo sfruttamento economico dei lavoratori migranti: vecchie o nuove forme di schiavitù nell'era della «private economy»,* in *Diritti umani e diritto internazionale* 2010, 4, p. 363. The author also adds in her lucid and rich study that destination states are keen to avoid administrative and financial responsibility which the protection for victims entails, "in spite of the growing dependence of their economies precisely on work performed by those segments of the population that prove to be the most vulnerable", as is demonstrated by the central role performed by the private economy "which strives to respond in the most profitable way possible to the needs of individuals and people who are increasingly reluctant to perform so-called '3D' jobs (*difficult, dirty and dangerous*)".

[286] L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri, op.* cit., p. 9.

[287] Reference is made in particular to the *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* adopted by the General Assembly by Resolution 45/158 of 18 December 1990, which has not been ratified by any EU Member State. As far as Italy is concerned, the various positions expressed by the National Council for the Economy and Labour, the national coordination body for policies for the social integration of foreign nationals in 2001 following the outcome to the Durban Conference (www.cnel.it) should be compared, with reference to the interpretations provided by independent associations, in particular F. VASSALLO PALEOLOGO, *Brevi note di sintesi sulla ratifica della Convenzione ONU del 1990 sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie,* in www.asgi.it.

[288] F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in *Storia d'Italia*, vol. 30, Turin, Einaudi, 1998, p. 1090; per una sintesi recente delle teorie sociologiche, M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile. Il lavoro di cura attraverso le frontiere,* 2013, Bologna, Il Mulino, from page 9.

[289] This paper takes as read the entire discussion regarding the lack of (structural) efficacy of immigration policies that are founded on the bureaucratisation of procedures governing entry and stay for the purposes of employment in Italy, which refer to an equally difficult disciplinary relationship, such as that with administrative law, considering the jurisdiction of the administrative courts over all matters relating to residence permits.

position adopted by the Member States within the Council (as is demonstrated by the rules incorporated into the Lisbon Treaty departing from the best intentions expressed only a few years before 11 September 2001 at the Tampere Council in October 1999).

One of the most tangible results has been the conversion to security issues during those years, which occurred without distinction on both EU and national level, resulting in the transformation of the process proposed by the important contribution to migration issues in 1998 (and which has been used as the title to this section), which was originally framed as *from legal indifference to minimum protection* under Italian Law no. 40 of 1998 (before the Bossi-Fini Law of 2002)[290] but subsequently became – after passing through a variety of legislative acts aimed at criminalising status as an undocumented foreign national – *from legal indifference to the law enforcement approach* in Directive 2009/52/EU.

This is not the appropriate forum in order to trace out the evolution of supranational policies on undocumented foreign nationals.[291] However, this paper will provide an introduction to the overall domestic policy insofar as strictly of interest to labour law. Indeed, the legal question of undocumented foreign nationals certainly did not emerge during the transposition phase for the 2012 directive. The transposition of the directive enables the various problems associated with the issue of undocumented labour to be crystallised with a certain degree of systematicity. The directive will be used within this paper as a framework for interpreting the phenomenon of undocumented labour with the aim of drawing up a complete list, insofar as this is possible, of the legal problems which labour law, as a sectoral discipline, should engage with in relation to the concept of the undocumented worker.

3. Undocumented work and the market of the invisible.

Also the *Fifth Annual Report on Migrants in the labour market in Italy* published in 2016 by the Italian Ministry for Employment confirms that the broad array of statistical observation covers only the segment of the foreign population that is properly registered with municipal authorities. In other words, the Ongoing Documentation of the Labour Force (Rilevazione Continua sulle Forze Lavoro, RCFL) of the Italian Statistics Institute (ISTAT) does not cover individuals who are present unlawfully or those who, whilst being lawfully present, are not resident in Italy. It is no longer possible to infer from that report how many people it was not possible to hire as a result of the provision for inadequate capacity under the migration flows decrees and/or other technical problems emerging in relation to the signature of a residence contract for employment. This means that it is not at present possible to repeat the attempt previously made elsewhere to measure the impact on the rate of undocumented work of the procedures applicable in Italy, namely the

---

[290] F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*,

[291] See again L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri,* op. cit., from page 11; see more recently S. CARRERA, L. DEN HERTOG, *Whose Mare? Rule of law challenges in the field of european border surveillance in the Mediterranean,* Ceps Paper in Liberty and Security, no. 79, Jan. 2015, in www. ceps.eu; R. CHOLEWINSKI, *Labour Migration, Temporariness and Rights*, in CARRERA S., GUILD E., EISELE K., *Rethinking the Attractiveness of Eu Labour Immigration Policies, Comparative Perspectives on the Eu, the US, Canada and Beyond*, Ceps, Brussels, 2014; M. KHANEC, *Labour Market Needs and Migration Policy Options: Towards More Dynamic labour Markets*, in CARRERA S., GUILD E., EISELE K., *Rethinking the Attractiveness of Eu Labour Immigration Policies, Comparative Perspectives on the Eu, the US, Canada and Beyond*, Ceps, Brussels, 2014.

hypothesis that there is a reciprocal influence between the level of undocumented foreign nationals (and workers) and the rules governing access procedures in Italy on the basis of the presumption (which has been maintained over time, even though it is clearly misguided) that non-EU nationals applying for hose employment are not – at the time the request is made – present in Italy.[292] It is obvious that they are, but that they pretend not to be. They will remain invisible until a new procedure for regularisation is approved.[293] As was noted in the 2013 statistical file dedicated to immigration, "the structural recourse to an exceptional instrument" is a "reflection of a migratory policy that is focused more on ex post regularisation than on a prudent management of migratory flows", even though the European Union's aversion to procedures for regularising undocumented foreign workers was acknowledged in the European Pact on Immigration and Asylum (approved by the Council of Europe on 16 October 2008) and has become an integral part of Directive no. 2009/52/EU, specifically in recital 15.

In addition to being non-quantifiable (despite the various efforts of the ISTAT),[294] undocumented foreign nationals are also not easy to qualify under law (including labour law).

Directive 2009/52 on sanctions against employers who employ undocumented workers does not define undocumented work, which it considers to be a matter for each individual Member State: it rather seeks to isolate, distinguishing from undocumented work as a general category, work that is performed by an undocumented foreign national, and to focus on the employer to be sanctioned. In this way it fails to pay any attention to undocumented work in general except where it is performed by an undocumented foreign national who – as an undocumented foreign national as such – need simply be expelled according to a clear procedure, which however disregards the full range of complexity of the phenomenon of migration.[295]

The relativity of the concept of undocumented immigrant is a given fact: it changes depending upon the reference legislative context, and in fact breaks down entirely when considered from a multi-level perspective with reference to different geographical areas.[296] It is important to

---

[292] There is a lack of migration flows decrees that are "open" to any non-EU national given that in the most recent years of the economic and financial crisis such decrees have been adopted in response to international agreements reached only with certain specific foreign states.

[293] Seven procedures have been approved since 1986 in Italy, or eight if the period under consideration is extended to 1982 (the year in which the circulars of the Ministry for Employment no. 14194/IR/A and no. 15106/IR/A were adopted, respectively on 2 March and 9 September), during which five thousand applications for the regularisation of employee workers have been accepted. The most recent regularisation dates back to 2012 and was approved within the context of the transposition of Directive 2009/52.

[294] ISTAT file on Foreign Nationals 2011, *Misurare l'immigrazione e la presenza straniera: una sfida continua per la statistica ufficiale,* in www.istat.it/it/files/2011/02/Dossier_Istat_stranieri.pdf.

[295] In general terms, it may be stated that this is a Directive that has the sole purpose of discouraging undocumented labour as a *pull factor* for migratory flows by imposing sanctions on employers (recitals 2 and 36) and not of discouraging undocumented labour in general. Its scope as defined in Article 1 includes the employment (prohibited) of illegally staying third-country nationals in order to fight illegal immigration, a measure which is only complementary to "measures to counter undeclared work and exploitation" (recital 33). Article 2(1)(c) clarifies in the *Definitions* that: "illegally staying third-country national means a third-country national present on the territory of a Member State, who does not fulfil, or no longer fulfils, the conditions for stay or residence in that Member State"; letter (d) adds that "illegal employment means the employment of an illegally staying third-country national".

[296] M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile,* op. cit.; E. DEWHURST, *The Right of Irregular Immigrants to Back Pay: The Spectrum of Protection in International, Regional and National Legal Systems,* in C. COSTELLO, M. FREEDLAND (eds), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law,* 2014, Oxford, Oxford University Press, p. 216.

reiterate a brief note of caution here, which has already been sounded elsewhere,[297] also in the context of the famous citation used at the start of the first Italian monograph in this area.[298] If "language is legislation", this paper has avoided the usage of the term illegal immigrant, even where this is imposed by the criminal law, rather choosing – on both national and EU level – to use the term foreign national as synonymous with a non-EU national: both terms are used indiscriminately, also because there should no longer be any "foreign nationals" within the European Union but only "European citizens" (in spite of the difficulties arising with the Schengen Agreement).

There is an even more complex relationship between undocumented non-EU nationals and undocumented employment, the confluence of which is a characteristic feature of the situation in Italy, which makes it even more complicated to justify the regulatory choice made within Directive 2009/52. Thanks to an evident process of avoiding the problem, the Directive does not at any point use the term "worker", almost as if EU lawmakers were attempting to impose the notion of a migrant who simply needs to be removed if he or she is undocumented, notwithstanding the regulatory context within which it operates (employment), sanctioning employers who hire undocumented foreign nationals. On national level it is thus necessary to draw a distinction between status (as a lawful or unlawful resident) and employment contract (which, at least for the first contract of employment, is still the residence contract for employment governed by the Consolidated Text of Legislation on Immigration, which has still not yet been repealed).

In order to promote understanding of the issue, it has been chosen in this paper to distinguish between original undocumented status and supervening undocumented status for non-EU nationals. With regard to the former, this paper will consider the issue of sanctions for the employment of non-EU nationals who do not hold a valid residence permit; with regard to the latter (namely persons who were lawfully resident at the time they were hired but subsequently lose that status), it will engage with the issues most closely related to the proper functioning of the principle of equal treatment, focusing on several recent interesting court rulings.

4. Original undocumented status and sanctions under Italian law.

With regard to the complex sanctions strategy under national law, at the time Directive 2009/52 was transposed in August 2012 criminal sanctions were already in place for employers and illegal entry and stay by a foreign national was already a criminal offence. The legislation was limited to reinforcing – by amending the individual provisions contained in the Consolidated Text of Legislation on Immigration – the criminal sanctions laid down by Article 22, the provisions of which were affected by most of the amendments adopted in August 2012.[299]

---

[297] L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri,* op. cit.

[298] A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato,* 1991, Napoli, Esi, p. 8 citing R. Barthes.

[299] The seriousness of the offence provided for under Article 22(12) has been increased yet further, having previously been enhanced by Decree-Law no. 92 of 23 May 2008, converted into Law no. 125 of 24 May 2008, with the result that, according to the more careful commentators, the changes appeared to be "irrational" and "disproportionate". The exacerbation of the criminal aspect ends up causing the national legislation to contrast with EU law, which reiterates in recital 13 that "to enforce the general prohibition and to deter infringements, Member States should provide for appropriate sanctions. These should include financial sanctions and contributions to the costs of returning illegally staying third-country nationals", who are already subject to the residence contract in Italy;

Whilst from a general point of view it cannot be denied that national regulatory techniques involving the wide-scale use, or perhaps abuse, of the threat of criminal sanctions appear to have contributed to the consolidation of an *ad hoc* branch of the criminal law, namely symbolic criminal law, from a strictly employment law viewpoint it is necessary to compare between disciplines that are methodologically correct in order to establish a systematic line of development peculiar to the law on immigration. Within this perspective, it must be admitted that strictly criminal law questions are only *indirectly* significant for the regulation of work performed by foreign nationals. Economic migration is a common focus of attention under the two disciplines, which operate without any overlap (at least ideally, although an exception will be discussed in the following section).

The recognition of the indirect significance for employment of this part of the criminal law does not preclude the emergence of a dual awareness with the support of the most recent case law. The first insight is that status as an undocumented foreign national has the effect of rendering the status of undocumented workers in Italy precarious in general, which has a knock-on effect also on the level of complaints made above all by the victims of serious labour exploitation: this level is obviously very low.[300] The second consideration concerns the implication which vulnerability in terms of status is liable to produce in relation to the protection of rights. Litigation in this area is in effect somewhat scant, and has also been effected by the subsequent establishment of the offence of illegal entry and stay by Article 10-bis of the Consolidated Text on Immigration from 2009.[301] Although it is indirectly relevant for labour from the methodological point of view, undocumented work by a foreign national gives rise to criminal responsibility for the employer.[302]

---

recital 18 goes on to add other types of sanction (exclusion from entitlement to benefits, subsidies, public aids, exclusion from public procurement procedures and EU funding), as is reiterated in Articles 5, 7, 9 and 10 dedicated to *Financial sanctions*, *Other measures* and clarifications relating to *Criminal offences* and *Criminal penalties*.

[300] See the examination under this item and section 5 below. With regard to Article 10-bis of the Consolidated Text of Legislation, it is recalled that the declaration of unconstitutionality of the aggravating circumstance contained in Constitutional Court judgment no. 249 of 8 July 2010 was followed by another ruling upholding the constitutionality of the offence introduced by the security package of 2009 in judgment no. 250 of 2010, which was issued on the same day; according to the literature, that second judgment also appears to be the result of a kind of institutional self-restraint associated with an awareness of the precedents in the area and the not insignificant fact that these were flagship rules of the then governing majority. It has been pointed out that, as impeccable as the ruling may be, as the offence is a minor misdemeanour punished solely by a fine, which may be replaced by expulsion, the Constitutional Court's reasoning in relation to Article 10-bis is excessively formalist: L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale,* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 3, 37 ss.; ID., *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, 1373 et seq; he states in particular that "the recourse to a consolidated framework for conceptualising misdemeanours as a violation of administrative legislation conceals the reality of a rule that punishes a foreign national because he is undocumented, thereby establishing the model of the criminal law of the perpetrator evoked by the lower court".

[301] Within a perspective of verifying the efficacy of the legislation, it must be noted that Legislative Decree no. 109 of 2012 is entirely silent regarding the mechanisms put in place by EU lawmakers in order to facilitate or at the very least not to prevent complaints by workers: the criminal significance associated with status as an undocumented foreign national suggested that greater attention should be dedicated to the efficacy of the rules; the system currently in force under which none of the parties involved receives any benefit but only negative consequences from any complaint can only undermine the central instrument for the efficacy of the directive (Article 13 and recital 26), a complaint which is, or rather should be, accompanied by inspections (Article 14), facilitated and guaranteed by various mechanisms, including its lodging by a third party.

[302] The sanctions for employers are mentioned in Article 22(5) of the Consolidated Text of Legislation on Immigration: any person employing workers without a residence permit or whose residence permit has expired "the renewal of which has not been applied for within the statutory time limits, or which has been revoked or cancelled, shall be punished to a term of imprisonment of between six months and three years and a fine of 5,000 euros for each worker employed".

The recent research cited in note 1 has considered three specific aspects, which deserve to be noted in this paper (in sections 5, 6 and 7).

5. Supervening undocumented status in two recent judgments.

The recent research has detected signals which are – first and foremost – at odds with the proper operation of the principle of indifference of the criminal law to labour law. These signals should be recalled in this paper as both of them concern processes of supervening undocumented status, and the resulting impact which the change in legal status has on the employment relationship.

To start with a premise: under the terms of the legislation in force in Italy, a foreign national who presents himself or herself at the national border is guaranteed "fundamental human rights", whilst a foreign national who is lawfully resident enjoys the same "civil rights as those of an Italian national". In fact, it is explicitly specified that foreign workers and their families are guaranteed equal treatment and full equality in terms of rights with Italian workers (Article 2 of the Consolidated Text of Legislation on Immigration).

Without giving further consideration to the theoretical dimension to the principle (regarding which reference is made to the report by Prof. Garilli) and acknowledging the technical differences between "documented" workers and "undocumented" workers,[303] the first reflection proposed is based on judgment no. 18627 of 5 August 2013 of the Labour Division of the Court of Cassation, in which the court upheld as lawful the dismissal of an employee who had lost the status of a lawfully resident non-EU national.[304]

Reference is also made to the ruling of the EU Court of Justice of 5 November 2014 in the *Tümer* case (C-311/13) in which the court was requested to consider the exclusion from the scope of the employer insolvency directive of a worker who no longer held a residence permit.[305] The Dutch Government in particular asserted that such a person could not be classified as a worker within the meaning of Directive 80/987 on employer insolvency for the purpose of the recognition of the relative insolvency benefits because that directive cannot have a broader scope than the legal foundation on which it is based, namely Article 137 of the EC Treaty, and thus does not apply to third-country nationals not legally resident in the Netherlands. Only long-term residents (pursuant to Directive 2003/109) and workers lawfully resident are treated equally in relation to social benefits. The Court took a different view, following the Advocate General. A third-country national who is not lawfully resident in the Member State concerned will not cease to be considered as an employee with entitlement to request an insolvency benefit in relation specifically to unpaid wages in the event of the employer's insolvency. The Court held that the "third-country national is recognised under the civil law of the Member State as having the status of an 'employee' with

---

[303] For the former, it must be asked whether the legislative framework of the European Union has been enhanced by the approval of Directive no. 2011/98/EU; the reference framework for undocumented workers is different, being centred predominantly on the protection of fundamental rights recognised to all persons. Reference is made with regard to all matters not expressly considered in greater detail in this paper to the entry by L. CALAFÀ FOR *Lavoro degli stranieri* [*Work by foreign nationals*] in Enciclopedia del diritto, Annali, 2015, vol. VIII.

[304] In *Riv. giur. lav*., 2014, II, 54, with a note by L. CALAFÀ, *Irregolarità sopravvenuta dello status di straniero e legittimità del licenziamento.*

[305] L. CALAFÀ, O. BONARDI, "*The Social Borders of the European Union's Immigration Policy",* paper presented at the international conference *Labour Law Research Network Conference*, University of Amsterdam, 25-27 June 2015.

an entitlement to pay which could be the subject of an action against his employer before the national courts".

These are thus two contrasting signals within the multi-level legal system considered overall which have a distinct position but which are functionally related to the application of the principle of equal treatment that associates – under both national and international law – the legal status of residence with status as a worker, a principle which has been respectively set aside and confirmed in the cases mentioned above. There is no doubt that both of these rulings will end up having a significant systematic impact on labour law, and the identification of the contradiction is symptomatic of an imbalanced settlement of the legal order in the face of immigration.

As regards the judgment by the Court of Cassation, it must be conceded that the result of the introduction of the criminal law sanction for employers has been to cast doubt on the continuing validity of the principle of indifference of a foreign national's status for his or her employment contract which has consolidated over time precisely within the case law applying the more general principle of equal treatment for workers who are EU nationals and workers who are (no longer) lawfully resident, a consequence to which particular attention should be dedicated within the literature and the case law on immigration.[306] Although until recently it had been a settled position that a contract could not lawfully be terminated due to the supervening unlawful status of the foreign national, drawing on the civil law doctrine of the impossibility of performance of the employment law obligation, the recent ruling of the Court of Cassation referred to above, which builds conceptually on the previous rulings, in actual fact departs from these in ultimately upholding the lawfulness of termination (or rather of withdrawal). The reasoning followed associates the criminal significance of the hiring of undocumented workers by an employer (Article 22(5)) with the treatment of the supervening undocumented status of the worker (which is closely conditioned by the rules governing the complex procedure applicable in Italy, as is apparent from the specific case, which involves a significant problem of the bureaucratisation of the procedures for renewing residence permits).

Various considerations may be made regarding the ruling by the ECJ, not only due to the shift in the interest of EU lawmakers. With regard to the specific focus of the research (treatment of undocumented persons and employment relationships), these considerations may even be considered to be countervailing in that they reassert the protective function of labour law which, in view of the *social functions* performed by it, prevails over considerations associated with the legal status of the stay by a non-EU national, which are centred on the security of the general public. This reassertion is even more significant within the context of the current critical status of the overall social dimension to EU law.

In considering together the reflections on the impact on individual workers in terms of the protection of rights (from a labour law perspective) with the issue of the competences laid down in the TFEU, it cannot be accepted that such a recognition will (finally!) enable legal considerations

---

[306] Considering these premises, it is partially correct to assert, without any qualification, that there is no difference between status as an undocumented worker and the protection of employment under Italian law: M. PAGGI, *Tutela dei lavoratori stranieri in condizioni d'irregolarità. Analisi della direttiva 52 e delle norme italiane di recepimento*, in *Agromafie e caporalato. Terzo Rapporto,* edited by Osservatorio Placido Rizzotto, 2016, Rome, Ediesse, p. 54.

to be based on questions regulated by the somewhat weakened Title X of the TFEU dedicated to *Social Policy*, recalling its primordial force within the overall context of the Treaty, although it is considered to be losing ground compared to the constantly expanding Title V on *Freedom, Security and Justice* in relation to the employment of non-EU citizens, above all if undocumented.[307] This ruling enables it to be clarified that not every recognition of the rights of undocumented immigrants will result in unlawful irregularity and that the only instrument that can be used against them is deportation.

The second aspect of interest for a systematic account of the issue is associated with the interpretative path used by the Court, including in particular the use of the general principle of equal treatment in the areas in which it was not previously recognised (undocumented workers), at the express suggestion of Advocate General Bot.[308] The choice to root the decision in the proper operation of the principle of equal treatment as asserted also in the Charter of Fundamental Rights will give cause for cautious optimism to interpreting bodies. Besides, one must not forget the effect produced by the *P/S* case from 1996 concerning unlawful discrimination on the grounds of gender identity on the overall structure of anti-discrimination law, which justified its extension to grounds that had previously been excluded.[309]

6. Undocumented status and exploitation of labour.

There is a point of arrival within sociological research which should be recalled within the context of this legal study: that the dichotomy between work (coercive, exploitative or undocumented) and the economy (informal or criminal) reciprocally completes and fuels itself even through its opposite positive pole within this symbiotic relationship (documented work and free/formal economy).[310] This is the precise point at which it is explained that the caesura used within

---

[307] L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri, op.* cit., p. 58.

[308] AG Bot asserts very clearly in his opinion delivered on 12 June 2014 that the exclusion from the scope of Directive 80/987 of persons falling into the category of "employee" under national law will run contrary to the general scheme and effectiveness of that Directive. This is because "although that directive allows Member States to define the term 'employee', it none the less requires them to do so in such a way that the definition used to determine the scope of the measures transposing that directive matches the definition in force in their national employment law, so that any 'employee' within the meaning of national law will be eligible for the guaranteed settlement of pay claims". In other words, the definition of employee cannot vary depending upon whether the issue concerns relations between the worker and the employer or the former's relations with the guarantee funds. Secondly, and this passage is particularly significant within the context of this study, "making the right to the guaranteed settlement of pay claims conditional, in the case of an employee who is a third-country national, upon legal residence is not, to my way of thinking, consistent with the principle of equal treatment and non-discrimination. That principle is a general principle of EU law enshrined not least in Articles 20 and 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the provisions of which are addressed both to the institutions, bodies and agencies of the European Union and to the Member States when they are implementing EU law, as is clear in particular from Article 51(1) of the Charter. Now, when, within the framework of the reference to national law under Article 2(2) of Directive 80/987, a Member State defines the categories of employee to which that directive is to apply, it is implementing EU law and must therefore observe the principle of equal treatment and non-discrimination. According to settled case-law, that principle requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified".

[309] G. F. MANCINI, *Le nuove frontiere dell'eguaglianza fra i sessi nel diritto comunitario*, in G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Mulino, Bologna, pp. 207-247

[310] M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile,* op. cit., p. 25. This report is also confirmed by the legal interpretation of the phenomenon of forced labour: S. LIEBMAN, C. TOMBA, *Funzioni di controllo e di ispezione del lavoro*, in (eds) F. BUCCELLATO, M. RESCIGNO, *Impresa e «forced labour»: strumenti di contrasto*, 2015, Bologna, Il Mulino, p. 67, in which it is recognised that "labour inspectors can do very little if it is not recognised that – in legislative terms – violations of the rights of workers cannot be imputed

arguments on migration (perhaps in legal arguments, and certainly in political arguments) in actual fact conceals an alibi: that of the "role of states in promoting the deregulation of the labour market and the formation of the conditions that fuel the recourse to undeclared forms of work, including those involving undocumented immigrants".[311] Using the metaphor of the "double right hand" of Pierre Bourdieu for national and European public institutions, it is acknowledged that "on the one hand, for reasons of competitiveness, they liberalise labour markets by reducing legal constraints and through contracting out, sub-contracting, agency work and flexible and atypical forms of work. In actual fact, leaving aside the intentions, these policies end up generating forms of undocumented work (…) above all in the countries in which the black economy is traditionally rooted and widespread. At the same time however, with the other hand states reinforce controls and assert their intention to repress undocumented immigration".[312]

Having addressed the paradox of national legislation which contributes to creating irregularity by virtue of the procedures governing access to a lawful employment contract, it is now necessary to consider a genuine alibi used by politics (not only on national level). A more detailed study of certain specific cases encountered in Prato, in the Foggia countryside[313] and the Abruzzo hinterland[314] highlight the difficulties in obtaining access to justice also in cases involving extremely serious exploitation of the labour of workers hired unlawfully, not all of whom are non-EU nationals. There is no lack of criminal legislation in this area, in the sense that, under Italian law, labour exploitation may be prosecuted in the criminal courts in serious cases. A variety of rules are applicable in this area, which are contained in various instruments (such as the Criminal Code and the Consolidated Text of Legislation on Immigration).[315]

---

exclusively to unethical employers or, as asserted by the Italian Government before the ILO Committee of Experts, "to the activities of criminal organisations", but result from policies and practices adopted also by major global distribution companies".

311 M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile,* op. cit., p. 26.

312 M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile,* op. cit., p. 26 referring to P. BOURDIEU, *Contre-Feu*, 1998, Paris, Liber-Raison d'Agir and A. REA, *Conclusion. Les trasformations des régimes de migration de travail en Europe*, in (ed) A. MORICE, S. POTOT, *De l'ouvrier immigré au travailleur sans papier. Les étrangers dans la modernisation du salariat,* p. 307. This caesura also explains the ontological contradiction with the initial framing of the project for the proposal to translate the title as *Legal_patch_Work*, the evocative power of which recalls a value dimension in opposition to that of social inclusion: CALAFÀ, M. ORTINO, *Legal Work and Social Inclusion in Horizon 2020,* International Conference Legal Work and Social Inclusion in Horizon 2020, Verona, 11 October 2013, in http://olympus.uniurb.it/old/index.php?option=com_content&view=article&id=8524:prin&catid=68:doc&Itemid=61#8.

313 See the report by FLAI-CGIL *Liberi dal caporalato. Liberi dallo sfruttamento. 3° report su agricoltura e lavoro migrante in Puglia*, http://www.flaipuglia.it/3°-report-agricoltura-e-lavoro-migrante-in-puglia. SEE C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA*, Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lav. dir.* 2016, p. 313.

314 See the press release of the Public Prosecutor of Lanciano on the application of real and personal interim measures in relation to the offence of unlawful intermediation and exploitation of labour: known in Italy as "*caporalato*" (Article 603-bis of the Criminal Code). http://www.procuralanciano.it/news.aspx.

315 The legislative framework (and its consideration within the case law) does not appear in its full complexity without reference to the rules governing the phenomenon. On the one hand, there is Article 600 of the Criminal Code. Reduction to or maintenance in slavery or servitude, Article introduced by Article 1 of Law no. 228 of 11 August 2003 laying down "Measures to combat human trafficking", alongside Article 603-bis of the Criminal Code. Unlawful intermediation and exploitation of labour, governed by Decree-Law no. 138 of 13 August 2011, converted into Law no. 148 of 14 September 2011. Having regard to the significance of the underage status of the worker (or rather, for the national legal system, the significance of the age of induction into work, even if a minor) it must be recalled that work by minors is prohibited under national law under the age of 16 (Article 1(622) of Law no. 296 of 27 December 2006). With regard to Article 603-bis on Unlawful intermediation and exploitation of labour in particular, a specific aggravating circumstance is introduced, resulting in an increase of the penalty by between one third and one half in cases involving the recruitment of "minors not of working age". Article 602-ter of the Criminal Code, dedicated to aggravating circumstances, introduced by Law no. 163 of 15 July 2010 ratifying and implementing the Warsaw Council of Europe Convention on Action against Trafficking in

From the viewpoint of scientific research, if the issue of serious exploitation on the basis of migratory phenomena (although exploitation is not limited to such situations) is considered, this confirms that the system of access to justice incorporates disincentives, which also suggests that the law enforcement approach, which it must be acknowledged has an ideological foundation, is globally ineffective. This means that the political process may be considered to be of benefit solely for these ends, although it is difficult to reconcile it with the values of the protection of fundamental rights. It is now necessary to consider whether the perspective of prevention is feasible and, if so, with what instruments it can be effectively sustained. There is no doubt that an appreciation of the value of the preventive perspective requires the focus of attention to be shifted to the undertaking and to the productive system in general, moving beyond the approach rooted exclusively in security previously pursued.

7. The index of access to justice by foreign workers who are undocumented and/or suffering serious exploitation.

A study carried out into complaints (of which there is no public database) and court rulings (drawing on official data and databases from case law) in the area of slavery and compulsory/forced labour, child labour and all other rulings directly or indirectly related to Directive 2009/52 on sanctions for employers who hire foreign nationals without a residence permit has enabled a kind of *legal index of access to justice* to be developed, which is heavily influenced by the social dimension to the protection of the rights of foreign nationals in Italy. The index has made it possible to establish, by way of an official approximation, the factors that reciprocally influence each other and that impinge upon the demand for justice by the victims of serious labour exploitation, as the baseline case against which the solidity of the entire national regulatory framework will be measured. The proposed model will establish the relationship between the level of the complaint and the level of integration of the complainant who is deemed to be the victim of labour exploitation (see figure 1).

Anticipating the conclusions, it may be asserted that the exponential growth of criminal penalties along with the sole support of controls by labour inspections do not appear to be capable of providing adequate responses to the problem which continues to persist, which in most cases remains invisible. These reflections are related to the minimal prospect of the labour policy pursued by the legislature and the government when transposing Directive 2009/52 on sanctions for employers which, as recalled above, confirm the generalised law enforcement approach to the treatment of migrants.

Returning to the premises for the study, we shall now attempt to verify whether the transposition of Directive 2009/52 involving a specific focus on the overall treatment of seriously exploited workers may be regarded as effective. According to the data collected, less than ten judgments have been issued, whilst overall a large number of applications and subsequent judgments have

---

Human Beings (16 May 2005) provides for an increase in the penalty of between one third and one half above those provided for under Articles 600, 601 and 602 of the Criminal Code in cases involving minors under the age of 18. Finally, it is necessary to note Article 601 of the Criminal Code. Trafficking in human beings, Article introduced by Article 1 of Law no. 228 of 11 August 2003 laying down "Measures to combat human trafficking". The forms of trafficking covered by the prohibition are those regulated under the Article dedicated to slavery (Article 600 of the Criminal Code): labour or sexual services, begging.

been respectively made and issued with reference to Article 10-bis of the Consolidated Text of Legislation on Immigration.[316] According to the framework presented, it is evident that the number of complaints is strongly conditioned by the status of the illegally resident victim of serious labour exploitation, who is liable to a criminal law sanction (Article 10-bis of Legislative Decree no. 286 of 1998 laying down the Consolidated Text of Legislation on Immigration).

In terms of the applicable models, it must also be considered that the measurement of the efficacy of the legislation must also include a comprehensive assessment of the context. This is because the situation in Italy is characterised by:

1) the broad scale of undeclared work and of the illegal economy, which does not enable the issue of serious exploitation of labour - which is just as difficult to quantify as undeclared work - to be addressed in the proper manner in legal and systematic terms;[317]

2) the legal obstacles on access to the market for legal work in Italy by foreign nationals;

3) the link between workers who fall victim to serious forms of exploitation and their status as illegal immigrants. The victims of serious exploitation at work are mainly – but not exclusively – foreign workers without a residence permit, and this status makes them particularly vulnerable, in a similar manner to nationals of Eastern European countries that have recently joined the EU not covered by the exceptional arrangements that have recently ended, and also to native workers (in particular women) who are socio-economically weak (as is demonstrated by the cases from Puglia).

4) the existence of two forms of residence permit for the purposes of protection, which may be differentiated between both with reference to the grounds establishing entitlement as well as the different level of protection for the victim (Article 18 of Legislative Decree no. 286 of 1998 and Article 22 of Legislative Decree no. 286 of 1998, and pursuant to Legislative Decree no. 109 of 2012 transposing Directive 2009/52).

---

[316] As demonstration of what experts have been saying all along, as if there were any need for it, deportation procedures are simpler to implement than protective measures, above all if they are associated with the commission of an offence. See in particular *Il lavoro forzato e la tratta di esseri umani, Manuale per gli Ispettori del Lavoro*, published by the Department for Equal Opportunities as part of the FREED project in 2011: http://www.pariopportunita.gov.it/index.php/component/content/article/70-traffico-di-esseri-umani-/2295-contro-la-tratta-di-persone.

[317] Amongst only the most recent contributions, see R. SCIARRONE, *Mafie del nord. Strategie criminali e contesti lavori,* 2014, Rome, Donzelli; *Agromafie e caporalato*, edited by Osservatorio Placido Rizzotto (years 2012, 2014, 2016); M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile,* op. cit. for the relationship between undocumented immigration and the welfare system.

(figure 1)

This index enables the correct dimension within which the legal discussion of this institute is to be conducted to be established in ideal terms. It is a context within which the protection of the fundamental rights of the victim has priority status, whilst criminal punishment (of the victim or of the employer) and policies focused on mere control through inspections are laid bare as entirely inadequate. In Italy in particular, the vast scale of the undeclared or irregular (or also illegal) labour market conceals instances of serious labour exploitation and is accompanied by insurmountable legal obstacles on access to the legal labour market (residence contract for employment, incoming migratory flows set by the government at a level that is much too low and irregular intervals).

As mentioned above, this study has demonstrated that the use (and abuse) of criminal law sanctions and the sole control exercisable through labour inspections (amply relied on by Directive 2009/52) does not provide adequate answers to the problem. The merely sanctions-based approach – above all where based on the criminal law – is not rewarding on the level of procedural results (the deaths in Puglia in the summer of 2015 did not involve only non-EU immigrants, and the exploitation of labour is not a phenomenon encountered only in the agricultural sector but also within other classic sectors such as domestic work, construction and personal services. Moreover, the phenomenon has a much broader scale, involving multinationals that are seemingly beyond reproach such as Amazon.[318]

8. Conclusions.

In the most recent sociological studies, the fallacious nature of the system of controls (and, as lawyers, we may add the centre of gravity of immigration policy based on a merely sanctions-

[318] Huffington Post, 1 December 2014 and 5 February 2013.

based approach) is related to the concept of "nebulous social structures", i.e. social structures emerging from the efforts of individuals and organisations to avoid the dissemination of knowledge concerning their activities, thereby rendering them unobservable or indeterminable".[319] Many legal and illegal actors are active in the production of nebulousness, which explains (or should contribute to explaining) why "undocumented immigration persists and reproduces itself, despite efforts to uproot it, because various aspects of the way in which the host societies and their institutions function along with the conduct of the actors involved contribute to concealing it, to mixing it with entirely legal interests and activities, and to protecting it for reasons of convenience or principle".

What of immigration, migration and migrants? Wrote Galbraith in *The Good Society* in 1996 when considering migration as an essential element of a correct, complete and good society.[320] In this context we may frame the question with reference to the problem of undocumented migration in relation to the labour market. After removing the alibis (associated with the real contrasts between immigration rules and the labour market), the paradoxes (the national legislation that contributes to creating undocumented status or which discourages complaints by workers, even in situations in which they are being exploited) and the abuses (of criminal sanctions), what is left over of the issue of migration when conceptualised with reference to undocumented movements of non-EU nationals?

The essence of the problem remains, which sociologists of migration have for some time identified - a series of considerations which will be useful for the lawyers called upon to sketch out the features of their competence over the issue, thereby contributing to dispersing the mist that shrouds undocumented foreigners and labour. The "nebulous" system incorporates the interests of governments, nationalist and/or merely ideological policies and the bureaucratic approach to the management of the public administration from the macro perspective; on the other hand, the micro-level features the expediencies of employers (undertakings and families), of associations that deal with migrants, and finally of workers (who are anything but encouraged to make complaints, even if they are suffering from serious labour exploitation).

By way of conclusion, we may acknowledge that the attention also of labour law – which is structurally speaking a discipline that engages in dialogue with other disciplines, not only within the law – for this issue must be high. In this regard, particular acknowledgement must go specifically to those who, precisely in Italy, explain from the starting point of the country's economy that, from a methodological point of view, there is full inter-disciplinary harmony if one endorses the idea that it would perhaps be more correct to consider the different risk of illegality throughout all sectors [rather than in] sectors at greater risk of illegality"[321] and that no contrasting action can

---

[319] M. AMBROSINI, *Immigrazione irregolare e welfare invisibile,* op. cit., p. 21 et seqq for all of the following citations.

[320] Citation used by L. HAYES, T. NOVITZ, P. HERZFELD OLSSON, *Migrant workers and collective bargaining: institutional isomorphism and legitimacy in a resocialised Europe,* in N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND (eds) *Resocialising Europe in a Time of Crisis,* 2013, Cambridge, Cambridge University Press, p. 463 in relation to the treatment of foreign workers within the contest of transnational secondments. Explaining that in "a desocialised Europe, provisions for migrant workers in transnational employment relationships are powerful indicators of a lack of institutional respect for human rights".

[321] A. VISCOMI, *Lavoro e legalità: "settori a rischio" o "rischio di settore"? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 253/2015, in which he explains that the risk of illegality may

avoid a comprehensive reflection specifically on undertakings, starting from criminal offences and sanctions.[322] The argument starts from sanctions, but does not end here.

In this respect it goes without saying, and is always necessary, to reassert the need to move beyond the emergency dynamic that has accompanied every decision relating to issues of *illegal* labour (as an inclusive category, embracing foreign and local workers without distinction), having asserted the need to maintain the framework of protection for human rights that is necessary in order to ensure respect for international rules, whilst the interest for the undertaking and the productive system upon which legislative policies (and not just those based on sanctions) must focus is equally evident. This interpretation is endorsed not only by the international law and labour law literature that is more keenly aware of the priority function of protecting labour law[323] but also by the commercial law literature, which devised the model used for classifying labour as forced work or para-slavery, namely the "slave undertaking" model; forms of exploitation of this type may be generated out of multiple legal entities, which may also be situated in different countries broken down into autonomous centres for legal imputation, often over a transnational scale.[324] The economic figures reveal that the slave undertaking benefits, on different levels and in different ways, from products and services procured also through undocumented and at times coerced work at the lowest level of the production chain.[325]

In order to move beyond the emergency dynamic which characterises the domestic treatment of undocumented labour (*labour law*) and the ability of EU nationals to work in Italy, which is moreover conditioned by an ideological more than an ideal approach to the issue (*migration law*), it is necessary to rethink the integration between the two issues identified, adopting an integrated structural approach which the Council of Europe had already sketched out in detail with the aim of avoiding risks for the overall solidity of European social cohesion.[326] For labour law, this

---

be classified in both qualitative terms (i.e. type of risks present) and in quantitative terms (i.e. different likelihood of the occurrence of situations of illegality).

[322] M. RESCIGNO, *Impresa «schiavistica», decentramento produttivo, imputazione dell'attività e applicazione delle regole,* op. cit. p. 69.

[323] The conceptual horizon, amongst the many arguments, within which also the theoretical discussion of serious labour exploitation engendered by the inappropriate transposition of a directive which had already been defined as reductive is situated is precisely that of decent work, as this discussion has also become an integral part of one of the multiple aspects of the so-called social dimension to globalisation - and one of the worst - that of the so-called modern or contemporary forms of slavery which "in essence feature minimal changes compared to the past, the novel feature consisting, if at all, in the fact that they involve 'new sectors of the economy' and industry and perhaps different sectors of the population" (N. BOSCHIERO, *Lo sfruttamento economico dei lavoratori migranti: vecchie o nuove forme di schiavitù nell'era della «private economy»,* op. cit. 350; I. DAUGAREILH (ed), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux,* 2005, Brussels, Bruylant). The structural factor, namely the system of production existing in most of Southern Europe, is discussed by C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA*, Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, op. cit. p. 326, richiamando V. PINTO, *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione,* in *Riv. giur. lav.* 2012, p. 304.

[324] S. LIEBMAN, C. TOMBA, *Funzioni di controllo e di ispezione del lavoro*, op. cit. p. 61 regard breakdown as a pre-alarm state.

[325] M. RESCIGNO, *Impresa «schiavistica», decentramento produttivo, imputazione dell'attività e applicazione delle regole,* in (a cura di) F. BUCCELLATO, M. RESCIGNO, *Impresa e «forced labour»: strumenti di contrasto*, 2015, Bologna, Il Mulino, p. 69.

[326] P. TARAN, I. IVAKHNYUK, M. DA CONCEIÇÃO PEREIRA RAMOS, A. TANNER, *Economic migration, social cohesion and development: towards an integrated approach,* 2008, Council of Europe Publishing Strasbourg. They state in paragraphs 397 and 398 that "Legalisation of immigrants is undeniably a first and essential step towards integration for those concerned. By definition, migrants in irregular status are denied legal recognition, protection of legal and labour rights, access to services and legitimacy as members of a local community and society. However, there is opposition to regularisation on the basis of its potential effect on encouraging further irregular migration, although there are no conclusive studies demonstrating this presumed effect. Isolating this factor is particularly difficult in the context of deteriorating conditions in origin countries that provoke emigration, combined with strong labour market demand for and absorption of irregular migrants in Europe, as well as the continuing relative absence of legal channels to meet the demand for regular

assertion is tantamount to the recognition of a broader composite discipline such as *labour immigration law*, within which status as a worker prevails over that as a migrant.

It is necessary to move from the general questions of social cohesion highlighted on various levels to the special nature of sectoral regulation.

The assertion rooted in labour law of an interest in the issue of undocumented work (also by foreign nationals) necessarily shifts attention to the protection of the rights of undocumented workers. There has been a discussion within the literature as to whether undocumented immigrants may continue to be excluded from the general operation of systems of social solidarity, a reasoning which appears to be excluded by the politicisation of the overall issue rather than by the scientific rationality which has developed in this area, as has been amply demonstrated in the literature.[327] What appears to be lacking – on both national and EU level – is a full focus on the fundamental rights of undocumented migrants and, insofar as they are strictly relevant, on those associated with labour. The discourse on rights is only pursued in terms in which it is conducive to ensuring a process of return to the country of origin (arguing also and above all on the basis of the sanctions directive, which guarantees undocumented foreign workers only the right to be paid).

The substantial block on processes of regularisation and the regulatory centre of gravity of the EU around expulsion cannot fail to remind us that there is no (or there does not appear to be any) general consensus around policies other than those generally pursued, which may perhaps be more closely aligned with a guarantee of general human dignity. "*If the EU is to provide a fairer reflection of the legitimate claims to basic social solidarity from irregular migrants, then law and policy need to be rebuilt, beginning with a foundation of fundamental human rights*"[328].

The hope is that the EU actors (including first and foremost the Commission) will have the force to translate the conclusion of a new consultation into specific and effective policies and that they will not become overwhelmed by the dynamic rooted in security which resulted in the negation of the results previously achieved in 2005 and of the suggestions developed within that context.[329] Mindful of the current situation characterised by the difficulties in managing the refugee crisis and Brexit, it is still important to reconsider the results of an important study by a group of migration experts who have proposed serious guidelines in order to deal with the issue of migration, and not only economic migration.[330] Recommendation no. 1 (*The understanding of immigration*) includes the recurrent assertion, which has as yet not been acted upon: "*The correlation between employment policy and migrations should therefore be taken very seriously and developed further*".

---

entry of low- and semi-skilled migrants".

[327] M. BELL, *Irregular Migrants: Beyond the Limits of Solidarity?* cit., p. 165. In relation to welfare systems, see M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare*, 2005, Oxford, Oxford University Press, in particular from p. 229.

[328] M. BELL, *Irregular Migrants: Beyond the Limits of Solidarity?* cit. p. 165.

[329] This is a reference to the long-standing intention of the Commission in the Report on Immigration from 2012 to relaunch a broader debate in this area, which was to have been accompanied also by the drafting of an EU Immigration Code.

[330] S. CARRERA, A. FAURE ATGER, E. GUILD, D. KOSTAKOPOULOU, *Labour Immigration Policy in the EU: A Renewed Agenda for Europe 2020,* 2011, Centre for European Policy Studies, Brussels, in www.ceps.eu., in particular p. 11.

It would appear necessary to conclude with an ideal representation tof he states that have ratified the *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* adopted by the General Assembly by Resolution 45/158 of 18 December 1990. This marks the precise point from which we must relaunch, within a completely different political perspective.[331]

[331] "International human rights instruments provide a different perspective on irregular migrants": M. BELL, *Irregular Migrants: Beyond the Limits of Solidarity?* op. cit. p. 165.

La mutazione genetica del diritto del lavoro*

Valerio Speziale

1. Premessa. 112

2. La dimensione economica del rapporto di lavoro. 112

3. L'evoluzione del diritto del lavoro come riduzione o esclusione della dimensione economica. 118

4. La "rivincita" dell'economia: gli anni '80. 123

5. Gli anni '90 ed il nuovo secolo: globalizzazione, cambiamento dei mercati e dei sistemi produttivi, vincoli economici europei. 126

6. La risposta degli ordinamenti giuridici ai mutamenti nei sistemi economici e produttivi: la flessibilità del lavoro. 130

7. La funzionalizzazione del diritto del lavoro in senso economico. 135

8. Il lavoro è una merce? 140

9. La mutazione genetica del diritto del lavoro e la crisi epistemologica del suo statuto scientifico. 144

10. La critica della subordinazione del diritto del lavoro all'economia e la riaffermazione della sua "specificità" assiologica e scientifica. 148

11. Il ruolo del giurista del lavoro. 152

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 322/2017

1. Premessa.

Le radicali trasformazioni del diritto del lavoro nel corso degli ultimi anni, con l'ulteriore accelerazione connessa alle riforme introdotte con il Jobs Act, sollecitano alcune riflessioni sulle dinamiche di questo ramo del diritto. La mia opinione è che, in un processo ormai in atto sin dagli anni '80, gradualmente il diritto del lavoro si è trasformato in "altro da sé". Non vi è stata, infatti, soltanto una modifica dei contenuti, anche se è sufficiente mettere a confronto un manuale del 1980 con uno attualmente edito per avere l'impressione che si stia parlando di materie radicalmente diverse. Il cambiamento è la "cifra" dei nostri tempi e, da questo punto di vista, è sufficiente considerare lo sviluppo straordinario delle tecnologie o le profonde trasformazioni dei sistemi produttivi e politici per avere una conferma di questo tumultuoso processo. Pertanto se si tiene conto che il diritto del lavoro è fortemente condizionato da tali mutamenti, non ci si può certo stupire se questo ramo del diritto sia cambiato in modo così radicale.

La questione è un'altra. Il diritto del lavoro ha modificato i propri obiettivi, la scala dei valori su cui si è basato e, in una parola, la stessa funzione che lo ha contraddistinto e che ne ha giustificato la nascita e lo sviluppo. Mi sembra, quindi, che si possa parlare di una vera e propria mutazione genetica che altera il "dna" della materia. Questa trasformazione radicale è connessa al rapporto con l'economia (intesa come macroeconomia o economia politica) che ha letteralmente "invaso" il diritto del lavoro, con un vero e proprio processo di "colonizzazione"[332]. Gli obiettivi, le tecniche e le stesse funzioni tipiche di questa scienza sociale sono diventati la ragione di esistenza di questa materia giuridica. Tale situazione è frutto di una pluralità di condizioni e di mutamenti straordinari che hanno investito le società contemporanee e che riguardano sistemi politici, processi di apertura internazionale dei mercati, innovazioni tecnologiche, mutamento dell'organizzazione del lavoro e della produzione e, in qualche misura, anche la stessa concezione del lavoro umano.

Ovviamente non potrò analizzare approfonditamente tutti questi aspetti. Mi limiterò a mettere in evidenza soltanto alcuni profili che hanno caratterizzato questo cambiamento, cercando di dimostrare come, nonostante la giuridificazione dei rapporti di lavoro – nella sua dimensione individuale e collettiva – non sia diminuita (anzi è addirittura incrementata nella quantità delle regole e nella stessa enunciazione di principi fondamentali a tutela del lavoro), tuttavia la subordinazione del diritto del lavoro all'economia è ormai un dato di fatto indiscutibile. Tenterò anche di illustrare se e in che misura questo processo, che al momento sembra irreversibile, possa essere contrastato o, quantomeno, limitato nei suoi effetti.

2. La dimensione economica del rapporto di lavoro.

"Già nel 1933 Sinzheimer sottolineava lo stretto legame fra diritto del lavoro e salute dell'economia; e osservava come la tempesta mondiale di quel periodo, con un 'cimitero economico di disoccupazione strutturale' investisse il diritto del lavoro in maniera più violenta rispetto alle altre branche del diritto"[333]. In verità questo rapporto con l'economia è insito nella stessa origine della materia. Il diritto del lavoro, infatti, nasce con la rivoluzione industriale della fine del '700, la

---

[332] Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra* law and economics *e giurisprudenza (parte I)*, *RGL*, I, 2014, p. 355.

[333] Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, *DLRI*, 2013, p. 597.

creazione della fabbrica che utilizza macchine a vapore, la formazione di una classe operaia che, in cambio del proprio lavoro e del tempo messo a disposizione dell'imprenditore, riceve un salario[334]. In tale ambito, con il superamento dell'a*ncien regime* basato sulle corporazioni di mestiere, il rapporto di lavoro veniva "a configurarsi come puro rapporto di scambio, avente per oggetto il lavoro considerato come bene di mercato, il cui prezzo era fissato dalla legge economica del libero incontro della domanda e dell'offerta"[335]. Tale configurazione rispecchiava un'idea propria della economia politica classica[336] ed è oggi ribadita dalla teoria neoclassica, che esercita una influenza determinante sull'attuale dibattito politico e sociale. D'altra parte il contratto di lavoro, che è lo strumento giuridico in quell'epoca non tipizzato dalla legge con il quale l'imprenditore si procurava il lavoro, veniva ricondotto nella locazione di energie o del corpo del lavoratore o nella compravendita[337]. Questa qualificazione giuridica è certamente contraddittoria e difficilmente accettabile[338]. Essa, tuttavia, rivelava la intrinseca natura economica dello scambio tra lavoro e retribuzione, configurandolo come un contratto atipico di natura commerciale.

In questo contesto il lavoratore assume il ruolo di un fattore della produzione, che insieme agli altri (le macchine, gli attrezzi di lavoro, le materie prime, i capitali investiti ecc.) viene organizzato dall'imprenditore per la produzione di beni[339]. E, per una logica intrinseca alla stessa struttura produttiva, colui che la dirige tende ad utilizzare tale fattore alla stregua degli altri, nell'ambito di un puro calcolo di efficienza e di costo. In relazione a quest'ultimo aspetto, infatti, il salario incide sulle convenienze economiche del produttore, venendo ad influenzare l'entità dei profitti, che sono lo scopo fondamentale della nuova impresa capitalistica[340]. In epoca molto successiva, con la nascita dei sistemi di protezione sociale, sono introdotte forme di assicurazione obbligatoria contro le malattie, gli infortuni, la vecchiaia e la invalidità, finanziate con contributi versati

---

[334] Su tali caratteristiche della prima rivoluzione industriale, v., per tutti, Ashton, *La rivoluzione industriale,* Laterza, 1970; Hudson, *La rivoluzione industriale*, Il Mulino, 1995; Polanyi, *La grande trasformazione,* Einaudi,1974; Battilossi, *Le rivoluzioni industriali*, Carocci, 2002.

[335] Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, in M. Napoli (a cura di), V&P, 2004, p. 19; conf. Grandi, *"Il lavoro non è una merce": una formula da rimeditare*, in *LD*, 1997, p. 557, qui 574.

[336] Grandi, op. cit., 564, a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche sugli economisti classici, tra cui Ricardo, Say, Mill e Marx.

[337] Secondo Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *RDcomm*, 1913, I, p. 354, "l'operaio che cede verso il salario le sue energie di lavoro toglie qualcosa dal suo patrimonio, come il mercante che vende le merci" e pertanto qualifica il contratto di lavoro come affine alla vendita. Mentre si deve a Barassi la ricostruzione del contratto di lavoro quale contratto di locazione (Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, in *WP D'Antona.IT*, 99/2010, 4 ss.). Si rinvia, su tali aspetti, anche all'approfondita analisi di Passaniti, *Storia del diritto del lavoro – La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale,* Giuffrè, 2006, p. 28 ss.

[338] Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, cit., 21, nt. 1. L'a. sottolinea la contraddittorietà della qualificazione del contratto di lavoro come locazione di energie, visto che questo modello contrattuale presuppone il godimento temporaneo di beni che possono essere restituiti (ad es. di un macchinario), mentre le energie, una volta consumate, non sono restituibili (come già sottolineato da Carnelutti nel 1913). Inoltre, anche la configurazione del contratto di lavoro come accordo con il quale si mette a disposizione il corpo del lavoratore è smentita dal diritto positivo, che esclude di poter configurare la esistenza di un diritto temporaneo di godimento della persona del dipendente (anche se, in tempi recenti, si è rivalutato il corpo come oggetto della prestazione lavorativa: Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, 1994, 51. V., sul punto, Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, *cit.*, 13 ss.). La stessa tesi della vendita di energie lavorative (astrattamente concepibile) non ha avuto grande successo, per la difficoltà di separare persona e lavoro. Su tali aspetti v. Romagnoli, *Diritto del lavoro*, *Enc. dir. – Annali*, IV, Giuffrè, 2011, 428; Passaniti, *Storia del diritto del lavoro, cit.*, 27 ss.

[339] "L'economia di mercato, il cui processo di produzione è organizzato nella forma della compravendita, richiede che tutti i fattori della produzione siano trattati come merci", tra cui va incluso anche il lavoro umano, dove, con un processo di astrazione "fittizia", le energie umane vengono separate dalla persona del lavoratore (Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, *DLRI*, 2000, p. 181).

[340] Cfr. gli a. citati nella precedente nt. 3.

obbligatoriamente dai datori di lavoro[341]. In tal modo l'imprenditore è tenuto a corrispondere, insieme al salario, gli oneri sociali, che vengono a costituire il costo del lavoro, generalmente annoverato tra i costi di produzione. Ed è universalmente noto che il costo del lavoro, oltre ad incidere sui profitti, si riflette (insieme agli altri costi) sui prezzi dei beni e servizi immessi sul mercato e costituisce uno dei fattori che maggiormente incidono sulla competitività dell'impresa. Non è un caso, infatti, che la globalizzazione, con la creazione di un unico mercato mondiale e la partecipazione di produttori che uniscono alla qualità dei prodotti costi del lavoro estremamente ridotti, ha determinato effetti particolarmente negativi per le imprese del mondo occidentale, con conseguenze che, come vedremo, spiegano anche il processo di ridimensionamento dei diritti dei lavoratori da tempo in atto[342].

Il riflesso economico del lavoratore a livello *micro* (la singola azienda) è connesso anche ad altri fattori. L'evoluzione tecnologica e scientifica, infatti, ha sviluppato forme sempre più sofisticate di organizzazione del lavoro, consistenti nella migliore utilizzazione dei lavoratori sia in relazione alle mansioni assegnate (tali da valorizzare le capacità e le attitudini personali), sia alla divisione dei compiti attribuiti in modo da incrementare l'efficienza dei risultati da essi realizzati. Inoltre le innovazioni tecnologiche incidono sul fattore lavoro o tramite la sua sostituzione con le macchine (tecnologie *labour saving*) o modificando i contenuti dei compiti e delle professionalità richieste, con possibile incremento esponenziale della qualità e quantità del lavoro (come nel caso dell'applicazione di quelle informatiche e digitali). Il lavoratore, d'altra parte, condiziona, anche se non in modo esclusivo, la produttività del lavoro, inteso come "il rapporto tra l'intero valore della produzione realizzata – di solito misurato come valore aggiunto, al netto del costo degli input intermedi – e la quantità di lavoro impiegato sulla produzione, che può essere espressa come numero di occupati (valore aggiunto per addetto), unità di lavoro a tempo pieno oppure ore lavorate"[343]. La produttività del lavoro peraltro dipende da una pluralità di fattori, alcuni dei quali prescindono dalla attività del lavoratore, quali "l'attrezzatura di capitale messa a disposizione di ciascun lavoratore per 'assisterlo' nel processo produttivo" e "la Produttività totale dei fattori (Ptf o Tfp: *Total factor productivity*)"[344]. E il Ptf "misura gli effetti del progresso tecnico e di altri fattori tra cui le innovazioni del processo produttivo, i miglioramenti nell'organizzazione del lavoro e delle tecniche manageriali, i miglioramenti nell'esperienza e nel livello di istruzione raggiunto dalla forza lavoro"[345].

Il lavoro, se a livello della singola azienda ha una rilevanza economica indiscutibile sotto molteplici profili (costi di produzione, organizzazione del lavoro, produttività ecc.), svolge un ruolo addirittura superiore nella dimensione *macro*, in rapporto ad un settore produttivo o alla stessa economia nazionale. Lo Stato (ed oggi anche l'Unione Europea) interviene a regolare direttamente il

---

[341] Sull'origine dei sistemi di protezione sociale e sul loro ulteriore sviluppo cfr. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2014, a cui si rinvia per le ampie indicazioni bibliografiche in relazione a tutti i vari periodi storici.

[342] In relazione agli effetti della globalizzazione sul diritto del lavoro v., tra gli altri, Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999; Id., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *LD*, 2011, 13 ss.; Dore, *Il lavoro nel mondo che cambia*, Il Mulino 2004; AA.VV., *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, V&P Università, 2006; Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007, 97 ss.

[343] La definizione nel testo è tratta da *La dinamica della produttività*, pubblicato dall'Istat il 26 maggio 2011, htpp://www3.istat.it, 2.

[344] Costabile, *Glossario dell'economista per il giuslavorista*, in *RGL*, 2009, I, p. 183.

[345] Istat, *Misure di produttività*, Anni 1992 – 2011, pubblicato il 21 novembre 2012, http://www.istat.it, p. 2.

lavoro in numerosi ambiti e tali interventi normativi, proprio nella misura in cui incidono sulla gestione del fattore lavoro (ad esempio, in relazione a trasferimenti, mansioni, orario, licenziamenti ecc.), hanno una specifica influenza economica. Quest'ultima può essere diretta - come nel caso della riduzione o del prolungamento del tempo di lavoro, che condizionano la produttività e la stessa organizzazione dell'impresa - o indiretta, in quanto la crescita o la riduzione dei diritti – quando riguarda aspetti connessi alla libera disponibilità del fattore lavoro in relazione ad es. alle mansioni (con le conseguenze legate alla organizzazione del lavoro), ai trasferimenti (e quindi alla dislocazione territoriale del dipendente), ai licenziamenti – possono indirettamente determinare un aumento o una diminuzione dei costi delle imprese[346]. Lo Stato, d'altra parte, per promuovere l'occupazione (art. 4 Cost.), a volte interviene per ridurre il costo del lavoro tramite misure che accollano alla fiscalità generale oneri che graverebbero sul singolo imprenditore, per rendere più convenienti le assunzioni, in relazione a determinate categorie di lavoratori (ad es. giovani, disoccupati di lunga durata) o alla generalità dei soggetti interessati[347]. In altri casi, per rendere più efficiente l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, promuove politiche attive che, oltre ad essere potenzialmente in grado di incrementare la qualità e la quantità dell'occupazione, possono anche limitare gli oneri dell'imprese (perché rendere più agevole l'incontro con lavoratori più qualificati riduce i costi di selezione del personale, garantisce dipendenti più efficienti e potenzialmente più produttivi ecc.). Più in generale, le politiche del lavoro realizzate dallo Stato con gli interventi sopra indicati o altri ancora (ad esempio in relazione alle tipologie contrattuali, ai regimi previdenziali ecc.) sono tali da influenzare direttamente o indirettamente il costo del lavoro o la più o meno ampia disponibilità di tale fattore nell'organizzazione produttiva. Queste innovazioni, quindi, anche quando operano in una dimensione prettamente giuridica, hanno comunque effetti economici.

In tale ambito, un ruolo determinante in una specifica area territoriale (Stato, Regione, Unione Europea) è svolto dalla contrattazione collettiva. Sin dalle origini il contratto collettivo ha avuto la finalità di determinare i livelli retributivi (c.d. concordato di tariffa)[348], "al fine di riequilibrare il rapporto di forza negoziale sul mercato, contrapponendo al potere monopsonistico dell'imprenditore un monopolio dell'offerta, realizzato attraverso la coalizione di un gruppo organizzato"[349].

---

[346] Queste riflessioni sono estensibili a molte materie proprie del diritto del lavoro e non solo a quelle indicate nel testo. Per tornare alle normative sopra analizzate, un esempio può essere utile. Una disciplina che aumenti le protezioni in materia di licenziamento può incrementare i costi diretti delle imprese in caso di recesso ingiustificato, perché determina maggiori esborsi economici se non l'obbligo di ripristinare il rapporto di lavoro (reintegrazione). D'altra parte, se è più difficile licenziare, la legge incide sulla flessibilità numerica delle imprese, rendendo meno semplice adattarsi alle esigenze di un mercato in crisi congiunturale e strutturale, che richiederebbe un aggiustamento tempestivo delle dimensioni dell'organico aziendale. Questa maggiore difficoltà potrebbe determinare un incremento indiretto dei costi, nella misura in cui ritarda l'adeguamento automatico del numero dei dipendenti (con l'aggravio dell'esborso dei salari e degli oneri sociali) o stimoli l'impresa a risolvere la crisi dell'azienda con soluzioni alternative ai licenziamenti, ma più costose (ad es. una diminuzione dei prezzi dei prodotti venduti, con minori profitti).

[347] Per quanto riguarda il nostro paese si tratta di un complesso assai articolato di interventi (che si sono succeduti negli anni) con i contenuti diversi (sgravi, con riduzione delle quote contributive a carico del datore di lavoro; esonero dalla contribuzione entro tetti predefiniti; riduzione dell'Irap nel "cuneo fiscale"; erogazione di contributi mensili al datore di lavoro).

[348] Sul concordato di tariffa cfr. Messina, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, *RD comm*, 1904, 1, p. 458 ss.; Id., *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffa*, in *DLRI*, 1986, p. 113 ss.; Romagnoli, *I "concordati" di Giuseppe Messina: una nota introduttiva*, in *DLRI*, 1986, p. 108 ss.

[349] Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, t. 2, Giuffrè, 2000, p. 150: "Nel mercato monopsonistico, nel quale a un unico imprenditore in cerca manodopera si contrappone l'offerta di una pluralità di aspiranti lavoratori non coordinati tra loro, questi ultimi si trovano in una situazione analoga a quella dei consumatori nei confronti di un produttore

Ovviamente la fissazione dell'ammontare dei salari condiziona direttamente il costo del lavoro (pur in assenza di oneri sociali), in coerenza con quanto si è già detto. Nel corso della storia, in conseguenza di vari fattori (rafforzamento e diffusione delle organizzazioni sindacali connesso alla crescita del capitalismo industriale; orientamenti politici *pro labor* derivanti dalla diffusione dei movimenti riformisti o rivoluzionari, di ispirazione socialista, comunista, cattolica; costituzionalizzazione del ruolo e della funzione del sindacato ecc.), il contratto collettivo si è sviluppato in misura assai notevole[350]. La crescita ha riguardato in primo luogo contenuti, che si sono estesi dalle retribuzioni alla regolazione giuridica di tutti gli aspetti del rapporto di lavoro. Essa inoltre è gradualmente diventata una fonte (non in senso tecnico, almeno nel nostro paese, ma) di regolamentazione delle condizioni giuridiche ed economiche di milioni di lavoratori dei vari comparti produttivi, con articolazioni che riguardano sia il livello macro (tutti gli addetti a cui si applica il contratto in un determinato settore della produzione di beni o di servizi), sia quello aziendale, territoriale, di gruppo ecc.[351] Le conseguenze sono facilmente intuibili: nella misura in cui i contratti collettivi incrementano i salari o accrescono i diritti dei lavoratori essi sono in grado di incidere in modo incrementale sui costi diretti ed indiretti delle imprese, con conseguenze analoghe a quelle già analizzate ed anzi con un potenziale effetto moltiplicatore prodotto dalla sinergia tra aumento dei diritti di fonte legale e di origine negoziale[352].

Il contratto collettivo, d'altra parte, ha da sempre svolto una funzione di limitazione della concorrenza tra imprese e lavoratori[353]. Per quanto riguarda le prime, esso, con l'imposizione di minimi di trattamento inderogabile, impedisce che, rispetto ad imprenditori che applicano i contratti collettivi (per l'elevato tasso di sindacalizzazione o per altre ragioni), le "imprese concorrenti possano incrementare la propria competitività praticando ai propri dipendenti trattamenti inferiori"[354]. La limitazione della concorrenza, peraltro, opera anche dal lato dei lavoratori, perché i minimi di trattamento, nel caso di monopsonio strutturale, impediscono ai lavoratori, in considerazione della loro debolezza contrattuale, di porsi in competizione offrendo, in cambio dell'occupazione, condizioni economiche e normative al ribasso. Ed analoga situazione si verifica anche in mercati più evoluti, dove il pluralismo di imprese – che riduce soltanto il carattere monopsonistico

---

monopolista: si trovano, cioè, in un mercato in cui i livelli di occupazione e le retribuzioni sono innaturalmente ridotti rispetto a quanto accadrebbe in una situazione di concorrenza fra gli imprenditori sul lato della manodopera".

[350] Il fenomeno ha riguardato tutti i paesi occidentali, seppure in forme, contenuti ed estensioni diverse, connesse alle differenti tradizioni storiche dei vari movimenti sindacali (*business unionism*, *competitive unionism*, sindacati di classe rivoluzionari o riformisti, sindacalismo soprattutto aziendale ecc.).

[351] Non è possibile accennare, in questa sede, alla problematica del contratto collettivo come fonte del diritto. Le teorie che, nel nostro paese, negano tale qualificazione sono quelle ancora oggi assolutamente dominanti, anche se probabilmente, soprattutto in relazione a determinate funzioni svolte dal contratto collettivo su delega della legge, la configurazione quale fonte del contratto collettivo sarebbe coerente con le elaborazioni teoriche in materia della dottrina giuspubblicistica.

[352] Ovviamente è vero anche il contrario: i costi diretti ed indiretti diminuiscono se il contratto collettivo non svolge una funzione espansiva ma riduce i diritti (retributivi e non) già esistenti o ne limita i contenuti per il futuro.

[353] Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, 2016, 25 ss.; Lyon Caen, *Droit du travail et concurrence*, e De Luca Tamajo, *Concorrenza e diritto del lavoro*, entrambi in Perulli (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 3 e p.13. La scienza economica, inoltre, ha individuato ulteriori funzioni economiche del contratto collettivo (correzione delle asimmetrie informative rispetto ai datori di lavoro; riduzione della valutazione comparativa a cui i lavoratori sarebbero sottoposti dall'imprenditore; drastica riduzione dei costi di transazione), che non possono qui essere esaminate (rinvio, per l'esame di queste funzioni, ad Ichino, *Il contratto di lavoro*, *cit.*, 150 ss.).

[354] Ichino, *Il contratto di lavoro*, *cit.*, 21. Cfr. anche De Luca Tamajo, op. cit., 13 ss.

del mercato del lavoro, senza eliminarlo del tutto[355] – non esclude che i lavoratori possano sempre farsi concorrenza proponendo condizioni giuridiche ed economiche deteriori[356].

Non va dimenticato, poi, che i contratti collettivi, sia nei paesi in cui esiste una legge sul salario minimo, sia in quelli, come il nostro, in cui tale legislazione è assente, hanno la fondamentale funzione di distribuire ricchezza tramite la predeterminazione delle retribuzioni di base o, in epoche più recenti, con la remunerazione (particolarmente a livello aziendale) degli incrementi di produttività realizzati dalle imprese. L'estensione di tale funzione di ripartizione della ricchezza, che riguarda milioni di lavoratori, ha importanti effetti macroeconomici. I contratti collettivi, di fatto, condizionano i livelli dei redditi dei lavoratori dipendenti e delle loro famiglie e quindi influenzano la domanda aggregata di beni, l'offerta dei prodotti (e, quindi, la quantità e qualità della produzione), il livello dei prezzi e l'andamento del tasso di inflazione. Inoltre, il costo del lavoro, nella sua dinamica complessiva, è in grado di interagire con il tasso di occupazione e di disoccupazione. Senza dimenticare che l'entità dei salari si riflette, oltre che sulla domanda di consumi, anche sul livello delle entrate fiscali dello stato ed incide quindi sul bilancio e sulle risorse disponibili per investimenti, sostegno alle imprese e alle famiglie, politiche di *Welfare* ecc.[357]. La dimensione economica svolta dalla contrattazione collettiva è una delle ragioni – anche se non l'unica - che spiega la stagione della concertazione delle politiche economiche sociali, dove, tramite accordi collettivi triangolari, lo Stato e le organizzazioni sindacali imprenditoriali e dei lavoratori hanno cercato di definire consensualmente interventi in grado di interagire sulle variabili macroeconomiche già descritte (redditi, consumi, occupazione, fiscalità ecc.)[358].

In linea più generale si può anche dire che, anche in conseguenza della recente maggiore integrazione economica dell'unione Europea, il diritto del lavoro è diventato uno strumento di politica economica[359], di cui si afferma la capacità di influenzare fattori determinanti quali l'occupazione, la crescita del PIL, il tasso di inflazione, la produttività del sistema. Tornerò su tali aspetti. Qui è opportuno sottolineare come la dimensione economica di questo ramo del diritto, già presente sin dalle origini, si sia ulteriormente ampliata, con effetti che hanno radicalmente inciso sulla sua stessa funzione. Questa profonda compenetrazione si giustifica con il fatto che il diritto del lavoro può essere considerato come un "diritto della produzione" di beni o servizi[360], che incide quindi, direttamente o indirettamente, sulla dimensione economica a livello micro e macro.

---

355 Ichino, *op. ult. cit.*, 14 ss.; Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, p. 21; Id., *Diritto del lavoro*, Giuffré, 2016, p. 112 ss.

356 De Luca Tamajo, op. cit., 13 ss.; Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 24.

357 Il livello delle remunerazioni fissato dai contratti collettivi condiziona anche le entrate degli istituti previdenziali ed ha quindi effetti diretti sulla sostenibilità della spesa pensionistica (che dipende dai contributi versati per i lavoratori in attività) e su altre politiche sociali ed assistenziali.

358 Sulla concertazione si rinvia (con particolare riferimento alle esperienze realizzate nel nostro paese) a Regini, *Le implicazioni teoriche della concertazione italiana*, in *DLRI*, 1996, 719 ss.; Bellardi, *Concertazione e contrattazione. Soggetti, poteri e dinamiche*, Cacucci, 1999; Id., *Istituzionalizzazione e (in)stabilità della concertazione sociale*, in *ADL,* 2001, p. 87; Id., *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli accordi separati del 2009*, in *RGL*, 2009, I, p. 447; Ghera, *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, *RIDL*, I, 2000, 115 ss.

359 Streeck, *Taking crisis seriously. Capitalism on Its Way Out, SM*, 2014, p. 45; Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 21.

360 Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, *LD*, 2015, 260.

3. L'evoluzione del diritto del lavoro come riduzione o esclusione della dimensione economica.

Lo sviluppo del diritto del lavoro può essere analizzato da diversi punti di vista, che mettono in evidenza le ragioni storiche della sua evoluzione. Senza dubbio, una delle chiavi di lettura che giustifica questa dinamica è la eliminazione o la drastica riduzione della dimensione economica del rapporto di lavoro. Le ragioni sono facilmente intuibili. In primo luogo il lavoratore è un soggetto che ha limiti biologici che ne impediscono l'assimilazione ad una macchina o ad altri fattori produttivi "inerti", sotto il profilo della resistenza fisica alla fatica, all'usura, del condizionamento dovuto a patologie ecc. Egli inoltre è una persona. Pertanto, è impossibile separare il lavoro, inteso come bene – oggetto (le energie spendibili che possono essere cedute nel mercato del lavoro) dalla sua essenza umana e, quindi, dalla sfera psicologica e dall'insieme di attributi che ne connotano la personalità, con quella "che è stata chiamata l'implicazione della persona umana nella prestazione di lavoro"[361]. D'altra parte il rapporto di lavoro si fonda su una relazione di potere, anzi, secondo una autorevole opinione, "è un rapporto di dominio occultato dal contratto"[362]. E la soggezione a tale potere è giuridica (la subordinazione alle direttive dell'altro contraente), organizzativa (perché il lavoratore è parte della struttura dell'impresa che gli è estranea dal punto di vista proprietario ed è da altri organizzata) ed economica (in quanto il dipendente trae dalla prestazione il suo unico reddito, in un mercato caratterizzato da uno squilibrio tra domanda ed offerta di lavoro e da disoccupazione strutturale).

Queste caratteristiche hanno determinato – per effetto di una pluralità di fattori (crescita e diffusione delle organizzazioni sindacali; nascita e sviluppo di movimenti politici *pro labour* e loro influenza sulla *governance* degli Stati nazionali; costituzionalizzazione del diritto del lavoro; diffusione della Stato sociale ecc.) – una giuridificazione del rapporto di lavoro nel profilo individuale e collettivo, che gradualmente produrrà l'effetto di "immunizzare" (totalmente o parzialmente) il lavoratore dalla sua dimensione di fattore della produzione.

La giuridificazione si svilupperà con tecniche e gradi di intensità diversi. Un'analisi storica accurata richiederebbe la individuazione delle varie fasi di sviluppo del diritto del lavoro nazionale ed internazionale (Stato liberale, totalitarismi, democrazie costituzionali ecc.), perché ciascuna di esse ha connotati e caratteristiche assai diverse, come sottolineato da importanti contributi teorici[363]. In questa sede mi limiterò a mettere in evidenza alcune linee di tendenza, con un approccio sintetico necessariamente sommario ma che servirà comunque a spiegare il processo che intendo illustrare.

In un primo momento la giuridificazione si sostanzia nella emanazione di una legislazione sociale che ha come obiettivo la tutela della integrità fisica e morale del lavoratore (riduzione dell'orario di lavoro; limiti all'età lavorativa; assicurazione obbligatoria ecc.), nell'ottica, tipica dello Stato

---

[361] Prosperetti U., *Lavoro (fenomeno giuridico)*, *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, 1973, p. 332, che richiama il fondamentale contributo scientifico dato da F. Santoro Passarelli. Il profilo della implicazione della persona nel lavoro è stato poi ulteriormente sviluppato da Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1967.

[362] Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in Giugni, *Lavoro, legge contratti*, Il Mulino, 1989 (testo 1979), 256.

[363] Per restare solo all'ambito nazionale, rinvio, tra gli altri, a Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., 249 ss.; Id., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Lavoro, legge contratti*, cit., 1982, 299 ss.; Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, *cit.*, 181 ss.; Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali: diritto del lavoro tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 2007; Castelvetri, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, 1994; Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, 351 ss.

liberale, di proteggere il lavoro "solo quando appaiono insopportabili, anche per la coscienza (dell'epoca), gli effetti del libero agire industriale"[364] ed in un contesto di "indisturbata gestione del lavoro come materia prima commerciabile"[365]. In sede scientifica, sempre in considerazione della implicazione della persona nel contratto[366], va segnalata l'opera di Lotmar, che "segna una svolta fondamentale della scienza giuridica. Essa separò il diritto del lavoro dal diritto delle merci"[367]. Lo Stato liberale garantisce la libertà contrattuale del singolo e quindi anche del lavoratore[368]. Tuttavia tale libertà non è in grado di eliminare la disuguaglianza di potere strutturale tra datore di lavoro e lavoratore[369] e la sua subordinazione economica. "La libertà, che il contratto gli ha conferito, e tutt'al più libertà di scegliersi autonomamente l'occupazione ma non anche la libertà di determinare autonomamente le proprie condizioni di vita e di lavoro"[370], anche perché "libero non è colui che ha un diritto astratto senza il potere di esercitarlo, bensì colui che oltre a diritto ne ha anche il potere di esercizio"[371].

A questo problema tenterà di dare soluzione il diritto del lavoro, nato dalla azione del movimento operaio che si oppone "a quella violenza sulla persona umana che si esercitava, nei confronti del lavoratore, attraverso un diritto che non prendeva in considerazione la sua particolare posizione sociale. Il senso del diritto del lavoro consiste nel fatto che questo non si accontenta dell'eguaglianza formale dei soggetti, su cui si fonda la precedente regolamentazione, bensì dà rilievo giuridico alla particolare posizione sociale del lavoratore"[372].

Questa funzione del diritto del lavoro si realizzerà in modo diverso. Una prima linea di intervento è quella di introdurre norme che limitano le "conseguenze logiche del concetto di scambio tutte le volte che tali conseguenze si rivelano incompatibili con l'esigenza di tutela della dignità e della sicurezza del lavoratore. In tal modo la personalità della prestazione di lavoro viene a costituire il criterio di numerose deroghe ai principi generali dei contratti e delle obbligazioni, le quali rompono la simmetria delle due posizioni giuridiche cui il rapporto di lavoro mette capo"[373]. Vi è poi il riconoscimento di una serie di diritti del lavoratore nel contratto, che impongono limiti ai poteri organizzativi in capo all'imprenditore. Essi, pur in considerazione dell'indissolubile "collegamento

---

[364] Passaniti, *Storia del diritto del lavoro, cit.*, 13.

[365] *Ibidem*. L'autore rileva come questa gestione avveniva con "modalità che, nell'era della flessibilità, possono persino apparire, come dire, avveniristiche. Secondo i dati, da ritenersi sottostimati, della Società Umanitaria, nel 1903 a Milano operavano 111 agenzie a pagamento per il collocamento della manodopera".

[366] "Il lavoratore non impegna nel rapporto col datore di lavoro qualche cosa del suo patrimonio distinto dalla sua persona, ma impegna la sua stessa persona; egli non mette in gioco il suo avere, ma piuttosto il suo essere": Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 21 – 22.

[367] Mengoni, *op. cit.*, 22.

[368] Mengoni, *op. cit., 22*; Romagnoli, *Diritto del lavoro*, *cit.*, 424 e 433; Mazzoni, *Diritto del lavoro e sindacale*, *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, 1068.

[369] Romagnoli, *Diritto del lavoro*, *cit.*, 437. In senso analogo, tra gli innumerevoli a. che hanno affermato questo principio, cfr. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, *cit.*, 183 ss.; Id., *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 20; Prosperetti, op. cit., 332; Mazzoni, *op. cit.*, 1068; Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., 259 ss.; Grandi, op. cit., 589 ss.

[370] Sinzheimer, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, *DLRI*, 1979 (ma 1928), 220. La stessa opinione è espressa da Mengoni, cit. nt. precedente.

[371] Bobbio, *Libertà e potere*, in *Politica e cultura*, Einaudi, 1995 (ma 1955), 273.

[372] Sinzheimer, *op. cit.*, 221.

[373] Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 28 e gli altri autori cit. nella nt. 29.

dell'uomo che lavora con la (dimensione economica della) sua prestazione"[374], sono diretti a garantire la "dimensione umana della prestazione di lavoro nei confronti del potere organizzativo e direttivo dell'imprenditore, alla quale, mediante il contratto, è assoggettata"[375]. Successivamente, in Italia tramite lo statuto dei lavoratori, tali poteri verranno strettamente funzionalizzati alle esigenze tecnico organizzative, depurandole da finalità diverse che erano lesive della dignità del lavoratore[376]. Inoltre, con forme e realtà diverse nelle varie esperienze europee, vi saranno lo sviluppo del movimento sindacale e la crescita della contrattazione collettiva, che produrranno un incremento dei diritti (non solo salariali) dei lavoratori e quale espressione di un vero e proprio "potere sociale"[377] che trascende la mera realtà economica. Si creerà, infatti, un "contropotere" fondato sulla rappresentanza collettiva degli interessi che incide sulla gestione della fabbrica ed impone di negoziare la struttura ed il funzionamento dell'organizzazione produttiva. In tal modo si finirà per incidere sulle prerogative imprenditoriali che sono espressione del diritto di proprietà e dell'iniziativa economica privata. Ed in questo contesto la contrattazione collettiva estenderà in misura significativa i diritti "non economici" connessi al rapporto di lavoro, con una limitazione consistente proprio di tali prerogative quando incidono sulla dinamica del rapporto di lavoro (come ad esempio in tema di professionalità, orario, licenziamenti individuali e collettivi ecc.).

Un momento fondamentale di questo processo può essere identificato nella dichiarazione secondo cui "il lavoro non deve essere considerato semplicemente una merce o un articolo di commercio" contenuta nel Trattato di Versailles (1919) (art. 427, Pt. XIII) e poi ribadita in modo solenne dalla "Dichiarazione di Filadelfia" del 10 maggio 1944 dell'O.I.L.[378]. Tale espressione ha "acquistato successivamente il più ampio significato etico giuridico di recisa negazione del valore mercantile del lavoro, spostando la protezione del lavoro in astratto ai diritti fondamentali della persona che lavora, per la quale il lavoro è opportunità di sviluppo della persona umana e di progresso materiale"[379].

Questa demercificazione del lavoro ha trovato un suo snodo fondamentale nella costituzionalizzazione dei diritti dei lavoratori e nella loro trasformazione in diritti fondamentali. La Costituzione di Weimar (emanata l'11 agosto 1919) costituisce uno dei primi e più straordinari esempi di legge fondamentale a carattere sociale che faceva del lavoro l'oggetto della "speciale protezione del

---

[374] Sinzheimer, *op. cit.*, 222.

[375] Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 52.

[376] Infatti, "l'idea madre dello Statuto è che l'organizzazione tecnico-produttiva dell'impresa deve modellarsi sull'uomo e non viceversa" (Mengoni, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, 379). Su tali caratteristiche dello Statuto cfr., per tutti, Romagnoli, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *DLRI*, 2013, 503; Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, *cit.*, 12; Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, 1982, 61 ss.

[377] Sinzheimer, *op. cit.*, 227.

[378] Su tali aspetti cfr. O'Higgins, *"Il lavoro non è una merce". Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, *DLRI*, 1996, 295 ss.; Grandi, op. cit., 557 ss.; Supiot, *The Spirit of Philadelfia: Social Justice vs. the Total Market*, Verso Books, 2012. Il significato di tale espressione è stato ampiamente analizzato. Secondo alcuni con essa si voleva ribadire "che lavoro non può essere considerato un'entità indipendente dalla persona del lavoratore, che il rapporto di lavoro deve poggiare anche su un fondamento etico e non può essere perciò regolato sul mercato, che il salario non può essere solo il valore di scambio della prestazione, perché deve garantirgli il mantenimento in condizioni di salute e sicurezza fisica e mentale": Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, *cit.*, p. 7, con riferimento alla opinione di John Ellis Ingram, economista irlandese morto nel 1907 che, secondo O' Higgins formulò tale espressione nel Trade Union Congress del 1880.

[379] Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, *cit.*, 8.

Reich" (art. 157) e affermava principi che saranno in parte ripresi dalla Costituzione italiana e da altre Costituzioni europee[380]. In questo contesto, il lavoro diventa un "diritto" e viene tutelato anche nei suoi profili economici (retribuzione, indennità di disoccupazione, protezione contro la malattia, la vecchiaia, tutela della disabilità) con una logica che - pur in correlazione con la funzione produttiva del lavoratore - la trascende, in una dimensione che si preoccupa di garantirne la qualità esistenziale[381]. Da questo punto di vista l'art. 36 della Costituzione italiana ne è un esempio evidente. Non solo si individuano parametri che condizionano il valore dello scambio ("qualità e quantità"), sottraendo la remunerazione al principio del "salario di equilibrio" che, secondo l'economia classica (e neoclassica) è il risultato del rapporto tra domanda e offerta di lavoro[382]. Si stabilisce, inoltre, che essa deve essere "in ogni caso" sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa, con l'attribuzione al salario di caratteri estranei al rapporto di scambio e legati a profili esistenziali (libertà e dignità) che coinvolgono diritti espressione della personalità umana[383]. La costituzionalizzazione del lavoro, peraltro, si realizza nel nostro paese anche con l'attribuzione di altri diritti fondamentali (eguaglianza senza distinzione di sesso nelle condizioni di lavoro, libertà, dignità, salute e sicurezza ecc.). Inoltre, si riconosce il diritto di associazione, di attività sindacale e di contrattazione collettiva, in un ambito dove il "contropotere sindacale"[384] e la rilevanza collettiva del lavoro diventano parte integrante della nostra legge fondamentale.

In Italia lo Statuto del 1970 realizza il disegno costituzionale, e costituisce "un *bill of rights*, una Carta di diritti fondamentali e indisponibili"[385], con la quale la Costituzione "varca il cancello delle fabbriche"[386]. Oltre alla razionalizzazione dei poteri imprenditoriali[387], la legge istituzionalizza il contro potere sindacale in azienda e soprattutto segna il passaggio dalla tutela del lavoratore come "contraente debole" a quella della prevalenza "nella figura del cittadino –lavoratore, del 'cittadino' sul 'lavoratore', rendendo "esigibili le garanzie della cittadinanza democratica costituzionalmente garantita di cui era solitamente negata *a priori* la conciliabilità con regolare adempimento dell'obbligazione contrattuale" di lavoratore subordinato[388].

La costituzionalizzazione del lavoro si è sviluppata anche in Europa, con un processo di crescita progressiva dei diritti fondamentali individuali e collettivi e con enfasi a volte anche superiore a

---

380 Sulla Costituzione di Weimar, cfr. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, 1946; Sinzheimer, op. cit., 227 ss. Sul diritto del lavoro espresso nell'ambito di quella Costituzione cfr. Vardaro, *Il diritto del lavoro nel laboratorio "Weimar"*, in L. Gaeta, R. Marchitiello, P. Pascucci (a cura di), *Itinerari*, Angeli, 1989 (ma 1981), 25 ss.; Romagnoli, *Weimar e il diritto del lavoro in Italia*, in *LD*, 2010, 181 ss.

381 Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 52 ss., che sottolinea come si è in presenza di un processo che pone la "dignità" del lavoratore al centro della regolazione, con "un valore in cui numerose costituzioni del secondo dopoguerra ripongono espressamente la fondazione ultima dell'ordinamento giuridico" (53).

382 Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 11 ss.; Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 116 ss. (a questo autori si rinvia per le indicazioni bibliografiche sugli economisti classici e neoclassici). Su tali aspetti del salario sufficiente garantito dall'art. 36 Cost. cfr. Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, *cit.*, 11; Mazzotta, *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica. Spunti per una discussione*, in Ballestrero, De Simone (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*. Giappichelli, 2009, p. 6.

383 In tal senso, tra gli altri, Ballestrero, op. cit., 12; Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 52 ss.

384 Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 303.

385 Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, *cit.*, 12.

386 Romagnoli, *Diritto del lavoro*, *cit.*, 444, che cita la famosa espressione di Vittorio Foa.

387 V. *retro* gli a. cit. nella nt. 42.

388 Romagnoli, *Diritto del lavoro*, *cit.*, 443 e 444.

quelle delle Costituzioni nazionali per quanto attiene ad esempio il diritto antidiscriminatorio, che tutela "l'essenza" della persona umana nei suoi profili più delicati (razza, sesso, religione, lingua, colore della pelle, origine etnica e sociale, caratteristiche genetiche, opinioni politiche, ecc.). L'inserimento nel Trattato sull'Unione Europea delle Carte dei diritti fondamentali - avvenuta tra l'altro in epoca recente, quando il processo di rimercificazione del lavoro era già da tempo in atto - costituisce una delle espressioni più elevate di questa valorizzazione del lavoro. Tutti i profili del lavoro individuali (dignità, libertà, eguaglianza, non discriminatorietà, salute, sicurezza, accesso alla occupazione, protezione contro il licenziamento ecc.) e collettivi (contratti, azioni di lotta, sciopero, informazione e consultazione) sono presi in considerazione, aggiungendosi alle numerose disposizioni in materia già contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea[389]. A questo imponente apparato di norme giuridiche nazionali ed europee può essere esteso il giudizio espresso nei confronti dei 4 articoli sul lavoro contenuti nelle prime 12 disposizioni della Costituzione italiana. La parola "'lavoro' ha un significato di *pars pro toto* (e) intende l'uomo nella totalità della sua persona, fatta di corpo e di anima, della quale il lavoro è una delle manifestazioni più nobili"[390]. E si è correttamente sottolineato che "le costituzioni post liberali" hanno attribuito al lavoro "la virtù di connotare l'identità degli individui"[391].

Non va dimenticato, infine, che il diritto del lavoro è stato uno strumento di emancipazione di una collettività umana legata da caratteri socioeconomici comuni. Già tra le due guerre mondiali si sottolineava come il lavoratore "non è solo soggetto giuridico bensì anche appartenente alla classe, e cioè portatore di una condizione di classe, che si ribella se il diritto prescinde da essa". E si affermava che la funzione del diritto del lavoro era proprio quella di riconoscere questa particolare posizione sociale[392]. La nostra Costituzione, nell'art. 3, c. 2, ribadisce la necessità di rimuovere gli ostacoli che "limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono… l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Il diritto del lavoro è stato uno degli strumenti (certamente non l'unico) che ha garantito questo processo. Le modalità attuative sono state diverse. La "penetrazione dei diritti costituzionali nella sfera dei rapporti interprivati"[393], la riduzione delle prerogative imprenditoriali in azienda derivante dal riconoscimento legislativo e dalla presenza sindacale in azienda, la diffusione della contrattazione collettiva come mezzo di espansione di diritti e di reddito, la partecipazione del sindacato alla gestione dell'economia (politica dei redditi; concertazione; dialogo sociale), lo sviluppo dello Stato sociale inteso non solo come *welfare* ma come espressione di un nuovo "diritto di cittadinanza dei lavoratori subordinati".

In sostanza "quello del lavoro è stato *il* diritto del Novecento non solo perché il Novecento era il secolo del lavoro inteso come risorsa indispensabile al sistema della produzione industriale, ma anche perché le culture, le religioni, le ideologie prevalenti" hanno inteso il lavoro "come fattore

---

389 Art. 6 TUE; artt. 151 ss. TFUE.

390 Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 81.

391 Romagnoli, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, in *LD*, 2005, p. 529.

392 Sinzheimer, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, *DLRI*, 1979, p. 230.

393 Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., 282.

di inclusione sociale"[394]. Il diritto del lavoro è stato dunque il "diritto del secolo"[395], e "ha potuto contribuire ad avvicinare le società dell'Occidente europeo alla soluzione del problema di come far coesistere benessere economico, coesione sociale, democrazia politica"[396].

L'insieme di tutti gli elementi sopra descritti mette in evidenza il momento di maggiore distanza tra diritto del lavoro ed economia, in un contesto che ha visto l'affermazione di una "cultura giuridica che subordina alla politica l'economia" ed ha segnato l'inizio della "età della de-mercificazione del lavoro"[397]. Esso manifesta anche una particolare antropologia del lavoro che vede l'*homo economicus* (a fondamento della teoria economica classica) come titolare di diritti inalienabili che prevalgono sulla sua indiscutibile dimensione produttiva e che affranca il lavoro dalla prospettiva economicista e tutta legata all'*homo faber* tipico del modo di produzione capitalistico[398].

4. La "rivincita" dell'economia: gli anni '80.

Questo processo di "affrancamento" dalla dimensione economica non poteva ovviamente essere indifferente ai mutamenti storici che si sono verificati nel contesto produttivo in cui il rapporto di lavoro si muove. Non va dimenticato, infatti, che nel contratto di lavoro convivono "come aspetti tipici della fattispecie, il profilo del lavoro – oggetto e il profilo del lavoro soggetto: il lavoro come attività oggettivabile e il lavoro come espressione inoggettivabile della persona"[399]. Ed è quindi naturale che il primo profilo risenta inevitabilmente dei cambiamenti nei sistemi economici e produttivi. Senza dimenticare che la crescita esponenziale dei diritti dei lavoratori di fonte legale e contrattuale, realizzata con norme inderogabili non modificabili a livello individuale, ha avuto effetti rilevanti sia a livello *micro* (la crescita dei costi diretti ed indiretti delle imprese), sia a livello *macro*. Basti pensare, da questo punto di vista, alla incidenza che l'incremento dei salari ha avuto su variabili come domanda aggregata, offerta, inflazione, occupazione, consumi (v. § 3).

Pochi anni dopo l'emanazione dello statuto dei lavoratori, lo shock petrolifero del 1973 - insieme a fattori ulteriori quali la guerra nel Vietnam (con effetti inflazionistici), la crisi di sovrapproduzione dei sistemi economici occidentali dopo la *Golden Age* degli anni '60, la fine del sistema dei cambi fissi nato a *Bretton Wood* e la loro libera oscillazione sui mercati ecc. – determinarono conseguenze assai negative sull'economia italiana, con "una rovinosa svalutazione della moneta

---

[394] Romagnoli, *Divagazioni sul rapporto*, cit., 529. In tal senso anche Gorz, *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica*, Bollati Boringhieri, 1995, 21 ss.; Gallino, *Se tre milioni vi sembrano pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, Einaudi, 1998, XIX.

[395] Scognamiglio, *Intervento*, in Aa.Vv., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia. Atti del Convegno tenuto a Roma il 27 maggio 1996*, Cacucci, 1997.

[396] Romagnoli, *Diritto del lavoro e quadro economico*, *cit.*, 587.

[397] *Ivi*, 586.

[398] Infatti, "il Novecento è stato – come negarlo – il secolo dell'*Homo faber*. Quello in cui, quasi con ferocia, l'uomo è stato ridotto alla sua funzione produttiva, ed il mondo a realtà fabbricata" (Revelli, *Oltre il novecento. La politica, le ideologie e le insidie del lavoro*, Einaudi, 2001, VIII).

[399] Grandi, op. cit., 574 – 575. E si era già rilevato che nella disciplina del codice civile "convergono due idee antitetiche, che conferiscono al rapporto di lavoro un carattere misto di rapporto patrimoniale e insieme personale: da una parte l'idea classica del lavoro oggettivamente considerato come bene di scambio avente un prezzo di mercato: d'altra parte l'idea del lavoro come manifestazione della personalità del lavoratore, e quindi come contenuto di un vincolo personale di collaborazione da uomo a uomo": Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 23.

seguita da lunghi anni di inflazione a due cifre e da tassi crescenti di disoccupazione"[400]. Vennero pertanto introdotti interventi legislativi che avevano l'obiettivo di attenuare gli effetti delle normative garantistiche, con la creazione di un "diritto del lavoro dell'emergenza" (poi trasformato in "diritto della crisi")[401] ed incidendo anche sulla dinamica salariale al fine di ridurre l'incremento del costo del lavoro. Sempre in quegli anni, tra l'altro, venne affermata la fine della teoria del salario come "variabile indipendente" dal profitto, che aveva sollecitato politiche rivendicative del sindacato assai sostenute e sganciate dal livello di produttività nella singola impresa o nel sistema produttivo a cui il ccnl faceva riferimento[402]. Questa interpretazione, il cui abbandono venne salutato come il riconoscimento, anche da parte della sinistra, della esistenza delle "compatibilità economiche" sempre in precedenza negate, in realtà aveva un solido fondamento scientifico. Essa, infatti, era stata sostenuta nel 1960 da un grande economista quale Sraffa (*Produzione di merci a mezzo di merci*) ed era stata ripresa da Claudio Napoleoni, e non poteva quindi essere considerata soltanto come una espressione di "massimalismo anticapitalista" propria di alcune forze politiche dell'epoca[403]. La crisi di quegli anni aveva intaccato comunque "l'illusione che sotto il 'capitalismo democratizzato', i diritti sociali potessero essere estesi in maniera indefinita, ancorché graduale, con il sostegno dello Stato e con l'accettazione delle imprese, anch'esse appoggiate da risorse pubbliche"[404].

Negli anni '80 si verificarono altre importanti innovazioni. In primo luogo una vera e propria rivoluzione tecnologica (quella informatica) che incideva su strutture e sistemi di produzione ed accentuava, sotto alcuni profili, la crisi occupazionale delle imprese, sollecitate in molti casi a drastiche riduzioni del personale sia per le nuove tecnologie *labour saving*, sia per affrontare il maggior livello di competitività da esse prodotto (che stimolavano risparmi sul costo del lavoro). Si diffusero inoltre diversi modi di produzione, più efficienti e meno costosi, che produssero processi di ristrutturazione e riconversione delle imprese. Cominciarono fenomeni più accentuati di interconnessione dell'economia e di internazionalizzazione dei mercati. A livello macro, si riducono le politiche Keynesiane di intervento pubblico nell'economia e di sostegno alla domanda aggregata, con l'inizio della stagione del controllo dei bilanci statali prima in funzione di controllo dell'inflazione e poi come leva di crescita economica.

A queste modifiche strutturali si affiancarono mutamenti decisivi a livello ideologico. Il neo liberismo (con la sua variante economica della teoria neoclassica) diventa il pensiero dominante, con importanti ricadute sul piano del diritto del lavoro. Da un lato si diffonde l'idea, già espressa molti anni prima[405], che la rappresentanza sindacale e la contrattazione collettiva costituiscono un

---

[400] Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, *cit.*, 191. Su tali aspetti cfr. anche Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, *cit.*, 598; Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 21.

[401] De Luca Tamajo, Ventura, *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, 1979; Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 304 ss.; Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, *cit.*, 192.

[402] Il riferimento è alla famosa "svolta dell'Eur", quando Luciano Lama, al congresso CGIL svoltosi a Roma il 13 e 14 febbraio 1978, abbandonò la tesi sul salario descritta nel testo.

[403] Sul salario come "variabile indipendente" e sul ruolo di Sraffa e Napoleoni cfr. Cavalieri, *Scienza economica e umanesimo positivo (Claudio Napoleoni e la critica della ragione economica*), Angeli, 2006, p. 37 ss.

[404] Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, *cit.*, 598, che riferisce l'opinione di Streeck, *Le relazioni industriali oggi*, in *DRI*, 2009, p. 255 sulle aspettative di una "irresistibile addizione di diritti sociali".

[405] Hayek, *La società libera*, Vallecchi, 1969, 302 ss.

monopolio socialmente nocivo per gli interessi dei lavoratori e per il funzionamento del mercato[406]. Inoltre, si esprime l'opinione che, proprio in considerazione di tale funzione distorsiva, sarebbe necessario porre al centro del sistema il contratto individuale di lavoro quale fonte concorrente, se non prevalente, su quello collettivo, con una interpretazione che è stata definita di "neo contrattualismo radicale"[407]. Inizia, inoltre, il dibattito sulla flessibilità del lavoro, con la richiesta di riduzione dei diritti individuali e collettivi dei lavoratori quale strumento di crescita dell'occupazione e di modernizzazione dell'impresa, per adeguarla alle esigenze richieste dalle innovazioni tecnologiche e produttive.

L'insieme di questi fattori stimolerà importanti modifiche nei contenuti del diritto del lavoro. Uno dei più grandi giuristi del dopoguerra, in una relazione del 1982, sottolineerà come la crisi del *welfare state* rimetteva in discussione "le stesse premesse dottrinali sui cui appare fondato il modello di diritto del lavoro", a seguito "del venir meno delle condizioni eccezionali di espansione delle economie occidentali dopo il 1945"[408]. Sosteneva, inoltre, come "il grande processo in atto, di trasformazioni dell'apparato produttivo, e che è destinato a caratterizzare quanto meno il decennio in corso" richiedeva importanti modifiche in relazione ad inquadramenti, qualifiche, mobilità interaziendale, riqualificazione professionale, oltre alla eliminazione di "garantismi inutili o sproporzionati rispetto al risultato conseguito"[409]. In seguito, affermava come la flessibilizzazione del rapporto di lavoro era cosa diversa dalla deregolazione, e che se la prima era necessaria per "dominare i processi di cambiamento tecnologico ed affrontare il correlato problema della disoccupazione", essa tuttavia non doveva essere confusa con "il vero e proprio neo-liberismo, che in Italia, al momento presente, non ha un largo seguito"[410]. In tale ambito distingueva tra riforme imposte dal mutamento dei sistemi produttivi che sollecitavano, ad esempio, modalità più flessibili della legislazione sull'orario di lavoro ed altre richieste avanzate con forza dagli imprenditori in tema di riduzione delle tutele in materia di licenziamenti, di cui contestava la necessità e per la quale auspicava solo alcune riforme processuali e non sostanziali[411].

Il diritto del lavoro aveva dunque necessità di modifiche importanti ma con lo scopo del "mantenimento dell'alto livello delle garanzie acquisite ai lavoratori, e la loro estensione specie in senso orizzontale", con un garantismo da ripensare "secondo le esigenze di un'economia che è già alle soglie dell'età 'post industriale' e che richiede particolari velocità di decisione e di adattamento"[412].

La lunga citazione di questo importante autore non ha solo intenti celebrativi per un maestro del diritto del lavoro, ma mette in luce la funzione stessa di questo ramo del diritto: interconnessione inevitabile con l'economia, adattamento della disciplina alle nuove esigenze da essa scaturenti

---

406 Friedman, *Capitalismo e libertà,* Studio Tesi, 1987, 194 – 196.

407 Grandi, op. cit., 568, con riferimento alle tesi espresse da Epstein (*A Common Law for Labor Relations: a Critique of the New Deal Labor Legislation*, *YLJ*, 1983 p. 1357) e da Fried (*Individual and Collective Rights in Work Relation: Reflections on the Current State of Labor Law and Its Prospect*, *UCLR*, 1984, p. 1012).

408 Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 330.

409 *Ivi*, 327.

410 Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Lavoro, legge contratti*, cit., 349 – 350.

411 Ivi, 353 e 354.

412 Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 331 – 332.

ma riaffermazione della specifica funzione giuridica della materia in senso protettivo dei lavoratori e di bilanciamento delle garanzie individuali e collettive con le esigenze delle imprese. Insomma un diritto del lavoro sensibile ai "valori della cultura industriale, che sia in grado di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza"[413].

5. Gli anni '90 ed il nuovo secolo: globalizzazione, cambiamento dei mercati e dei sistemi produttivi, vincoli economici europei.

Gli anni '90 e quelli successivi di inizio secolo sino ad oggi sono caratterizzati da modifiche geopolitiche ed economiche di tale importanza da cambiare in modo radicale le istituzioni statuali, la società e le strutture economiche e produttive. Si tratta di innovazioni così ampie e radicali che anche una loro descrizione sommaria sarebbe impossibile. Mi limiterò a prendere in considerazione soltanto alcuni dei mutamenti più importanti che hanno maggiormente influenzato l'evoluzione del diritto del lavoro, con una visione sintetica relativa a processi in realtà caratterizzati da fasi e stadi diversi, che, per la loro complessità, non possono neanche essere accennati.

Un primo fattore determinante di cambiamento di questo ramo del diritto è la globalizzazione. Il riferimento è ad un processo tipico anche di altre fasi della storia umana, ma che, per quanto riguarda l'analisi qui svolta, ha particolarmente interessato il nostro pianeta dagli inizi degli anni '80 in poi (terza globalizzazione). In senso lato possiamo definire questa realtà come il progressivo allargamento della sfera delle relazioni sociali all'intero pianeta, con fenomeni di elevata intensità e rapidità su scala mondiale in campo economico, sociale, culturale ed ideologico. Questo processo tende a superare le barriere materiali e immateriali alla circolazione di persone, di cose, informazioni, conoscenze ed idee, uniformando condizioni economiche, stili di vita, "visioni della realtà" in conformità con il modello occidentale. Dal punto di vista più strettamente economico si tratta un ampliamento ed integrazione dei mercati delle merci, dei capitali e del lavoro ed in un allargamento delle aree di scambio e delle filiere produttive[414]. La globalizzazione è il frutto di un insieme di fattori di carattere politico[415], tecnologico[416], ideologico[417], economico[418].

---

[413] Ivi, 334.

[414] La bibliografia sulla globalizzazione è sterminata. Si vedano almeno, e senza alcuna pretesa di completezza, Beck, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria,* Carocci, 1997; Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, 1998; Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, 2000; Stigliz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, 2002; Rodrik, *The Globalization Paradox*, W. W. Norton & Company, 2011.

[415] Ad es. la fine dell'Unione Sovietica e del "socialismo reale"; la scelta, da parte della Cina, di adottare integralmente l'economia di mercato pur mantenendo una struttura politica di tipo comunista, con ampliamento a dismisura dell'area degli scambi; la eliminazione di vincoli normativi che riducono la libertà delle transazioni economiche e commerciali ("Washington consensus"); la scelta per le economie di mercato da parte di paesi che tradizionalmente ne erano esclusi; la soppressione di limiti protezionistici agli scambi e la facilitazione degli investimenti esteri; l'abbandono delle politiche kyenesiane di governo dell'economia ecc.

[416] Il riferimento è, ovviamente, alle nuove tecnologie informatiche e digitali in grado di ridurre drasticamente i tempi, i costi e gli ostacoli tecnici delle comunicazioni a distanza.

[417] La diffusione del liberismo ed il tramonto delle ideologie comuniste e di socialismo democratico; l'adozione di modelli ordo liberali basati sulla economia sociale di mercato o su forme di liberalismo più integrale, che prevedono una riduzione drastica dell'intervento dello stato nella gestione della economia e della società.

[418] La finanziarizzazione dell'economia; la creazione di un unico mercato internazionale di merci, capitali, lavoro con fenomeni di accentuata interdipendenza finanziaria (le borse integrate telematicamente e la conseguente interconnessione delle fasi di crescita o di regresso dei mercati) ed economica (le crisi o lo sviluppo di determinate aree economiche del mondo si riflettono su altri paesi molto lontani geograficamente); l'ingresso di nuovi soggetti economici in grado di influenzare l'economia mondiale (ad es. la Cina) ecc.

Per quanto attiene ai rapporti di lavoro, essa produce conseguenze di straordinaria importanza. In un mercato ormai unico, si affacciano paesi in grado di produrre a costi molto più ridotti, con prezzi più competitivi ed a pari condizioni tecnologiche. Questo valore aggiunto è legato in via principale alla entità irrisoria dei salari rispetto agli standard occidentali[419]. Inoltre, vanno considerate anche l'assenza di discipline a tutela dei lavoratori oltre che alla mancanza di organizzazioni sindacali (con riduzione drastica, quindi, dei costi diretti ed indiretti connessi ai vincoli normativi e alle politiche sindacali). Ne deriva, in primo luogo una riduzione della capacità produttiva delle imprese occidentali (per la diminuzione della domanda aggregata), con i conseguenti riflessi occupazionali. Il *dumping* salariale esercitato da questi paesi produce enormi pressioni sulla dinamica delle remunerazioni dei lavoratori, imponendo alle organizzazioni sindacali strategie di contenimento delle retribuzioni e di moderazione delle richieste di incrementi salariali, in un contesto generale di una minore distribuzione ai salari della quota di valore aggiunto della ricchezza nazionale. Inoltre, in nazioni occidentali caratterizzate da costi del lavoro elevati (per finanziare, in misura più o meno accentuata, lo stato sociale), la concorrenza "al ribasso" descritta sollecita la riduzione delle tutele normative, al fine di ridurre i costi indiretti esercitati sulle imprese (v. § 2) e per aumentare la loro competitività. L'apertura dei mercati e la necessità di resistere ai fenomeni di *dumping* descritti spinge le imprese alle delocalizzazioni nei paesi a costi del lavoro assai ridotti, con i connessi effetti di riduzione dell'occupazione.

La liberalizzazione dei capitali e le nuove tecnologie (che hanno eliminato le barriere spazio temporali), oltre a stimolare la crescita a dismisura del mercato borsistico e la finanziarizzazione dell'economia, determinano una accentuata mobilità negli investimenti ed un'ulteriore integrazione economica tra paesi e soggetti produttori e distributori. Il capitale perde (o riduce) la sua dimensione territoriale, si internazionalizza e diventa anche esso "globale". Tale mobilità incide sulle convenienze economiche delle imprese ad aprire e chiudere attività produttive, con i connessi riflessi occupazionali. In senso generale si assiste ad un fenomeno di inasprimento della concorrenza, di ricerca di prezzi e costi più convenienti su scala internazionale. Tali fenomeni spingono ulteriormente ad incidere su tutti i fattori, anche normativi, che costituiscono un ostacolo al nuovo "valore assoluto" della "imperativa 'regola' capitalistica dei costi"[420] e stimolano processi di deregolazione dell'apparato di tutele garantito dal diritto del lavoro, che, come si è più volte detto, incide, sull'assetto economico dell'impresa.

Un altro fattore di determinante importanza è costituito dall'innovazione tecnologica. Il processo innovativo, iniziato negli anni '80 con la rivoluzione informatica, si sviluppa in modo tumultuoso prima con la diffusione delle ICT, poi con le nuove frontiere della economia digitale. Essa produce effetti molteplici sui rapporti di lavoro. La robotizzazione e la diffusione di macchinari sempre più

---

[419] Nel 2000 Gallino scriveva che "il costo del lavoro (oneri sociali inclusi) nell'industria manifatturiera nella Germania occidentale ammontava a 44 marchi l'ora. Nel medesimo anno esso era di 36 marchi in Giappone, 3, 5 marchi in Polonia e 1(uno) in Indonesia" (Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, cit., 26). I 26 anni trascorsi non hanno mutato in modo significativo la situazione. Secondo Eurostat (l'Istituto di statistica europeo), nel 2014 il costo del lavoro orario era di 3,8 Euro per la Bulgaria, 4, 6 Euro per la Romania, 28, 3 Euro in Italia (rispetto ad una media europea di 29 Euro). In base ai dati del Fondo Monetario internazionale riferiti al 2010, il costo del lavoro (comprensivo dei contributi) *per anno* del salario minimo è di 672 dollari per la Cambogia, 993 per l'India, 1089 per l'Indonesia, 2.250 per la Cina, 2.451 per la Thailandia!

[420] Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, p. 75.

intelligenti e capaci di sostituire il lavoro umano influenza le dinamiche occupazionali[421]. Le tecnologie impongono nuove professionalità, con rapida obsolescenza di quella esistenti. Esse inoltre determinano enormi incrementi di produttività, con tutte le annesse conseguenze in termini di occupazione e salario. Sono inoltre in grado di incidere sullo spazio e sul tempo del lavoro produttivo, consentendo prestazioni a distanza (ad es. telelavoro) o addirittura in assenza di un luogo fisico in cui si svolge l'attività ed in mancanza di vincoli più o meno rigidi di orario. Senza dimenticare gli approcci più recenti del lavoro tramite piattaforme digitali, in cui manca il contatto diretto tra lavoratore e committente e la prestazione si svolge pressocché esclusivamente in rete[422].

Alla innovazione tecnologica si accompagna la diffusione di nuove forme di organizzazione del lavoro (*lean production*, just *in time*, qualità totale, "catena del valore" di M. Porter), con l'introduzione di sistemi produttivi "post fordisti", diretti a soddisfare esigenze di consumo più personalizzate e meno massificate[423]. Queste innovazioni tendono ad affiancare alla impresa taylorista a struttura verticale (che rimane nel sistema produttivo ma che non ne costituisce più la modalità esclusiva o prevalente) quella "dell'impresa leggera e snella del post – taylorismo, con ampia diffusione delle pratiche sia di *esternalizzazione (*c.d. *outsourcing)* di parti o fasi dell'attività stessa, sia di organizzazione reticolare della produzione"[424]. In questa fase ulteriore, superando lo step iniziale dei processi di esternalizzazione, si tendono a costituire, a fianco o in sostituzione dell'impresa verticalizzata, "*reti* di enti relativamente indipendenti, enti costituiti sia da aziende collocate nel mercato, sia di unità organizzative interne alle imprese (che hanno nomi come divisioni, *profit center* etc., e che agiscono come fossero imprese"[425]. Si è in presenza di processi di "smaterializzazione" della produzione e della creazione di filiere produttive (con vere e proprie catene di produzione e di valore) su scala planetaria.

Per misurare gli sviluppi più recenti di questo lungo processo di innovazione, può essere utile fare riferimento ad una recente analisi, che sottolinea come, nei settori produttivi più innovativi e a vocazione internazionale, si è verificata una radicale trasformazione dell'impresa. Quest'ultima è ormai caratterizzata da "produzione di beni e servizi immateriali; economia dei servizi e della conoscenza; digitalizzazione della produzione materiale (la tecnica a stampa 3d), l'interconnessione in rete non solo tecnologica ma anche sociale e produttiva (il contratto di rete come forma di

---

421 Nel 1995 Jeremy Rifkin (*La fine del lavoro,* Baldini & Castoldi, 1995) già analizzava l'effetto sostitutivo del lavoro umano provocato dalle nuove tecnologie, profetizzando una società senza lavoratori. Oggi questa profezia, pur non completamente avverata, sembra ancora più realistica in presenza di macchine che si guidano da sole o sostituiscono lavori altamente qualificati (avvocato, medico), creando un divario sempre più forte tra ricchi e poveri (Brynjolfsson, McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell'era della tecnologia trionfante*, Feltrinelli 2015; Staglianò, *Al posto tuo. Così web e robot ci stanno rubando il lavoro*, Einaudi, 2016).

422 Tra le ultime espressioni di queste nuove forme di lavoro si veda Joebee, che è una piattaforma digitale per il reperimento di lavoratori occasionali, che lavorano in rete e vengono remunerati con l'e-banking. Negli Stati Uniti sono presenti ormai oltre 3 milioni di "crowdworkers", lavoratori che svolgono le loro prestazioni tramite piattaforme digitali.

423 Su tali aspetti cfr., per tutti, Carabelli, op. cit., 2004, 75 ss.; per la qualità totale A. Galgano, *Qualità totale. Il metodo scientifico nella gestione aziendale*, Guerini e Associati, 2008; per la "catena del valore" Porter, *The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, Free Press, 1998 (ma 1985); per la *lean production* Womak, Jones, Roos, *The Machine that Changed the World*, Free Press, 2007.

424 Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., 75.

425 Butera, *La flessibilità: da fonte di regolamentazione a componente di nuovi modelli di regolamento nelle organizzazioni*, in AA.VV., *La sfida della flessibilità,* Angeli 1988, 58. Sulle esternalizzazioni cfr. anche Speziale, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, 2006, 3.

organizzazione, produzione e innovazione sociale); automazione spinta, non soltanto sostitutiva di lavoro umano ma di affiancamento; conoscenza ed intelligenza non soltanto incorporate nella macchina ma quale risorsa produttiva e capacità di intervento umano creativo nei processi di produzione, e, dunque, come *driver* della produzione e dello sviluppo; coinvolgimento costante della risorsa umana, a ogni livello, non soltanto a livello *high*, nei processi di innovazione e di miglioramento dal basso (metodo *kaizen*), con centralità delle competenze più che della professionalità"[426].

Un ruolo certamente non meno importante è svolto, per quanto riguarda i paesi occidentali, dalla creazione dell'Unione Europea e dai vincoli economici derivanti dalla nuova architettura istituzionale. Il trattato di Maastricht segna, tra le altre cose, la nascita dell'Unione economica e monetaria, finalizzata all'introduzione di una nuova moneta (che sarebbe entrata in vigore dal 1 gennaio 2002), con la previsione di rigidi parametri economici (detti di "convergenza"), tra cui particolare importanza rivestono il rapporto deficit/Pil non superiore al 3% e il rapporto debito/Pil che non deve eccedere il 60%. Tali parametri, inclusi dopo Maastricht nell'art. 121, par. 1, del Trattato di Roma che istituisce la Comunità Europea (TCE), saranno – a seguito della crisi dell'economia mondiale del 2007/2008 - successivamente inseriti nel Patto di Stabilità e Crescita, nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ed altre fonti[427], con l'introduzione di vincoli ulteriori rispetto al rapporto debito/Pil. Tra questi, l'obbligo degli Stati membri di convergere verso il pareggio di bilancio (come previsto dall'art. 81 della nostra Costituzione, recentemente riformato), un miglioramento annuale del deficit di almeno lo 0,5%, una riduzione del debito eccedente il 60% del Pil nella misura di 1/20 all'anno per raggiungere la percentuale massima prevista. Lo scostamento da tali parametri determina sanzioni economiche, in un contesto, tra l'altro, di rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri a favore della Commissione Europea, a cui sono stati attribuiti notevoli poteri di ingerenza sulle leggi di bilancio nazionali[428].

In questo contesto di vincoli economici, le politiche keynesiane, che già nel corso degli anni '80 erano state ridimensionate, tramontano definitivamente. Il mancato sostegno pubblico della domanda aggregata, l'impossibilità di utilizzare il *deficit spending* e l'indebitamento (soprattutto per l'Italia, caratterizzata da uno dei debiti pubblici più elevati al mondo) avranno effetti depressivi sulla crescita dell'economia e sui livelli occupazionali. La moneta unica inibisce inoltre l'utilizzazione delle "svalutazioni competitive" (la unilaterale riduzione del tasso di cambio della moneta nazionale per favorire le ragioni di scambio con altri paesi), determinando, in una realtà economica come quella italiana a forte vocazione esportatrice, la eliminazione di una leva di competitività fondamentale, con aggravamento delle conseguenze già descritte.

---

[426] Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in *DLRI*, 2016, 261 – 262. Ma, per una diversa visione v. Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 28 ss.

[427] Art. 126 TFUE; Protocollo 12 allegato al Trattato; Regolamento (CE) n. 1467/97; Regolamento (UE) n. 1173/2011.

[428] Per l'analisi di tali aspetti cfr. Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP D'Antona.IT*, 233/2014, 6 ss.

6. La risposta degli ordinamenti giuridici ai mutamenti nei sistemi economici e produttivi: la flessibilità del lavoro.

I fenomeni descritti nei precedenti paragrafi delineano "un cambiamento che assume le caratteristiche sistemiche e paradigmatiche sussunte da Polanyi nel processo definito 'grande trasformazione'"[429]. Ed è chiaro che essi dovevano necessariamente influenzare il diritto del lavoro, sensibile, come si è visto, a tutte queste innovazioni. Ho già avuto modo di dire che la *golden age* del diritto del lavoro (gli anni della crescita costante dei diritti) è "il frutto di tre variabili fondamentali: a) economie di carattere nazionale; b) politiche economiche keynesiane; c) mercati concorrenziali più limitati"[430]. Le grandi trasformazioni successive hanno sollecitato profonde revisioni della materia.

In effetti l'analisi dei mutamenti iniziati negli anni '80 e poi sviluppati nei trenta anni successivi rimette in discussione tutti gli aspetti del rapporto di lavoro. A livello *macro* sono coinvolti i salari, l'occupazione, l'inflazione, la crescita del Pil, il costo del lavoro, la distribuzione dei redditi ecc. Nella dimensione *micro* sono interessati l'organizzazione del lavoro, le professionalità, la produttività, i costi di produzione delle imprese, i tempi di lavoro e così via. In definitiva tutti gli aspetti relativi al mercato del lavoro (dove si regola l'incontro tra domanda ed offerta di prestazioni lavorative) ed al contratto di lavoro (assunzioni; mansioni, qualifiche, inquadramenti; orario; contenuti dell'attività lavorativa, relazioni tra contratto individuale ed organizzazione ecc.) sono cambiati. Inoltre anche il sistema sindacale viene ad essere profondamente influenzato da queste nuove realtà che incidono su fattori determinanti, quali gli interessi collettivi rappresentati, la funzione del contratto collettivo, il tasso di sindacalizzazione, il ruolo dell'ordinamento intersindacale nei confronti dello Stato e dell'Unione Europea, la capacità di rappresentare effettivamente i lavoratori ecc.[431]

Per un diritto come quello del lavoro, profondamente "impregnato" di economia, il cambiamento era dunque inevitabile, pena il venir meno della sua stessa funzione di strumento di "civilizzazione", di emancipazione e di inclusione sociale. La risposta degli ordinamenti giuridici (non solo di quello italiano) è stata quella della flessibilità. L'assunto fondamentale è che l'apparato garantistico introdotto dalla legge e dai contratti collettivi renderebbe il rapporto di lavoro eccessivamente "rigido". Tale rigidità non consentirebbe di adattare la prestazione ai mutati assetti organizzativi delle imprese; penalizzerebbe le stesse professionalità dei lavoratori, impedendo variazioni nelle mansioni richieste dai nuovi modi di produrre ed influenzando anche la qualità delle *performance*; avrebbe effetti negativi sull'occupazione; impedirebbe ai salari di remunerare i diversi apporti individuali dei dipendenti, romperebbe il legame tra remunerazione e produttività ecc. Per risolvere tali problemi la strada è quella di riforme che rendano il rapporto di lavoro più flessibile, modificandone i contenuti con risultati che – senza essere peraltro mai enunciati da parte dei regolatori pubblici (ordinamenti nazionali ed europeo) e degli *opinion makers* (tra cui le grandi istituzioni economiche internazionali) – concretamente richiedono una riduzione dei diritti dei lavoratori. Nel sistema giuridico italiano, le tecniche per realizzare l'obiettivo di flessibilizzazione del rapporto vanno dalla devoluzione alla contrattazione collettiva di poteri derogatori della

---

[429] Caruso, op. cit., 255; Romagnoli, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *DLRI*, 2013, 592.

[430] Speziale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 347 – 348.

[431] Caruso (op. cit., 256) parla addirittura di un ordinamento intersindacale ormai non più autonomo ma "perduto" o "eclissato". Su questo argomento, cfr. anche Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 23.

disciplina legale alla introduzione di riforme legislative che, concretamente, modificano l'assetto normativo preesistente, riattribuendo alle imprese gran parte delle prerogative manageriali messe in discussione da decenni di sviluppo del diritto del lavoro.

Come si è visto, le regole in materia di lavoro (di fonte legale e contrattuale) possono introdurre rigidità organizzative che limitano l'efficienza dell'impresa (si pensi alla disciplina in tema di orario di lavoro o di mansioni) o che incrementano i suoi costi di produzione. Se l'impresa cambia anche la regolazione del lavoro deve cambiare. Ed analoghe conclusioni possono riguardare le dimensioni *macro*, quando, ad es., un costo del lavoro eccessivo può avere effetti negativi sulla dinamica occupazionale. Tuttavia le riforme dovrebbero sempre considerare, come "bene primario" da proteggere, i diritti dei lavoratori. Molti anni fa, uno dei padri fondatori di questa materia osservava che "il diritto del lavoro ha una funzione essenziale, la tutela dei lavoratori, mentre la tutela dei datori di lavoro non è una funzione specifica e diretta della nostra disciplina, ma piuttosto, del diritto comune"[432]. E la necessaria implicazione della dimensione economica del lavoro – che ha connotato questa disciplina sin dalle origini e non è certamente conseguenza della "mondializzazione" dell'economia (§ 2) – non dovrebbe far dimenticare che questo ramo del diritto deve essere in grado, come già detto, di "coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza"[433].

A distanza di oltre trent'anni dall'inizio delle riforme "flessibili" del lavoro (che si sono succedute dagli anni '80 e non sono ancora finite), si può tranquillamente dire che il risultato è quella di una drastica riduzione dei diritti dei lavoratori sia sul piano normativo, sia su quello salariale, oltre ad un indebolimento - sotto il profilo della effettività delle tutele - del sistema sindacale. Un risultato quest'ultimo frutto di diversi fattori, tra cui anche di una globalizzazione dell'economia che penalizza la struttura, ancora tipicamente nazionale, di un sindacato che deve invece confrontarsi con imprese che hanno abbandonato la dimensione statuale e si muovono in un contesto senza confini politici. In linea generale si può affermare che il diritto del lavoro ha visto un notevole impoverimento dei suoi contenuti protettivi ed ha addirittura, come vedremo, assunto funzioni ed obiettivi completamente diversi. Si potrebbe sostenere che questa strada era in qualche misura obbligata in considerazione dei mutamenti epocali in precedenza descritti. In uno spazio globale gli istituiti fondamentali del diritto del lavoro (legge e contratto collettivo) "costruiti per regolare la concorrenza nei mercati nazionali e proteggerne i protagonisti, sono progressivamente spiazzati per il fatto che la concorrenza supera le barriere dei singoli Stati"[434]. Inoltre, in un mercato mondiale caratterizzato da una sfrenata concorrenza, i lavoratori dei paesi occidentali, per evitare conseguenze ancora più dannose, "cedono diritti"[435] e "le regole del lavoro *made* in Europa (vengono) rimodellate sotto la pressione ricattatoria della *business community* internazionale, adeguandosi ai parametri imposti dalle imprese globalizzate"[436].

---

[432] F. Santoro Passarelli, *Specialità del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1967, I, p. 3.

[433] Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 334.

[434] Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, *cit.*, 599.

[435] Romagnoli, *Diritto del lavoro e quadro economico*, *cit.*, 587.

[436] Romagnoli, *Diritto del lavoro*, *cit.*, 442.

Queste osservazioni colgono una realtà indiscutibile, che spiega anche le ragioni di un processo di deregolazione così accentuato. Tuttavia la risposta degli ordinamenti giuridici (la drastica riduzione dei diritti dei lavoratori) non era l'unica soluzione possibile. Infatti, anche in epoche lontane nel tempo, i migliori trattamenti economici e normativi dei lavoratori avevano determinato profonde tensioni su sistemi economici, che sono state peraltro "metabolizzate" con cambiamenti che non hanno necessariamente comportato una riduzione degli standard protettivi garantiti dal diritto del lavoro[437]. In tempi recenti, gli Stati Uniti, successivamente alla crisi dei *subprime* del 2007/2008 che ha innescato una recessione mondiale, hanno risposto con politiche keynesiane di intervento pubblico e di *deficit spending* (oltre ad una regolazione monetaria fortemente espansiva). Queste scelte hanno consentito – a parità della (pur ridotta rispetto al modello europeo) disciplina dei rapporti di lavoro – il superamento delle difficoltà ed un lungo periodo di espansione dell'economia. Per tornare all'Europa, un esempio evidente di alternativa alla deregolazione del diritto del lavoro è dato dalla Germania che, pur avendo introdotto importanti riforme nel proprio assetto giuridico (anche con un certo grado di flessibilizzazione del rapporto di lavoro), è riuscita a coniugare alti livelli di tutela individuale e collettiva del lavoro con elevati standard di benessere e di efficienza del sistema economico[438].

Le politiche di deregolazione, dunque, non erano certamente l'unica opzione disponibile e i profondi cambiamenti di cui il diritto del lavoro aveva bisogno avrebbero potuto essere realizzati con strumenti alternativi, che garantissero tutele adeguate dei lavoratori. In realtà, oltre che ad una risposta errata alle pressioni competitive derivante dai fenomeni già descritti, la flessibilità del lavoro è anche espressione di una vera e propria ideologia e costituisce il riflesso della egemonia culturale neoliberista. Oltre 10 anni fa un giurista di grande spessore, nel commentare le riforme introdotte dal d.lgs. 276/2003 parlava di "un approccio parziale e distorto", che "ha enfatizzato e moltiplicato le flessibilità, in particolare quelle con un'enfasi ideologica che sopravvaluta gli stessi bisogni di flessibilità manifestati dalle imprese"[439]. Tuttavia questo vero e proprio "mito"[440] non avrebbe conseguito il successo che ha avuto se non fosse stato fatto proprio dalle grandi istituzioni economiche (Ocse, Banca Centrale Europea, Fondo Monetario Internazionale) e della stessa Commissione Europea (v. § 7). La flessibilizzazione dei rapporti di lavoro ha costituito la linea guida portante dell'Europa, con un grado di vincolatività sempre crescente nel tempo, man mano che l'integrazione economica europea si rafforzava[441]. Un simile orientamento ha avuto un ruolo determinante nell'imporre scelte nazionali in tema di flessibilità che probabilmente non vi sarebbero state o avrebbero avuto contenuti diversi.

---

[437] L'esempio più recente è dato dal periodo successivo alla seconda guerra mondiale. In tutto il mondo occidentale, infatti, si è assistito ad un aumento dei diritti dei lavoratori accompagnata da sviluppo economico e benessere sociale. Ed anche in epoche precedenti, anteriori alle economie keynesiane post 1929, l'incremento nelle tutele individuali e collettive nel lavoro non ha impedito una crescita costante del sistema capitalistico, interrotto dalla crisi del mercato finanziario e dalle risposte economiche errate proprie della economia standard, superate poi dal *New Deal* ispirato da J. Maynard Keynes.

[438] Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 32.

[439] Treu, *Proposte di riforma del lavoro*, *RGL*, 2005, I, p. 417.

[440] Perulli, *La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro,* Il Mulino, 2006, 193.

[441] Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 23.

Tra l'altro, gli obiettivi che di volta in volta sono stati utilizzati per giustificare la flessibilità non sono stati raggiunti. Il primo era quello dell'incremento dell'occupazione. In una situazione caratterizzata da una scarsa dinamica occupazionale, la deregolazione del diritto del lavoro è stata fortemente sostenuta come l'unica condizione per migliorare la situazione. Da questo punto di vista, pur nell'ambito di oscillazioni assai consistenti[442], la serie storica del tasso di occupazione e disoccupazione in Italia dal 1977 al 2012 rivela come in effetti le variazioni siano state del tutto indipendenti dalla accentuata flessibilizzazione dei rapporti di lavoro, ed ha messo in luce fenomeni assai preoccupanti con il raddoppio del tasso di disoccupazione nel Mezzogiorno e l'accresciuta difficoltà dei giovani a trovare lavoro[443].

In particolare il rapporto tra gli occupati e la popolazione presa a base di calcolo (che costituisce il dato più significativo per verificare la effettiva partecipazione al mercato del lavoro) si colloca tra percentuali che oscillano tra il 53 ed il 58,7% e questo nonostante gli incrementi demografici e la forte regolarizzazione dei lavoratori stranieri avvenuta nello scorso decennio. E si è sottolineato come, al netto di queste sanatorie che, nel periodo 2002 – 2008, hanno reso "visibili" lavoratori non ricompresi nelle statistiche, "la reale crescita occupazionale risulta assai contenuta"[444]. Diversi studi hanno rilevato come "non esiste una correlazione positiva tra flessibilizzazione del mercato del lavoro e crescita occupazionale"[445] e che "l'aumento della flessibilità del mercato del lavoro non favorisce la riduzione della disoccupazione"[446]. Infatti, la dinamica dell'occupazione dipende dal livello di domanda aggregata e degli investimenti produttivi e, in tale contesto, "il ruolo del mercato del lavoro (e delle sue caratteristiche) è molto meno importante di quello che si potrebbe pensare"[447].

Senza dimenticare, d'altra parte, come l'accentuata flessibilità dei rapporti di lavoro, realizzata per mezzo della diffusione di tipologie di contratti temporanei, ha determinato fenomeni di elevata precarizzazione, con incremento esponenziale dei rapporti di lavoro non standard ed un effetto sostitutivo tra lavoro precario e quello stabile[448]. Una situazione, quest'ultima, che non è

---

[442] In Italia, ad es., la disoccupazione era all'8,9% nel 1990, all'11,2% nel 1995, al 6,8% nel 2006, al 12,2% nel 2013. Si rinvia, sul punto, alle indicazioni, riferite anche ad altri paesi europei e tratte dall'Eurostat, fornite da Realfonzo, Tortorella Esposito, *Gli insuccessi nella liberalizzazione del lavoro a termine* (13 maggio 2014), http://economiaepolitica.it, p. 4.

[443] In tal senso lo studio Istat (*Occupati e disoccupati: dati ricostruiti dal 1977*, www.istat.it, 2013, p. 1 ss.). L'analisi non pone in correlazione la flessibilità del lavoro con i tassi di occupazione e disoccupazione, ma l'esame dei dati dimostra, comunque, come l'occupazione sia diminuita e la disoccupazione aumentata anche in anni caratterizzati da forti interventi di flessibilizzazione del mercato del lavoro.

[444] Fumagalli, *Le insostenibili leggerezze del Jobs Act* (4 settembre 2014), http://www.economiaepolitica.it 2014.

[445] Ivi, 2.

[446] Realfonzo, Tortorella Esposito, op. cit., 9.

[447] Rodano, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs Act*, *http://www.pietroichino.it*. Questo autore sottolinea il ruolo "passivo" del mercato del lavoro: "i livelli dell'occupazione e della disoccupazione sono decisi altrove", perché "l'occupazione aumenta quando le imprese utilizzano più lavoro e ciò avviene quando nel mercato (dei beni!) si accresce la richiesta di prodotti delle imprese". Sulla inesistenza di una correlazione positiva tra flessibilità del lavoro e incremento dell'occupazione mi permetto di rinviare a Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., 13 ss.; Fabrizi, Peragine, Raitano, *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, 92*, Cacucci, 2013, 49 ss. Con particolare riferimento al rapporto tra occupazione e disciplina dei licenziamenti, oltre agli a. già citati cfr. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 356 ss.

[448] Fumagalli, *Le insostenibili leggerezze del Jobs Act*, cit., 1 ss.

solo italiana, ma di carattere più generale[449]. Inoltre, la diffusione di contratti di lavoro non stabili incide negativamente sulla produttività del lavoro[450]. E se si considerano le conseguenze negative della precarizzazione in termini di reddito, aspettative per il futuro, possibilità di programmare la propria vita ci si rende conto di come è la stessa qualità dell'esistenza ad essere messa in discussione.

La diffusione di contratti temporanei ha assunto caratteri così accentuati da spingere recentemente il legislatore ad introdurre sgravi contributivi assai consistenti diretti a favorire la stabilità dell'occupazione, insieme ad una radicale riforma dei licenziamenti, che rende più agevole il recesso. Quest'ultimo intervento legislativo dovrebbe stimolare assunzioni non precarie perché eliminerebbe il timore di una difficile interruzione del rapporto. La riduzione del costo del lavoro ha prodotto risultati positivi, determinando un incremento dei contratti a tempo indeterminato, anche se il ridimensionamento nel 2016 del beneficio economico ha ridotto il trend[451]. E al momento, anche se non è possibile arrivare a conclusioni definitive, sembra si possa affermare che l'incremento dei lavori stabili sia più legato alla riduzione del costo del lavoro che al drastico ridimensionamento delle tutele in materia di licenziamento[452].

In verità, un'analisi in senso diacronico della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro negli ultimi trenta anni mette in evidenza come l'obiettivo economico fondamentale perseguito sia stato quello di ridurre i costi diretti ed indiretti delle imprese, legati, come si è visto, sia alla dinamica salariale, sia alle discipline giuridiche che riducono le prerogative imprenditoriali nella gestione del fattore lavoro (§ 2). Vi è stata, dunque, la scelta a favore di un modello di competitività puramente di costo[453], di scarsa efficienza in presenza di realtà economiche (Cina, India, Paesi orientali o dell'ex Est europeo) i cui costi produttivi e del lavoro sono enormemente inferiori e tali da rendere improponibile forme di concorrenza basate su tali elementi. E questo senza volere considerare i dirompenti effetti di segmentazione del mercato del lavoro e di diffusa sensazione di

---

[449] Si è osservato che "la precarietà del lavoro aumenta, come dimostra l'Ocse nel suo *Employment Outlook 2014* (in cui si descrive 'l'impennata nell'uso dei contratti temporanei in vari paesi dell'Ocse negli ultimi 25 anni')": Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 31.

[450] Fabrizi, Peragine, Raitano, op. cit., 58. Quando era Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi aveva osservato che, con la diffusione di contratti precari, "si indebolisce l'accumulazione di capitale umano specifico, con effetti alla lunga negativi su produttività e profittabilità" (Draghi, *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, in www.bancaditalia.it, p. 7).

[451] L'Osservatorio sul precariato dell'Inps del Gennaio 2016, riferito all'intero anno precedente (www.inps.it, p. 1), sottolinea come vi è stato un incremento dei contratti a tempo indeterminato pari al 54%. Di questi, il "62% del totale, risulta beneficiario dell'esonero" (il dato è stato successivamente corretto al 60,8% nel Report di agosto 2016) (www.inps.it, 1). Nei primi 8 mesi del 2016 si è registrato un calo del 32,9% delle assunzioni stabili rispetto allo stesso periodo del 2015. Di queste nuove assunzioni i rapporti agevolati rappresentano il 32,8%, in presenza, sempre per il 2016, di una consistente riduzione della agevolazione contributiva rispetto all'anno precedente.

[452] In base ad un Recente rapporto sulla competitività pubblicato dall'Istat nel 2016, l'Ufficio Parlamentare di Bilancio (organismo indipendente che svolge una funzione autonoma di valutazione della finanza pubblica) sottolinea come "nei numeri si rinviene una incisività nettamente superiore delle agevolazioni contributive rispetto alla riforma del contratto di lavoro dipendente" (UpB, 2016, 95). Quanto poi alla quota di nuovi rapporti che non hanno usufruito della incentivazione economica, è assai problematico "isolare" la crescita dei rapporti stabili connessi alla riduzione delle tutele in materia di licenziamenti da altri fattori (crescita del Pil, diminuzione del costo delle materie prime ecc.: si rinvia, sul punto, sempre a UpB, 2016, 87 e nt. 87). Ed è quindi difficile poter spiegare quanto delle nuove assunzioni dipendono da variabili macroeconomiche generali o dall'effetto delle nuove regole sui licenziamenti.

[453] Costabile, *Aspetti economici del Libro bianco del Ministero del lavoro*, in *Studi economici*, 77, 2002, p. 107 ss.

incertezza nelle proprie aspettative di vita che ha radicalmente modificato il senso stesso del lavoro quale strumento di emancipazione sociale.

7. La funzionalizzazione del diritto del lavoro in senso economico.

Le trasformazioni politiche, economiche sociali e giuridiche della parte finale del '900 e dei primi 16 anni di questo secolo non hanno solo cambiato il contenuto del diritto del lavoro. Esse hanno determinato anche una radicale trasformazione della sua stessa funzione. Questo processo, determinato dai fattori storici ampiamente descritti (mondializzazione dell'economia, innovazioni tecnologiche, fine dello Stato sociale ecc.), è anche il prodotto del neo liberismo e della sua variante economica (la teoria neoclassica) e giuridico economica (la *Law and Economics*). L'influenza di queste teorie, già iniziata negli anni '80 con il "neo contrattualismo radicale" (§ 4), si rafforza notevolmente nel decennio successivo. In un testo del 1992, che forniva un quadro comparativo delle varie esperienze di flessibilità nei mercati del lavoro, si osservava che "con rare eccezioni la letteratura sulla flessibilità è strutturata in termini di economia neoclassica"[454], a dimostrazione della influenza che questo approccio teorico aveva già assunto.

Tuttavia il vero *turning point* va ravvisato nel Rapporto OCSE del 1994[455]. In questo documento viene espressamente affermato che le insoddisfacenti *performance* occupazionali dell'Europa erano dovute alle rigidità del mercato del lavoro e una buona parte delle raccomandazioni rivolte agli Stati erano "più o meno direttamente riferite alla rimozione delle restrizioni giuridiche in materia di lavoro"[456]. In particolare si chiedeva di ridurre il livello di protezione connesso alla disciplina dei licenziamenti (per favorire le assunzioni) e di rendere più flessibili gli orari di lavoro. Inoltre si valutava negativamente la rigidità retributiva dovuta all'elevato livello di sindacalizzazione e se ne auspicava una maggiore elasticità in relazione alla domanda ed offerta di lavoro, criticando in particolare le normative in tema di salario minimo, che produrrebbero la eliminazione dell'occupazione per lavori non qualificati il cui prodotto marginale, in equilibrio, sarebbe al di sotto del minimo retributivo[457]. Una valutazione quest'ultima, che esprime un capisaldo della teoria neoclassica[458]. In coerenza con questa impostazione, l'Ocse elaborerà poi l'indice di rigidità, in base al quale i Paesi sono classificati alla luce della maggiore o minore vincolatività della normativa in materia di licenziamenti (individuali e collettivi) e di contratti temporanei[459] e suggerirà la flessibilità delle regole normative (e cioè la riduzione dei diritti dei lavoratori) come linea guida generale per il raggiungimento di risultati economici positivi. Questo approccio, come si è già detto, è stata accolto da tutte le grandi istituzioni economiche internazionali (Fondo Monetario, Banca Centrale Europea) ed è stata adottata anche dalla Commissione Europea. Quest'ultima, in

---

454 Wheeler Hoyt, *Introduction*, in A. Gladstone (edit by), *Labour Relations in a Changing Enviroment*, Walter de Gruyter, 1992, p.17

455 *The OECD Jobs Study: Evidence and Explanations and Fact, Analysis, Strategies*, OECD, Paris, 1994, particolarmente le argomentazioni utilizzate nel capitolo 3.

456 Alogoskoufis, Bean, Bertola, Cohen, Dolado, Saint Paul, *Unemployment. Choice for Europe*, CEPR, 1995, 71.

457 Ashiagbor, *The European Employment Strategy – Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford University Press, 2005, 41 (a cui si rinvia per l'approfondita analisi del Report OECD 1994 e per le indicazioni bibliografiche).

458 Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 12.

459 Sull'indice Ocse, in particolare sui suoi contenuti e sui criteri che lo compongono, cfr. Speziale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commento della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 306 ss.; Id., *La riforma del licenziamento individuale tra* law and economics, cit., 356 ss.

particolare, ha basato sulla flessibilità (delle tipologie contrattuali, delle normative in tema di *Jobs Employment Protection*, dei salari ecc.) le proprie strategie europee del lavoro, con Raccomandazioni sempre più stringenti rivolte ai paesi membri[460].

Il successo della economica neoclassica, che è il presupposto delle tesi descritte, si accompagna alla diffusione della *Law and Economics*. L'analisi economica del diritto si interessa degli effetti delle regole e delle istituzioni giuridiche, al fine di valutare le loro conseguenze sul livello di benessere e per conseguire determinati obiettivi economici. Questa teoria valuta le norme in rapporto soprattutto al loro livello di efficienza. In tale ambito, in coerenza con l'idea della massimizzazione del benessere complessivo come obiettivo principale che l'intera società deve perseguire, la norma viene scrutinata in base ad elementi quali la corretta allocazione dei rischi, l'idoneità a soddisfare gli interessi patrimoniali dei soggetti coinvolti, l'individuazione dei costi di transazione connessi alle relazioni di mercato, l'applicazione dell'analisi costi/benefici[461]. Questo tipo di approccio determina una lettura alternativa dei tradizionali istituti giuridici quali la proprietà, il contratto, l'illecito civile, interpretati in chiave di effetti economici positivi o negativi che sono in grado di realizzare[462].

Nel rapporto di lavoro, l'applicazione della *Law and Economics* si traduce, anche in questo caso, nell'analisi dettagliata dei singoli istituti e delle conseguenze economiche prodotte. La valutazione avviene in una duplice dimensione. La prima é l'impatto che la singola regolazione può avere sui comportamenti delle parti del contratto di lavoro. Si pensi alla teoria, espressa da P. Ichino, dell'analisi della disciplina del licenziamento per g. motivo oggettivo come imposizione di un contenuto assicurativo del rapporto di lavoro e di individuazione della "perdita attesa" del datore di lavoro come parametro di legittimità o meno del recesso[463]. Oppure, alla valutazione della disciplina di cui all'art. 18 dello statuto dei lavoratori come regime di *job property* e di allocazione non ottimale delle risorse in un mercato del lavoro vischioso[464]. Ed analoghe conclusioni si possono estendere ad altri istituti. La seconda dimensione è quella *macro*, in correlazione alle conseguenze che le norme lavoristiche producono sul tasso di occupazione e disoccupazione, sui costi di produzione, sul livello di produttività del sistema, sulla efficienza organizzativa dell'impresa, sulla distribuzione dei redditi ecc. Da questo punto di vista il Rapporto OCSE 1994 (e quelli successivi) e gli orientamenti delle grandi istituzioni economiche prima descritte ne sono un esempio evidente.

---

460 Sugli orientamenti delle istituzioni indicate nel testo rinvio a Speziale, *L'articolazione della fattispecie*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, XXIV, t. II., Giappichelli, 2007, 147 (dove riporto i documenti contenenti le linee guida a favore della flessibilizzazione costante del rapporto di lavoro). In relazione a tali aspetti cfr. anche Ashiagbor, op. cit., 38 ss.

461 La bibliografia sulla *Law and Economics* è sconfinata. Per una valutazione di questa teoria e delle caratteristiche indicate nel testo v., almeno, Posner (*The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1983; *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2014) Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and Law of Torts*, in *Yale Law Journal*, 1961, p. 499; Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960. In tempi più recenti, con particolare riferimento anche alla diffusione dell'analisi economica del diritto nella dottrina e giurisprudenza italiana, cfr. Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una teoria così debole?*, in *Ars Interpretandi*, 2013, 3, p. 43 ss.; Caroccia, Pardolesi, *Analisi economica del diritto:* "the Italian job", *FI*, V 2014, 3 ss.

462 Denozza, op. cit., 46.

463 Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., 438 ss.

464 Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 10 ss.; Id., *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, cit., p. 6 ss.

Per comprendere l'importanza che il diritto del lavoro ha assunto nella dimensione economica sono sufficienti alcuni esempi. Nel Programma Nazionale di Riforma del 2016 (approvato dal Governo italiano e trasmesso alla Commissione Europea) "vengono riportate le stime degli effetti attesi da alcune misure contenute nel *Jobs Act* su alcune variabili macroeconomiche e di finanza pubblica". In relazione alla disciplina del contratto a tutele crescenti e alle nuove regole sui contratti, in tema di mansioni e di conciliazione vita – lavoro, si afferma che "misurati al 2020, gli effetti delle citate innovazioni legislative si traducono in variazioni positive (rispetto allo scenario *baseline* di assenza di riforme del lavoro), di 0,6 punti percentuali per il PIL, 0,4 per investimenti, 1,0 per l'occupazione, 0,6 per i consumi ed una riduzione del *deficit* pari a 0,2 punti percentuali di PIL" (UpB, 2016, 94). Stime diverse, e meno favorevoli, sono invece espresse in "un recente lavoro della Commissione Europea" (UpB, 2016, 94 - 95). A prescindere dalla correttezza o meno di queste previsioni, su cui tornerò, è evidente che il diritto del lavoro è considerato come uno strumento capace di incidere direttamente su fattori macroeconomici di grande importanza, con una piena equiparazione ad altri strumenti di politica economica (ad es. quelli di bilancio, fiscali ecc.).

In tale contesto, da ormai numerosi anni la Commissione Europea raccomanda le riforme del mercato del lavoro quale elemento determinante di sviluppo e competitività delle economie continentali, sempre alla luce degli effetti economici che sarebbero consustanziali alle regole giuridiche in materia di lavoro. In tempi recenti, in conseguenza di importanti innovazioni connesse alla crisi economica mondiale ed a quella dei debiti sovrani[465], il diritto del lavoro è a buon titolo inserito tra le "riforme strutturali"[466]. Queste ultime possono in primo luogo consentire agli Stati membri "una deviazione temporanea dagli obiettivi di bilancio, seppure entro precise condizioni"[467]. Le riforme, peraltro devono essere anche tali da promuovere "il 'corretto funzionamento' dell'economia degli Stati membri". Tra i "*set* di indicatori economici, finanziari e strutturali per individuare, prevenire e correggere gli squilibri macroeconomici" sono ricomprese anche le riforme strutturali riguardanti i mercati del lavoro (che si aggiungono alle politiche di bilancio e dei salari, ai mercati dei prodotti e dei servizi, alla regolamentazione dei servizi finanziari)[468]. Il diritto del lavoro, dunque, è uno strumento di politica economica[469]. Gli obiettivi "virtuosi" che hanno caratterizzato il "modello sociale europeo" e che sono in larga misura coerenti con le

---

[465] Il riferimento è al *six – pack* del 2011, integrato, nel 2013, con il *two-pack* ed alle altre innovazioni descritte *retro* nel § 5, testo e nt. 93 e 94, a cui aggiungere il Patto Euro plus 2001, il Fiscal Compact ed il MES (Meccanismo Europeo di Stabilità). Su tali aspetti V. Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, *cit.*, p. 6 ss.; Chieco, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance europea*, *DLRI,* 2015, 361; Pizzoferrato, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, *DLRI*, 2015, 413 ss.

[466] La nozione di "riforme strutturali" risale al Regolamento Ce n. 1466 del 1997. Con questo termine si fa riferimento a quelle "idonee a generare benefici finanziari diretti a lungo termine, compreso il rafforzamento del potenziale di crescita sostenibile". Cfr., sul tema, Gottardi, *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, *LD*, 2015, 242 ss.

[467] Chieco, op. ult. cit., 562. Come ho già detto altrove (Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, *cit.*, p. 6 ss.) la pluralità di riforme introdotte con il *Jobs Act* sono servite a giustificare un incremento del rapporto deficit/PIL ed il rallentamento del processo di riduzione tra debito e PIL che, in caso contrario, non sarebbero state accettate dalla Commissione Europea.

[468] Le citazioni nel testo sono di Chieco, op. ult. cit., 363, a cui si rinvia per l'indicazione delle fonti normative (nei Trattati e nei Regolamenti) che disciplinano la materia.

[469] V. *retro* § 2.

finalità storiche del diritto del lavoro sono ancora formalmente esistenti[470]. Tuttavia nella nuova *governance* economica essi sono "recessivi" rispetto alla "pluralità valoriale espressa nei trattati". Infatti, le riforme strutturali (tra cui quelle del lavoro), sono congegnate "per assegnare ai diritti fondamentali dei lavoratori una spazio marginale" rispetto alle finalità di garantire solidità dei bilanci pubblici e stabilità delle finanze[471].

Altri esempi di questa nuova funzione del diritto del lavoro sono rinvenibili nei Rapporti pubblicati dalla Banca Mondiale e dal World Economic Forum, nei quali sono analizzate le condizioni strutturali che facilitano od ostacolano la competitività degli Stati nazionali. In entrambi i casi le regole in materia di mercato del lavoro (che ricomprendono vari aspetti della materia: assunzioni e licenziamenti, politiche attive, relazioni industriali, contratti a termine, flessibilità nei salari ecc.) sono considerate, insieme ad altri[472], come elementi fondamentali che condizionano la competitività di un paese. Tra l'altro, in piena coerenza con la teoria economica dominante, le analisi si incentrano sempre sulla flessibilità del lavoro come fattore che incrementa il livello di efficienza. Anche in questo caso, dunque, il diritto del lavoro è considerato una delle regolamentazioni giuridiche fondamentali che incidono sulla economia di uno Stato.

Molto vi è da dire sul ruolo economico di questo ramo del diritto. Sulla capacità della flessibilità normativa di creare occupazione si è già parlato in termini negativi (§ 6). Il rapporto tra disciplina giuridica del lavoro e competitività dei sistemi economici nazionali è altrettanto discutibile, visto che esistono paesi (come ad es. la Germania) che – nei Report internazionali prima citati - sono classificati nelle posizioni più elevate. Tuttavia, nonostante i risultati lusinghieri conseguiti (6° posto su 183 paesi nel 2012) si sottolinea la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove "una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione"[473]. Una affermazione quest'ultima che, oltre ad essere smentita dalle buone *performance* occupazionali di questo paese, é in evidente contraddizione con l'elevatissimo livello di competitività raggiunto dalla Germania riconosciuto dal Global Competitiveness Report e comprovato da indicatori come, ad es., il livello export mondiale conseguito. Ed analoghe considerazioni possono essere fatte per altri Stati[474]. Spesso si è affermato che una disciplina più flessibile in materia di licenziamenti avrebbe avuto la capacità di attrarre maggiormente gli

---

[470] Si pensi, ad es., all'art. 151 TFUE, secondo il quale l'Unione Europea ha come obiettivi "la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione".

[471] Chieco, *op.ult. cit.*, 361; Pizzoferrato, op. cit., 413, 365. In senso analogo Gottardi, op. cit., 240 ss. Si è giustamente osservato che "il diritto della Ue, da strumento di armonizzazione dei sistemi nazionali nella direzione di una convergenza verso il modello sociale di mercato, è diventato un vettore di decostruzione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, la cui attuazione viene imposta ai governi in nome dei vincoli di bilancio e del recupero di attrattività sul piano degli investimenti internazionali" (Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 23).

[472] Tra questi, ad es., la efficienza/inefficienza della burocrazia, la capacità di imporre l'applicazione dei contratti, la possibilità di avere accesso all'energia elettrica, il livello della tassazione, l'accesso al credito ecc.

[473] Le parole nel testo sono tratte dal *Country Profile Highlights* del *The Global Competitiveness Report 2012/2013* realizzato dal *World Economic Forum*, 2 (http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf).

[474] Speziale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., 361, nt. 70.

investimenti esteri, anche se poi si è dovuto ammettere che tra i due fenomeni "nessun nesso causale è stato dimostrato" da parte degli studi in materia[475].

Per quanto riguarda la correlazione tra riforme del lavoro ed indici macroeconomici (Pil, investimenti lordi, occupazione, consumi, deficit) si è rilevato che i modelli economici in base ai quali tali dati sono elaborati (di cui si è già dato conto) presentano "limiti". Essi, infatti, tendono "a trascurare il lato della domanda, le conseguenze che quest'ultima può avere tramite effetti di isteresi sul Pil potenziale, gli effetti di eventuali mutamenti nel sistema delle preferenze dei consumatori in conseguenza delle riforme, della diversità dei comportamenti e dei fenomeni di tipo distributivo" (UpB, 2016, 87, nt. 87). In una parola, questi modelli non sono in grado di "depurare" gli effetti delle riforme del lavoro su alcune variabili macroeconomiche rispetto ad altri fattori determinanti (livello della domanda, preferenze nei consumi, meccanismi distributivi). D'altra parte i risultati di queste elaborazioni sono molto diversi, come dimostra la visione più pessimistica della Commissione Europea sulla capacità del nuovo contratto a tutele crescenti di incidere su produttività, Pil, deficit pubblico ecc.[476]. Infine, anche nella loro versione più ottimistica viene spontaneo chiedersi se, in un'analisi costi/benefici – dove tra i primi dovrebbero essere inclusi anche i "costi umani" connessi ad una forte riduzione dei diritti – queste riforme possano essere considerate positivamente. In base allo studio già citato, nel periodo 2015 – 2020, vi dovrebbe essere un incremento del prodotto interno lordo dello 0,6 % e un aumento dell'occupazione dell'1%, con risultati sostanzialmente inalterati sino al 2030. È legittimo chiedersi se una crescita del Pil di 0,12 % per anno e, nello stesso arco temporale, dell'occupazione dello 0,2% - con risultati evidentemente assai modesti - è compensata dal peggioramento dello status giuridico dei lavoratori, in termini di fruibilità dei propri diritti e di riduzioni di tutele nel rapporto di lavoro. In questo modo, infatti, si determina un rapporto squilibrato tra limitati effetti economici delle riforme – tutti da verificare anche alla luce delle diverse conclusioni a cui perviene la Commissione Europea in relazione al contratto a tutele crescenti - e la certezza di un arretramento dei diritti dei lavoratori che non giustifica il sacrificio richiesto. Senza dimenticare che, come dimostrato da numerosi studi, la riduzione delle tutele e la minore stabilità del contratto hanno riflessi economici perché incidono sul livello di produttività individuale e sul grado di partecipazione agli obiettivi dell'impresa.

A parte le osservazioni sulla fondatezza o meno dell'approccio di *Law and Economics*, è importante osservare il mutamento radicale del diritto del lavoro, che può essere sintetizzato nella sua integrale "funzionalizzazione" al raggiungimento di obiettivi economici.

Gli esempi prima fatti sono altamente significativi da questo punto di vista. La disciplina in materia di licenziamenti, in relazione al suo maggiore o minore grado di riduzione del potere imprenditoriale di interrompere il contratto, è analizzata in rapporto alla sua attitudine o meno ad incidere sui livelli di occupazione. La diffusione di tipologie contrattuali flessibili é valutata in considerazione alla sua capacità di fluidificare il mercato del lavoro (garantendo un più dinamico turn-over tra ingressi e uscite) e di soddisfare al meglio le esigenze organizzative delle imprese. Il salario

---

[475] Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 5.

[476] Infatti, la Commissione ritiene che la nuova disciplina in materia di licenziamenti possa avere effetti (ridotti) su produttività (+0,04% all'anno) e al 2020 permetta di raggiungere un Pil maggiore di 0,1% e un deficit pubblico di 0.01 punti di Pil. Tuttavia essa afferma che l'impatto sull'occupazione è "negativo per 0,02 punti percentuali e tale rimane a lungo per poi tendere ad annullarsi dopo il 2030" (UpB, 2016, 94 – 95).

perde la sua dimensione "sociale" di strumento diretto a garantire la libertà dal bisogno e la dignità del lavoratore e viene considerato esclusivamente quale costo di produzione che incide sulla propensione delle imprese ad assumere o, quando non si adatta alle fluttuazioni in alto o in basso richieste dal rapporto tra domanda ed offerta di lavoro, quale fattore di creazione di disoccupazione. La professionalità del lavoratore, intesa come complesso di qualità individuali teoriche e pratiche necessarie all'esecuzione della prestazione ed attraverso cui si esprime la sua personalità, e considerato solo quale strumento di divisione del lavoro al fine della massimizzazione dell'efficienza organizzativa. La flessibilità più o meno accentuata dell'orario di lavoro è funzionale al livello di produttività dell'impresa, con esigenze nettamente prevalenti sulla tutela della sicurezza e dei tempi di vita del lavoratore.

Una delle ragioni storiche dell'origine del contratto collettivo, nato come strumento di limitazione della concorrenza (§ 2) realizzata principalmente con l'estensione dei diritti individuali dei lavoratori (per ridurre o eliminare il dumping) o collettivi (per rafforzare il sindacato quale agente sociale che garantisce la funzione anticoncorrenziale), ha ormai un rilievo secondario. Alla autonomia collettiva, soprattutto a livello aziendale, si chiede di legare il salario alla produttività (a fini antiinflazionistici e per una migliore gestione della distribuzione tra redditi e profitti) e di incrementare in senso generale la capacità produttiva dell'impresa (attraverso il governo, ad es., degli orari flessibili di lavoro o della organizzazione interna). In tale ambito, inoltre e in senso più generale, al contratto collettivo spetta il compito, sempre a fini organizzativi, di differenziare/modulare le discipline giuridiche salariali al fine di incrementare il livello di efficienza incidendo anche su diritti derivanti da norme inderogabili di legge e con poteri dispositivi delle tutele individuali[477]. E non è un caso che in tempi recenti si sia espressamente affermato che la contrattazione collettiva (particolarmente aziendale) deve essere messa "al servizio della competitività delle imprese"[478].

Gli esempi potrebbero continuare. La "economicizzazione" integrale del diritto del lavoro si muove sia sul piano del singolo istituto (come negli esempi già fatti), sia in una dimensione più ampia quale strumento per garantire il raggiungimento degli obiettivi macroeconomici descritti.

8. Il lavoro è una merce?

La "torsione" in senso economico di questo ramo del diritto sollecita la riflessione se in effetti si sia in presenza di una "rimercantilizzazione" del contratto di lavoro. Quasi venti anni fa, un autorevole giurista poneva espressamente tale problema, sottolineando come tale rischio fosse diventato assai concreto[479]. Successivamente la questione è stata riproposta con forza sul piano sociologico, con la pubblicazione di un testo dal titolo significativo[480]. Ed in tempi recenti essa è stata ribadita, mettendo in evidenza la "rimercificazione" del lavoro ed il tramonto del modello antropologico di lavoratore su cui si era basato il diritto del lavoro edificato dallo Statuto del

---

[477] È il fenomeno della "aziendalizzazione" delle relazioni industriali, su cui cfr., per tutti, Bavaro, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012.

[478] Le parole indicate nel testo sono contenute nel rapporto Combrexelle predisposto dal governo francese al fine di valutare le possibili riforme del mercato del lavoro. Sul punto v. Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 25.

[479] Grandi, op. cit., 557 ss.

[480] Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007.

1970[481]. D'altra parte uno studioso del livello di Alan Supiot nel 2012 ha scritto un libro sullo "spirito" di Filadelfia, nel quale, in presenza del trionfo del neoliberismo e del "dogma del mercato", si esprime contro un nuovo "Darwinismo sociale" ed auspica il ritorno al contenuto della Dichiarazione del 1944 ed ai valori sociali e della solidarietà[482].

Si è già detto che nel contratto di lavoro convivono sia il profilo del "lavoro oggetto", quale bene di scambio dotato di un proprio valore di mercato, sia quello del "lavoro soggetto", connesso alla personalità umana del lavoratore. Si è sottolineato come la storia di questo ramo del diritto può essere letta come un affrancamento da tale dimensione mercantile e con l'intento di valorizzare i profili personalistici, anche se la dimensione economica del rapporto di lavoro è un dato ineludibile, che può essere razionalizzato, controllato e ridotto, ma non eliminato completamente. Tuttavia a me sembra evidente che la componente del "lavoro oggetto" sia tornata oggi prepotentemente alla ribalta ed abbia fortemente ridimensionato le componenti soggettive del lavoro umano.

Gli esempi fatti in precedenza in relazione a singoli istituti (licenziamento, tipologie contrattuali flessibili, professionalità, orario di lavoro, ruolo della contrattazione collettiva, idoneità del diritto del lavoro a condizionare variabili macroeconomiche) ne sono una prova inconfutabile. Gli obiettivi economici sono la "cifra" degli interventi legislativi e alla contrattazione collettiva l'ordinamento giuridico chiede di intervenire per realizzare finalità produttive connesse al salario e all'organizzazione dell'impresa. Nella valutazione delle riforme i *target* non economici sono spesso enunciati nelle leggi, con riferimento alla "qualità e stabilità del lavoro", alla "inclusione sociale", alla dignità del lavoratore[483]. Essi tuttavia hanno soprattutto un valore retorico in quanto non costituiscono il carattere fondamentale delle nuove normative, sia per quanto riguarda il contenuto delle discipline - sempre orientate in senso economico - sia in relazione alla valutazione del loro impatto, anch'esso considerato in termini strettamente non giuridici (influenza sui livelli di occupazione/disoccupazione; riduzione del lavoro precario e sostituzione con quello stabile in un'ottica di aumento del reddito e di incremento della propensione al consumo ecc.). In tale ambito, si pensi, ad esempio, al rilievo di un concetto fondamentale quale la dignità del lavoro, che, oltre ad essere costituzionalizzata (artt. 2, 3, c. 1, 41 e 36 Cost.), è una sintesi "dei diritti inviolabili dell'uomo"[484]. In alcune discipline normative, questo attributo fondamentale continua ad essere preso in considerazione, come nel caso della tutela antidiscriminatoria. In altri casi la dignità è al di fuori degli obiettivi regolativi, come nell'ipotesi della disciplina dei licenziamenti non connessi alla discriminazione, su cui tornerò in seguito. In altre situazioni, essa, pur se considerata, è nettamente recessiva rispetto alle esigenze imprenditoriali di gestione efficiente del contratto di lavoro. Si pensi alla nuova disciplina delle mansioni o dei controlli a distanza, tutte incentrate su tutele di tipo economico o sulla soddisfazione di esigenze organizzative dell'impresa, ma con ridotta attenzione ad aspetti personalistici essenziali (la storia professionale del dipendente; la possibilità di subire controlli occulti sull'effettuazione del lavoro) che incidono in modo determinante sulla dignità del lavoratore. La proliferazione di contratti atipici – anch'essi giustificati da esigenze

---

[481] Ballestrero, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, *cit.*, 12 ss.

[482] Supiot, *The Spirit of Philadelfia, cit.*

[483] Si vedano, ad es., le disposizioni introduttive delle principali leggi che hanno introdotto importanti riforme del mercato del lavoro, come l'art. 1 del d.lgs. 276/2003 o l'art. 1 della l. 92/2012. Ed analoghe considerazioni possono essere estese alla recente legge n. 183/2014 che ha poi dato vita agli 8 decreti delegati del *Jobs Act.*

[484] Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 53.

occupazionali o per superare le rigidità del rapporto standard – nella misura in cui precarizza il lavoro sotto il profilo delle prospettive occupazionali, del reddito, delle possibilità di pianificare la propria esistenza rende assai più improbabile l'obiettivo di "un'esistenza libera e dignitosa" (art. 36 Cost.).

La stessa politica della *flexicurity*, nel suo asse portante di una riduzione dei diritti nel contratto di lavoro e di protezione soprattutto economica del lavoratore nelle fasi di disoccupazione, esprime questa "svalutazione" dei profili giuridici. L'idea di fondo è che la tutela deve principalmente svolgersi nell'ambito del sostegno al reddito in caso di perdita del lavoro. Mentre assume un rilievo secondario l'attribuzione al lavoratore di propri diritti nel contratto ed azionabili nei confronti di un soggetto titolare di rilevanti poteri economici ed organizzativi. Anzi, in questa visione economicista ed assistenziale, la prospettiva di limitare i poteri imprenditoriali perde qualsiasi importanza, in coerenza con un'ottica che disconosce la dimensione stessa della "supremazia giuridica" (che è l'essenza della subordinazione) e considera il rapporto di lavoro nell'ambito di una transazione di mercato, dove lo stesso concetto di "potere" non ha alcun rilievo.

Nel 1997 Grandi metteva in risalto la "possibilità del venir meno o comunque dell'affievolirsi del significato del lavoro come fattore formativo dell'identità umana, sociale o professionale del lavoratore medesimo; del venir meno, cioè, della *ratio* etico-giuridica che ha portato al superamento della concezione puramente mercantile del lavoro e della 'finzione' del rapporto di lavoro come operazione economica di mero scambio"[485]. A me sembra che da allora ad oggi questo processo di alterazione della essenza profonda del lavoro si sia ormai completato.

Si potrebbe obiettare che, in realtà, tale concezione non è compatibile con la presenza di una vasta area di diritti fondamentali che proteggono aspetti essenziali del lavoro e ne impediscono una lettura in chiave esclusivamente economica. In verità già nel passato si è sottolineato che la prospettiva della "rimercificazione" non era scongiurata "dal rilevato progresso dei diritti del lavoro come diritti umani; anzi, è proprio questo progresso che rischia oggi, con l'acquisizione di più alti livelli di protezione di rendere rassicurante la riscoperta del mercato e del valore di scambio delle attività lavorative"[486]. Questo giudizio può tranquillamente essere confermato oggi. Infatti, nonostante la crescita quantitativa e qualitativa di questi diritti connessa alla costituzionalizzazione delle Carte internazionali, alle riforme dei Trattati Europei (§ 3) ed allo stesso ruolo propulsivo della Corte di Giustizia, il processo di riduzione delle prerogative dei lavoratori non ha avuto nel corso degli anni alcuna interruzione e, anzi, si è accentuato[487]. Da questo punto di vista si è assistito ad un fenomeno parallelo ed inverso: incremento e rilevanza costituzionale dei diritti fondamentali connessi al rapporto di lavoro e loro costante ridimensionamento nella legislazione

---

[485] Grandi, op. cit., 572.

[486] Ibidem.

[487] Oltre alle Carte dei diritti, anche le norme dei Trattati contengono importanti riferimenti alla lotta contro l'esclusione sociale, alla giustizia sociale, alla parità di trattamento tra uomini e donne, alla solidarietà tra le generazioni, alla tutela dei diritti del minore (art. 3 TUE), ad un livello elevato di istruzione, formazione e tutela della salute umana (art. 9 TFUE), al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (art. 151 TFUE). Sul valore di tali norme, che hanno dato vita ad un dibattito interno assai ampio sulla tensione fra tutela delle libertà economiche e diritti fondamentali e sociali, v. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, *cit.*, 608 ss.

ordinaria, giustificato da esigenze micro e macro economiche che sono state analiticamente descritte.

Tale situazione deriva da molti fattori. Tra questi, il fatto che "le norme costituzionali non sono quasi mai in grado di indirizzare in modo univoco, se non in senso molto generale, la regolazione", per il loro contenuto che ne consente diverse interpretazioni ed anche per la difficoltà di stabilire priorità tra principi diversi[488]. Inoltre, in assenza di fonti legislative (nazionali ed europee) attuative di quelle costituzionali, i diritti fondamentali difficilmente riescono ad essere implementati. Lo Statuto dei diritti dei lavoratori del 1970 ne costituisce un esempio evidente (§ 3). Prima della sua emanazione molte tra le fondamentali tutele previste dalla nostra Costituzione non avevano trovato ingresso nel rapporto di lavoro. In tempi più recenti è sufficiente ricordare la differenza tra la tutela antidiscriminatoria, che – pur con tutti i suoi limiti – costituisce un vero e proprio cardine degli ordinamenti giuridici europei e gli altri diritti costituzionali del lavoro di uguale valore e non sorretti da un apparato normativo adeguato. Quest'ultimo, ad esempio, è il caso delle disposizioni contenute in fonti europee relative al licenziamento. L'art. 30 della Carta di Nizza, a parte la genericità del suo contenuto che lo rende difficilmente utilizzabile quale parametro di valutazione della legittimità di una riforma nazionale della materia, ha uno scarso valore precettivo. La disposizione non può essere utilizzata per censurare dinanzi alla Corte di Giustizia Europea una legge di uno Stato membro in tema di licenziamenti individuali. Infatti, per la giurisprudenza costante della Corte, tale violazione presuppone l'esistenza di una "norma interposta" (Regolamento o Direttiva), che, in questo caso, è assente. Ed analoghe considerazioni possono essere svolte per l'art. 24 della Carta Sociale Europea[489]. In verità, come l'esperienza storica degli ultimi decenni insegna, a parte la possibile utilizzazione dei principi costituzionali quali "controlimiti" da attivare in sede giudiziaria (§ 11), i diritti fondamentali non hanno costituito e non sono un argine contro la economicizzazione del rapporto di lavoro e la introduzione di discipline giuridiche informate a tale principio.

Una valutazione realistica di quanto è avvenuto negli ultimi anni consente di affermare che l'apparato di tutele oggi esistente, pur se fortemente ridimensionato rispetto ad un passato relativamente recente, non è tale da configurare oggi il "lavoro come merce" nel senso che tale termine aveva nel diritto del lavoro delle origini. Tuttavia, bisogna anche riconoscere che negli ultimi 40 anni la "fase propulsiva" di questo ramo del diritto si è esaurita. Infatti, la dimensione mercantile ed economica – che era stata in larga parte "immunizzata" soprattutto nel corso del '900 – è tornata ad avere un peso preponderante rispetto alla qualità soggettiva del lavoro quale espressione della personalità umana.

Da questo punto di vista si ha l'impressione che questo mutamento profondo del diritto del lavoro abbia modificato la stessa antropologia di lavoratore che ha caratterizzato la storia del secolo scorso. In una recente studio su un campione di giovani, il 65% tra quelli intervistati "è infatti pronto, pur di costruirsi un futuro, a rinunciare ai diritti conquistati a fatica dai padri (e dai nonni). Per avere e mantenersi il posto di lavoro, dunque, i giovani dichiarano di poter più o meno

---

[488] Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, *LD*, 2013, p. 43.

[489] Su tali aspetti mi permetto di rinviare a Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, 2016, I, p. 139 ss.

tranquillamente dire addio ai giorni di malattia, ai diritti legati alla maternità (almeno per un po'), e ovviamente anche ad avere un lavoro in linea con quello che hanno studiato per anni. Basta avere una retribuzione decente ed un minimo di interesse per l'attività che viene loro richiesto di svolgere"[490]. I diritti connessi al lavoro sono dunque secondari rispetto al bisogno di occupazione e di reddito, confermando una situazione caratterizzata da "iniquità insopportabili" a dall'abbandono di "qualcosa che dovrebbe essere irrinunciabile in una società equa"[491]. Come dire che l'opera di "civilizzazione" del lavoro svolta dal diritto non ha molta importanza rispetto ad esigenze di altro tipo e che la sua stessa funzione storica sembra ormai tramontata.

9. La mutazione genetica del diritto del lavoro e la crisi epistemologica del suo statuto scientifico.

Il mutamento di funzione del diritto del lavoro sta determinando anche la subordinazione di questo ramo del diritto alla economia, con un drastico ridimensionamento (se non una vera e propria espropriazione) della razionalità giuridica.

Secondo una nota definizione "l'economia è la scienza che studia il comportamento umano come una relazione tra fini e risorse scarse che possono avere utilizzazioni alternative"[492]. Inoltre, sotto il profilo degli obiettivi, il suo scopo fondamentale è quello della "massimizzazione dell'*efficienza* nell'allocazione delle risorse, che sono per definizione scarse. L'efficienza, che si rivela attraverso le lenti della ottimalità paretiana, è concepita fondamentalmente in chiave di massimizzazione della *quantità* di ricchezza prodotta"[493]. Il diritto è una tecnica di regolazione sociale che è rivolta alla disciplina di comportamenti umani in senso generale (e non in relazione alla sola utilizzazione di risorse economiche), con la introduzione di norme aventi spesso (non sempre) una struttura condizionale[494]. Inoltre le disposizioni giuridiche perseguono obiettivi specifici, espressamente enunciati o implicitamente da essi deducibili. In tale opera di regolazione il diritto è intriso di "valori", che sono "oggettività ideali"[495]. In senso più strettamente giuridico "questi valori o sono istituzionalizzati in norme costituzionali (diritti fondamentali) oppure sono il referente di clausole generali contenute nella stessa Costituzione (clausola della solidarietà sociale, dell'uguaglianza, dell'utilità sociale ecc.) o in fonti di grado inferiore"[496]. Senza dimenticare che è proprio la legge lo strumento principale di realizzazione di valori propri o di implementazione di quelli contenuti nella Costituzione o in fonti internazionali sovraordinate. Per queste sue caratteristiche il diritto è fortemente condizionato da una componente assiologica.

---

490 Il diario del lavoro, 7 ottobre 2016, in www.ildiariodellavoro.it, p. 1.

491 Ivi, p. 2.

492 Robbins, *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, McMillan, 1932, p. 15.

493 Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 5, che sottolineava come la definizione descritta si riferisse alle teorie economiche dominati. E come, all'epoca, fossero presenti già visioni alternative che avrebbero potuto "contribuire, in qualche misura, ad una ridefinizione degli obiettivi della scienza economica", capace di incorporare anche "*standars* di ordine qualitativo, che ruotano intorno al concetto di *benessere* del cittadino" (con riferimento alle tesi di Amartya Sen). A distanza di 15 anni è possibile dire che queste diverse teorie, nonostante l'autorevolezza del suo sostenitore (Sen è stato premio Nobel dell'economia nel 1998) non hanno modificato la prevalenza dell'approccio *mainstream* indicato nel testo.

494 Sulla struttura e funzione delle norme si veda, per tutti, Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. I, t. 1, Giuffrè, 1998, p. 36 ss.

495 Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 76.

496 Ivi, 85.

Per tornare alla nostra materia, già molti anni fa si sottolineava che "la tutela, l'elevazione e l'eguaglianza del lavoratore stanno alla base di tutto il diritto del lavoro e ne costituiscono il principio unificatore"[497]. La protezione dei lavoratori (e non dei datori di lavoro) è nel suo codice genetico[498], mentre gli sono estranee altre finalità, come garantire "la salute dell'economia" o "promuovere l'occupazione"[499]. Tra l'altro la costituzionalizzazione del lavoro ha incrementato i diritti fondamentali ed ha allargato la sfera valoriale perseguita dal diritto (libertà, eguaglianza, non discriminatorietà, dignità, sicurezza, protezione del disabile, libertà sindacale, autonomia collettiva, diritto di sciopero ecc.). Anzi, come si è visto, in una prospettiva ancora più ampia – che trova il suo espresso riconoscimento nella Costituzione ma anche in altre fonti giuridiche internazionali - il diritto del lavoro ha assunto la funzione di garantire la emancipazione dei lavoratori e la loro "effettiva partecipazione…all'organizzazione politica, economica e sociale del paese" (art. 3, c. 2, Cost.). Non è un caso che a questo ramo del diritto sia stato attribuito lo scopo di fare del lavoro un "fattore di inclusione sociale" e di un nuovo "diritto di cittadinanza" (§ 3)[500].

Mi sembra al contrario che, alla luce del pensiero economico dominante, il diritto del lavoro sia chiamato a garantire la competitività dell'impresa e dei sistemi economici, con un vero e proprio rovesciamento di prospettiva ed in un contesto in cui le esigenze di protezione del lavoratore, pur se ancora esistenti, sono totalmente subordinate ad altri obiettivi[501]. Per quanto attiene alla dimensione macroeconomica è sufficiente rinviare a quanto si è già detto sul rapporto tra diritto del lavoro e obiettivi quali la crescita del Pil, il tasso di occupazione/disoccupazione, investimenti, consumi, riduzione del deficit, competitività.

Anche l'analisi di singoli istituti conferma questa conclusione. La recente riforma della disciplina sui licenziamenti individuali, con riduzione drastica della tutela reintegratoria è tutta orientata al raggiungimento di obiettivi economici. La "marginalizzazione" della reintegra quale sanzione non più di carattere generale, ma riservata solo a determinate ipotesi segue la logica di "flessibilizzare" la tutela in caso di recesso, sul presupposto – del tutto indimostrato (§ 6) – che l'eccessiva rigidità in materia scoraggia la propensione delle imprese ad assumere. La previsione, in caso di licenziamento illegittimo, di una indennità risarcitoria commisurata alla anzianità di servizio è giustificata, in primo luogo, dalla necessità di ridurre le conseguenze negative che nascono dalle asimmetrie informative. Il datore di lavoro non conosce le competenze e le abilità del lavoratore al momento dell'assunzione e, se ha fatto una scelta sbagliata, deve licenziare il dipendente "senza costi (o con costi trascurabili). Ma questa flessibilità è proprio ciò che l'art. 18 impedisce"[502]. La esatta predeterminazione del *firing cost* (senza che il magistrato possa, discrezionalmente, incidere sul *quantum*) rispecchia una duplice esigenza: a) determinare in anticipo quale sarà il valore

---

497 Mazzoni, *op. cit.*, 1074.

498 F. Santoro Passarelli, *Specialità del diritto del lavoro*, cit., p. 344.

499 Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, *cit.*, 597.

500 Nell'ordine "garantito dal costituzionalismo liberale gli ordinamenti democratici hanno sviluppato un progetto di 'costituzione economica' e di 'democrazia industriale' all'interno del quale il diritto del lavoro ha svolto un ruolo essenziale in una prospettiva che i giuristi weimariani definivano di 'democratizzazione del rapporto di lavoro'" (Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 18).

501 "Gli interessi economici ed organizzativi dell'impresa sono la 'stella polare' dell'intervento legislativo nazionale ed (europeo), che orienta e conforma anche le tutele del lavoro. Da questo punto di vista si può affermare che oggi il diritto del lavoro è sempre più il "diritto del datore di lavoro – imprenditore" (Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *DLRI*, 2010, p. 4 e 5).

502 Rodano, op. cit., 17.

economico del recesso, eliminando i rischi della variabilità degli importi o della loro modificabilità per effetto dell'intervento del giudice o della durata del processo; b) consentire all'impresa, in una tipica analisi costi/benefici, di valutare a priori se sia più conveniente interrompere il contratto senza ragioni giustificative (pagando somme ridotte e comunque certe) o se continuare nella relazione contrattuale in considerazione degli apporti economici che il rapporto di lavoro può ancora realizzare[503]. In questo caso l'approccio seguito è quello degli «*inadempimenti efficienti* (*efficient breach*)»[504], in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»[505]. Anche l'offerta conciliativa (prevista dall'art. 66 del d.lgs. 23/2015) è ispirata all'analisi costi benefici[506].

L'occupazione, che costituisce un obiettivo del diritto del lavoro e dell'economia[507], è declinata in modo molto diverso. Nel primo caso essa costituisce uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di realizzazione di valori fondamentali previsti dalle fonti costituzionali nazionali ed europee, con particolare attenzione, quindi, sia alla sua "stabilità", sia alla qualità del lavoro sotto il profilo della dignità, della sicurezza, della capacità di esprimere le proprie attitudini, della quantità e sufficienza della retribuzione ecc. Per l'economia è un obiettivo diretto a garantire una efficiente utilizzazione delle risorse produttive, perché la sottoccupazione non consente il dispiegamento di tutte le potenzialità del sistema economico in termini di crescita e diffusione del benessere, con i riflessi sul reddito, sul consumo e così via. Altri esempi di questa lettura in senso economico di istituti del diritto del lavoro sono stati già fatti.

Si è sottolineato come questa dimensione tutta economica costituisca un cambio del paradigma scientifico del diritto del lavoro, definito come "*la declinazione lavoristica dell'analisi economica del diritto*"[508]. In particolare si è detto che in precedenza "l'agire pubblico" si muoveva "sulla base di un sistema di valori che integrava differenti punti di vista morali e materiali entro il processo di formazione delle leggi". Oggi, invece "il nuovo corso normativo, esplicitamente orientato

---

[503] Si è recentemente sottolineato che la previsione di un indennizzo risarcitorio predeterminato ha la finalità "di garantire il più possibile la prevedibilità del costo di separazione, quando questo si riferisca a vicende fisiologiche del rapporto, quali l'aggiustamento degli organici, il mutamento teconologico, il mutamento organizzativo, l'esercizio del potere disciplinare" (Ichino, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, *cit.*, p. 12).

[504] Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, cit., p. 12; Id., Efficient breach*, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *RGL*, I, 2012, p. 561.

[505] Perulli, Efficient breach*, valori del mercato*, *cit.*, p. 563.

[506] Il datore di lavoro, infatti, può transigere la controversia con un esborso monetario ridotto, preventivamente determinato ed evitando il rischio di una condanna al pagamento di una somma superiore. Il lavoratore, d'altro canto, ha interesse alla conciliazione, perché l'importo liquidato è al netto delle imposte (a differenza delle somme che percepirebbe in caso di esito giudiziario positivo), evitando i costi, i tempi e l'incertezza del giudizio. Si tratta della classica tecnica incentivante tipica dell'analisi economica del diritto.

[507] Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, *cit.*, p. 44.

[508] Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, cit., p. 9, che spiega come "secondo l'impostazione epistemologica di Thomas Kuhn con (il concetto di paradigma scientifico) si designano le regole ammesse ed interiorizzate come 'norme' dalla comunità scientifica in un determinato momento storico, onde la scienza si sviluppa come 'scienza normale'", basata su "idee, teorie e prassi comunemente accettate come valide dalla comunità scientifica".

all'economicismo, internalizza direttamente il canone (extragiuridico) della *efficiency* finendo per modificare radicalmente il *valore* del paradigma del diritto del lavoro"[509].

Questo mutamento di prospettiva si riflette anche sul piano scientifico, alterando lo statuto epistemologico della materia. Se, infatti, per scienza giuridica intendiamo l'attività conoscitiva del diritto finalizzata alla elaborazione di teorie, la lettura in chiave prevalentemente economica del diritto condiziona anche le teorizzazioni che si basano su essa. Come dimostra l'esperienza della *Law and Economics* in svariati campi, incluso il diritto del lavoro, queste analisi scientifiche escludono dal proprio ambito di elaborazione (o gli attribuiscono un ruolo secondario) valori ed obiettivi diversi dalla efficienza, dal rapporto costi/benefici o dalla finalità di massimizzazione del benessere. Nell'ambito del diritto civile, ad esempio "della proprietà non viene valorizzata la funzione di strumento che consente a ciascuno di controllare un ambito di risorse naturali protetto in cui sviluppare la sua personalità, ma quella di strumento atto a distribuire correttamente gli incentivi e a prevenire inefficienze"[510]. Nel diritto del lavoro, la tesi di Coase sui costi di transazione è la chiave di lettura per spiegare fenomeni quali le esternalizzazioni produttive, la relazione tra l'impresa e il rapporto previsto dall'art. 2094 c.c, la "fuga" dalla subordinazione e l'utilizzazione di contratti commerciali per procacciarsi il lavoro[511]. I saggi di Pietro Ichino in tema di contenuto assicurativo del rapporto di lavoro, licenziamento per gmo, analisi del salario sufficiente, funzione anticoncorrenziale della contrattazione collettiva ecc. ne sono un ulteriore esempio evidente (§ 7). La esclusione o il rilievo secondario attribuito a funzioni, valori e obiettivi diversi da quelli economici svuota il contenuto assiologico del diritto e riduce la scienza giuridica ad una "appendice" dell'economia (e della scienza economica), di cui costituisce la formalizzazione teorica applicata all'ambito normativo.

Il cambiamento del paradigma condiziona anche le metodologie, che caratterizzano la struttura di qualunque scienza, ivi incluso il diritto[512]. In particolare, nell'ambito delle tecniche interpretative – che senza dubbio costituiscono una delle principali "cassette degli attrezzi" a disposizione del giurista per elaborare le proprie concettualizzazioni – vi è una netta prevalenza della interpretazione orientata alle conseguenze. La norma giuridica viene valutata in termini di effetti positivi o negativi prodotti in relazione all'efficienza del sistema, all'aumento del benessere[513]. Si tratta di

---

[509] Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 20.

[510] Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 46.

[511] Sulla teoria dei costi di transazione di Coase (ed agli ulteriori sviluppi realizzati da Williamson) e sulla sua utilizzazione nel diritto del lavoro, particolarmente per quanto attiene le esternalizzazioni e la segmentazione del processo produttivo, cfr. Ichino, *Il contratto di lavoro*, *cit.*, 180 ss.; Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., 75 ss.; Speziale, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, 2006, I, 7 ss.

[512] In relazione al tema del "metodo scientifico" non posso che ribadire quanto ho già detto sul concetto di scienza giuridica (v. nt. 138). Per un'analisi recente della prima nozione vedi, peraltro, Civitarese Matteucci, *Some Remarks on Methodology in Legal Studies in the Light of the Challenges that Globalization poses to Legal Doctrine*, in *Revista catalana de dret public*, 2014, p. 119 ss.; Schiavello, *Scienza giuridica, metodo, giudizi di valore*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2007, http://www.lex.unict.it/tcrs, p.1 ss.

[513] Nel diritto del lavoro tale tecnica interpretativa è stata utilizzata particolarmente in relazione al licenziamento, dove, sul presupposto che la reintegra introduce eccessivi elementi di rigidità del sistema, si è favorita una lettura delle riforme del 2012 e del 2015 tesa a marginalizzare tale sanzione che scoraggerebbe le assunzioni (v. *supra* nel testo ed Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano", 2012 e Id., *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, Relazione alla Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 2016, entrambe in http://www.pietroichino.it). Nel diritto civile, in base al presupposto che la responsabilità oggettiva favorisce una migliore allocazione delle risorse, essa è stata usata per proporre una nuova interpretazione del concetto di caso fortuito. Sulla interpretazione orientata

un canone interpretativo che può essere desunto dall'art. 12 delle preleggi, "essendo riconducibile al canone logico sistematico o al canone teleologico"[514]. Tuttavia non può certo diventare l'unico o prevalente criterio di interpretazione, perché in tal modo si obliterano altri fondamentali criteri, quali la interpretazione letterale o "l'intenzione del legislatore", da intendersi come "lo scopo, il risultato razionale che la norma può oggettivamente perseguire nel momento in cui viene applicata"[515]. Una caratteristica che certamente non coincide con gli effetti economici che concretamente la disposizione può produrre bensì con le finalità che essa intendeva perseguire (ed a prescindere, quindi, dalle concrete conseguenze che può determinare).

Alcuni anni fa si sosteneva che un diritto del lavoro non rivolto a tutelare la personalità del lavoratore avrebbe potuto determinare "un'irreversibile mutazione genetica" della materia[516]. A me sembra che questo processo si sia verificato, modificandone gli obiettivi (dalla tutela dei lavoratori a strumento per garantire la competitività delle imprese e dei sistemi economici), i valori di riferimento, le elaborazioni scientifiche (in rapporto ai contenuti e alle metodologie applicate).

10. La critica della subordinazione del diritto del lavoro all'economia e la riaffermazione della sua "specificità" assiologica e scientifica.

Questa nuova dimensione del diritto del lavoro si presta a varie considerazioni critiche. Si è visto infatti che alcuni postulati fondamentali - come ad esempio la capacità di questo ramo del diritto di influenzare variabili macroeconomiche o di incidere sulla competitività degli Stati nazionali - sono fortemente discutibili e contestati anche da altre teorizzazioni della scienza economica (§ 6 ss.). Inoltre, anche il mezzo principale di attuazione di questa nuova funzione del diritto del lavoro (l'analisi economica del diritto) si presta a obiezioni sostanziali. Si tratta, infatti, di uno strumento euristico che, sebbene sempre più diffuso tra i giuristi, è stato recentemente contestato nei suoi profili epistemologici, tanto da essere definito come una teoria "debole", in quanto "rudimentale sul piano filosofico e così opinabile sul piano pratico"[517]. Nell'ambito di un'analisi che propende per una lettura del diritto tutta rivolta a valutarne l'efficienza e la sua capacità di massimizzare il benessere, questa critica si è estesa a tutti i suoi postulati fondamentali[518]. E mi sembra peraltro che l'elemento principale di contestazione possa essere identificato nell'idea secondo la quale è possibile "effettuare una sensata (e magari monetaria) misurazione di ogni bene (vita umana compresa)" e nel sostenere "l'irrilevanza di ogni altro valore non immediatamente misurabile in termini di aumenti e diminuzioni di benessere"[519].

---

alle conseguenze v. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23,* Giappichelli, 2015, 9 ss.; Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè 1996, 95 ss.

[514] Mengoni, op. ult. cit., 92.

[515] Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè 2004, p. 151.

[516] Passaniti, *Storia del diritto del lavoro, cit.*, 25.

[517] Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 48.

[518] Ivi, p. 50, sono sottolineate "un'ampia serie di difficoltà teoriche (dalla arbitrarietà delle aggregazioni di benessere, alla non invarianza della unità di misura - il denaro - che dovrebbe consentirne il calcolo, dalla assurdità della separazione dei profili allocativi da quelli distributivi, alla inaccettabilità del primato attribuito all'efficienza rispetto all'equità ecc.)".

[519] Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 49, nt. 15. Si vedano anche le osservazioni critiche di Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, *cit.*, 9 ss.

Questa valutazione tutta economica del diritto finisce per negarne la specificità, obliterando completamente la sua "dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi"[520], che trovano oggi un importante fondamento regolativo in molte fonti primarie ed in testi costituzionali italiani ed europei, oltre che nelle Convenzioni OIL. Mi chiedo, d'altra parte, come si possa pretendere di "misurare" e di "quantificare economicamente" diritti fondamentali – che sono parte integrante della regolazione giuridica del lavoro - quali la dignità, la libertà, l'eguaglianza, la sottoprotezione sociale ed economica, "l'effettiva partecipazione di tutti lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3, c. 2, Cost.), la "cittadinanza sociale", la tutela della salute e della sicurezza. In alcuni casi una simile operazione è impossibile (quale è il *quantum* economico della dignità, della eguaglianza, della partecipazione ecc.?). Oppure, anche se realizzabile (si pensi al risarcimento per danno biologico, morale esistenziale) si tratta solo di una parametrazione economica della lesione di un diritto che conserva in ogni caso una sua sfera essenziale "irriducibile" a qualsiasi monetizzazione (il dolore per la perdita di un congiunto non può che trovare compensazione parziale e limitata nella erogazione di una somma di denaro).

La visione economica del diritto del lavoro, inoltre, nega in radice la stessa dimensione dei poteri che la legge attribuisce al titolare del contratto, occultando quei profili di supremazia giuridica ed economica che sono una caratteristica della subordinazione[521]. E questo non deve stupire perché la teoria economica prevalente tende ad escludere la "dimensione organizzativa, quella che riguarda la titolarità delle decisioni, ossia le relazioni di *potere* tra gli agenti coinvolti"[522], anche perché il concetto di potere "contraddice in modo irreparabile il suo postulato metodologico di base (quello della capacità individuale di scelta economica)"[523].

Una prova evidente di questa distanza con l'economia in relazione ad istituti fondamentali del diritto del lavoro può essere rinvenuta nella disciplina del licenziamento. Infatti, la dimensione assiologica di questo ramo del diritto trova nel recesso del datore di lavoro uno dei suoi momenti di maggiore importanza.

Si tratta, infatti, di un potere unilaterale che può incidere in modo significativo su aspetti fondamentali della personalità e della dignità del lavoratore, come nel caso del recesso motivato da ragioni discriminatorie o di quello per giusta causa fondato su comportamenti giuridicamente o moralmente riprovevoli del dipendente e che mettono in discussione la sua onorabilità. Lo stesso può dirsi per il licenziamento che contenga un giudizio di disvalore sulla competenza tecnica nell'adempimento o che si fondi su una responsabilità del lavoratore imputabile a sua negligenza. Sono tutte situazioni rispetto alle quali il prestatore, indipendentemente dagli effetti economici del recesso, ha uno specifico interesse a riaffermare la propria soggettività con una sentenza che accerti la lesione della sua dignità (dichiarando il carattere discriminatorio del licenziamento o l'assenza di comportamenti disonorevoli) o la correttezza della sua condotta a fronte

---

[520] Perulli, Efficient breach*, valori del mercato*, cit., p. 561.

[521] V. *retro* § 3.

[522] Salento, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, *DLRI*, 2006, 471, che la riferisce a contratti attraverso cui si gestiscono le esternalizzazioni ed alla teorica dei costi di transazione, ma con riflessioni che sono naturalmente estensibili alla teoria economica in generale.

[523] Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 23.

dell'imputazione di fatti mai commessi o comunque privi della gravità che gli si vorrebbe attribuire. D'altra parte, il recesso interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali[524]. Infatti, «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36»[525]. E questo spiega perché, anche nel caso del licenziamento economico, sono in gioco sia profili reddituali connessi a garantire, ai sensi dell'art. 36 Cost., una vita libera e dignitosa (in una dimensione non riconducibile, dunque, solo al "prezzo" del lavoro), sia l'interesse a conservare un legame con l'impresa, che è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore[526].

La sostituzione della reintegrazione quale sanzione generale nel caso di licenziamento illegittimo con una indennità risarcitoria è stata salutata come il passaggio dalla *property rule*, che di solito "viene riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto assoluto della persona", alla regola della *liability rule*, che opera quando "sia in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore"[527]. E, sempre in un approccio di *Law and Economics* si è affermato che l'idea secondo cui la perdita del posto di lavoro "lede sempre il diritto fondamentale al lavoro…. corrisponde ad una concezione del rapporto di lavoro ispirata all'idea della *job property*, che mal si concilia con l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo"[528].

Ho già espresso critiche a questa impostazione[529]. Qui preme rilevare che essa trascura completamente il *profilo giuridico* delle tecniche sanzionatorie analizzate. In tale ambito, infatti la reintegrazione nel posto di lavoro è un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica compensativa dell'indennizzo pecuniario. Questa tecnica ritiene che la lesione di determinati interessi non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la *restituito in integrum* della posizione soggettiva, particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come nel rapporto di lavoro.

---

[524] Su tali aspetti, cfr. Speziale, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, pp. 88 ss. e, di recente, Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, *DLRI*, 2012, 129 ss. Si rinvia anche a Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, 685.

[525] Cass., S. U., 10 gennaio 2006 n. 141. La sentenza segue l'impostazione della dottrina indicata nella nota precedente (a cui *adde* Mazzamuto, Ancora sul mobbing, in AA. VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, 2007, 211 ss.; Id., *Un' introduzione al mobbing*, in P.Tosi (a cura di), *Il mobbing*, Giappichelli, 2004, 23 ss. e nt. 45; Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, 65 ss.; Id., Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive, in *RIDL*, I, 2005, 489 ss.; Proto Pisani, Note sulla tutela civile dei diritti, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 40; Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2001, 270 ss.) ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18 giugno 2012, n. 9965. Sulla coesistenza, nel diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie v. anche Perulli, Efficient breach*, valori del mercato*, cit., 564, nt. 12.

[526] Tra questi anche l'esercizio di diritti sindacali che costituiscono espressione ulteriore di realizzazione della personalità del lavoratore e che ne realizzano la sua «dimensione sociale».

[527] Ichino, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 10 – 11.

[528] Ibidem.

[529] Speziale, La riforma del licenziamento individuale, cit., 352.

Tale approccio, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali[530], è stato accolto da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica[531] ed anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel diritto del lavoro ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica[532]. Quest'ultima è una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»[533]. In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»[534].

Questo orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento. Non vi è dubbio, peraltro, che le Sezioni Unite si muovono in un'ottica molto lontana dal *severance pay* e dalla ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica[535]. L'impresa, secondo tale opinione, è il luogo di realizzazione della personalità del lavoratore alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale[536].

Come si vede, le tutele ripristinatorie e risarcitorie hanno nell'ambito giuridico una specificità tecnica e perseguono degli obiettivi molto diversi da una semplice valutazione in termini di costi e benefici o di opposizione tra *property rule* e *liability rule*. Considerazioni analoghe possono essere svolte per il controllo giudiziale sugli assetti organizzativi dell'impresa, diretto a verificare che i poteri imprenditoriali siano esercitati nel rispetto del bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. Una logica, questa molto differente dalla insindacabilità delle prerogative manageriali che viene predicata dall'approccio economico al diritto del lavoro[537]. I poteri che caratterizzano il contratto di lavoro non possono essere ridotti soltanto ad una valutazione in termini economici, né la *Law and Economics* è in grado di cogliere tutti i profili valoriali che caratterizzano i rapporti di lavoro. E questa considerazione può essere estesa a molti altri aspetti già analizzati, come la professionalità, la sicurezza, la tutela della dignità ecc.

La subordinazione del diritto del lavoro all'economia - a prescindere dalla fondatezza o meno dei suoi assiomi – oscura i profili assiologici e le tecniche di questo ramo del diritto. Non si è in

---

530 Cannati, op. cit., 2012, 32 ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

531 Si rinvia agli autori citati nelle precedenti nt. 148 e 149.

532 Si è giustamente sottolineato che «la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempiuta si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica» (Nogler, La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato, DLRI, 2012, 669).

533 Cass., S. U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., 7.

534 Cass., S. U., 10 gennaio 2006, n. 141, cit., 8.

535 Perulli, Efficient breach*, valori del mercato*, cit., 564 ss.

536 Non è un caso che la Corte Cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: C. Cost. 3 marzo 1994, n. 108 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

537 Per l'approfondimenti di questi temi rinvio a Speziale, La riforma del licenziamento individuale, cit., 354 ss.

presenza soltanto di una "tirannia dei valori economici"[538] ma di un vero e proprio ridimensionamento dell'autonomia del diritto del lavoro. Un acuto studioso che ha analizzato anche i problemi epistemologici della scienza giuridica ha sottolineato come sia possibile che si materializzi "il rischio della subordinazione monistica del diritto all'economia"[539]. Ritengo che, almeno per quanto riguarda il diritto del lavoro, questo rischio si è ormai avverato e costituisce una realtà indiscutibile.

11. Il ruolo del giurista del lavoro.

La realtà prima descritta sollecita l'interrogativo di quale sia il ruolo del giurista del lavoro. La crisi di "identità" di questo ramo del diritto – incapace di "adeguare le proprie strutture cognitive e valutative, in una parola la propria razionalità, ad un contesto economico, sociale e culturale, profondamente trasformato"[540] – non può non riflettersi sullo studioso della materia e sui compiti che gli sono affidati. Mi sembra evidente che il giurista, oltre ad analizzare lo sviluppo e la dinamica del diritto, ad interpretarne il contenuto, ad individuare possibili linee di riforma, debba in qualche modo occuparsi anche del suo statuto epistemologico, che ne costituisce il substrato e la ragione della sua stessa attività intellettuale. Cercherò quindi di delineare quale apporto può essere dato in tale ambito, trascurando altre funzioni essenziali del ruolo (didattica, selezione degli studiosi, rapporto con la politica e con le professioni ecc.)[541].

L'"invasione" dell'economia sul diritto del lavoro mi sembra indiscutibile. Ritengo tuttavia che, nei confronti di questa realtà, non sia possibile un atteggiamento autoreferenziale, tendente ad ignorarne le analisi ed i contenuti, in base al presupposto che questo ramo del diritto è caratterizzato da "una sfera valoriale che deve essere tenuta al riparo dalla razionalità efficientistica dell'economia, cui deve, piuttosto, fare da contraltare"[542]. Un simile approccio sarebbe, in primo luogo, evidentemente irrealistico in considerazione della egemonia culturale del discorso economico in ambito generale, che trascende la stessa dimensione giuridica e si estende ormai alla politica, alla società ed a qualunque profilo dell'agire umano. A parte queste considerazioni, si tratterebbe comunque di un atteggiamento errato. Come si è cercato di argomentare, il rapporto tra diritto del lavoro ed economia è nel "codice genetico" della materia, sia nella dimensione micro, riguardante la singola impresa, sia nel riflesso macro, connesso al sistema economico complessivo. Non considerare tali aspetti significherebbe, dunque, negare una delle sue caratteristiche fondamentali ed eliminarla dall'oggetto del proprio studio, venendo meno al compito del giurista.

L'apertura cognitiva con la scienza economica ed il confronto con le sue acquisizioni è dunque indispensabile. Molti anni fa si sosteneva che nel diritto del lavoro "il superamento del tradizionale metodo dogmatico, in una con l'impiego della critica politica e sociologica, l'apertura

---

[538] Perulli, Efficient breach*, valori del mercato*, cit., 584.

[539] Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, *cit.*, p. 46.

[540] Ivi, 38.

[541] Su tali aspetti il Gruppo "Freccia Rossa" ha organizzato un Convegno, tenuto a Roma il 24 maggio 2016, dal titolo *Il nuovo giuslavorista nell'accademia, nella magistratura e nella professione*. Tra gli interventi che analizzano tali aspetti cfr. Del Punta, Il nuovo giuslavorista, dattiloscritto.

[542] Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, *cit.*, p. 44.

interdisciplinare, la comparazione internazionale, appaiono ormai elementi distintivi costanti"[543]. Si sottolineava inoltre come l'efficienza – che costituisce l'obiettivo fondamentale dell'economia (§ 9) – "non è una prerogativa padronale, ma costituisce un principio di azione valido per tutti. Ma neppure è una legge scientifica, e pertanto sulle modalità di traduzione pratica di essa possono emergere divergenze, anche profonde"[544]. In questo contesto una analisi sugli effetti economici di una norma giuridica potrebbe avere una sua utilità per comprenderne le conseguenze che essa può determinare sul funzionamento dell'impresa, sui suoi costi, sulla capacità di essere concorrenziale, in una parola sulla sua attitudine a stare sul mercato e a produrre dunque ricchezza, con i suoi inevitabili riflessi su occupazione, salari ecc.[545]. In senso più generale si può anche affermare che, quando un diritto, come quello del lavoro, è fortemente "impregnato" di economia ed opera anche come meccanismo di creazione e redistribuzione di ricchezza, è impossibile non prendere in considerazione gli effetti che esso determina sul sistema economico. Da questo punto di vista, l'art. 151 del TFUE che pone tra gli obiettivi della Politica sociale europea il mantenimento della competitività dell'economia dell'Unione è espressione di questo principio[546]. Senza dimenticare che "i diritti vivono nella storia e nelle condizioni reali che ne rendono possibile il soddisfacimento" e non possono essere assolutizzati in modo tale da renderli "impermeabili" alla società[547].

Il confronto con l'economia peraltro implica la considerazione di tutte le acquisizioni provenienti da questa scienza sociale e non solo quelle del pensiero *mainstream* più volte descritto nei precedenti paragrafi. Vi sono teorie economiche che hanno introiettato obiettivi quali l'equità, il benessere individuale non necessariamente legato al reddito, addirittura la felicità. Ed è chiaro che queste finalità impongono una considerazione della efficienza in senso non necessariamente connesso alla creazione/distruzione di ricchezza, ma anche in rapporto ad aspetti non economici, che richiamano i valori che sono tipici del diritto del lavoro[548]. Inoltre, nel dialogo con gli economisti, non è possibile dimenticare che le acquisizioni teoriche di questa scienza "raramente sono in

---

[543] Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., 252.

[544] Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., 334. Qualche anno dopo si sottolineava che "non è vero che l'efficienza non abbia nulla a che vedere con i valori. La piena occupazione, che è l'indicatore fondamentale di efficienza del mercato del lavoro, rappresenta anche l'attuazione di uno dei più cruciali valori costituzionali" (Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 8).

[545] L'analisi economica del diritto può essere utile per verificare "il profilo dell'efficacia materiale delle norme" (Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, *cit.*, p. 44, che richiama le essenziali acquisizioni espresse da Lyon Caen, Perulli, *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, 2008). E si è sottolineato come "entro certi limiti può essere accettata anche un'etica dei mezzi, e cioè un aspetto morale determinato dai valori strumentali dell'efficienza e della produttività in coerenza con le indicazioni provenienti dall'analisi costi benefici" (Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, *cit.*, 59).

[546] Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 7 ss.

[547] Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 8 (che richiama l'insegnamento di N. Bobbio); Id., *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, *cit.*, p. 43 ss.

[548] Tra queste diverse teorie economiche, uno dei riferimenti obbligati, ma non l'unico, è alle opere di Amartya Sen (*Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, Marsilio, 1998; *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, 2000; *L'idea di giustizia*, Mondadori, 2010), con il suo approccio che tenta di mediare tra un discorso utilitarista ed una dottrina fondata sui diritti. Questa interpretazione sostiene un concetto di sviluppo che non coincide con l'aumento del reddito, ma con l'incremento della qualità della vita e considera principi fondamentali quali la libertà e l'eguaglianza ecc. Ma non vanno dimenticati anche gli economisti secondo i quali, per questa scienza, "i valori di riferimento non debbono essere soltanto quelli dell'allocazione efficiente, bensì anche quelli della libertà, dell'equità, della compassione, della autodeterminazione dei cittadini." (Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 25, a cui si rinvia per i riferimenti bibliografici e l'analisi di queste scuole di pensiero).

grado di fornire spiegazioni condivise, in particolare sui nessi fra determinati fattori ed i relativi effetti, riuscendo a giungere, al massimo, a conclusioni probabilistiche"[549].

In realtà, se analizziamo lo sviluppo del diritto del lavoro negli ultimi trenta anni e consideriamo lo stato del dibattito economico e la sua influenza sul processo regolativo, l'impressione che si ricava è assai diversa. L'economia si identifica con una teoria assolutamente dominante (coincidente con quella neoclassica), che ho definito come "pensiero unico"[550], adottata dalle grandi istituzioni economiche internazionali e senza che vi sia spazio per elaborazioni teoriche alternative. Questo approccio prescinde in larga misura da un confronto, tutto economico, sugli effetti delle norme lavoristiche e sulla loro stessa attitudine a raggiungere gli obiettivi che si sono prefigurati. Ho già esaminato in precedenza questi aspetti, in relazione alla (indimostrata) correlazione tra riduzione delle tutele in materia di lavoro e crescita dell'occupazione, al rapporto tra disciplina dei licenziamenti e la sua influenza sulla attrattività degli investimenti esteri, alla idoneità della disciplina giuridica del lavoro ad influenzare in modo determinante la competitività dei sistemi economici nazionali o ai limiti di modelli teorici che legano alle riforme del lavoro effetti su variabili macroeconomiche (§ 6 e 7). Tali obiezioni, tra l'altro, vengono spesso proprio dai soggetti che operano queste analisi e che hanno adottato la teoria economica *mainstream*[551]. Da questo punto di vista, ad esempio, particolare rilievo hanno gli studi compiuti dall'Ocse sulla relazione tra flessibilità salariale ed occupazione, quando si è affermato che né la teoria né le analisi econometriche sono state in grado di determinare l'influenza sui livelli occupazionali di discipline legali o contrattuali sui minimi salariali[552]. Ed analoghe considerazioni possono essere effettuate per il rapporto tra crescita dei posti di lavoro e legislazione restrittiva in materia di licenziamenti[553]. Tale irrilevanza della realtà si manifesta anche in altre forme. Nel 1972, ad esempio, si è ipotizzato che l'impresa è un *nexus of contracts*, nel quale il datore di lavoro è "l'agente contrattuale centralizzato di un processo produttivo di squadra (*team production*)", che non esercita alcun potere gerarchico sui lavoratori, bensì un potere di organizzazione "che in nulla differisce dal potere contrattuale di scelta esercitato dal consumatore all'atto di acquistare un determinato prodotto"[554]. Quando questa teoria è stata elaborata l'organizzazione dell'impresa era quella (pressoché esclusiva) fondata sul modello tayloristico, che, come è universalmente noto, è caratterizzato da una strutturazione fortemente gerarchica che certamente esclude che "gli agenti contrattuali" che compongono la forza lavoro possono essere considerati in una posizione paritaria e non "subordinata" (e non è certo un caso che il potere direttivo di cui all'art. 2094 c.c. sia stato pensato proprio in relazione a questo tipo di organizzazione imprenditoriale). Si tratta di un caso classico

---

[549] Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, *cit.*, p. 54.

[550] Speziale, *L'articolazione della fattispecie*, cit., p. 146.

[551] Si pensi alle valutazioni effettuate nei vari Rapporti sulla competitività degli Stati già esaminati nel § 7 ed alle loro evidenti contraddizioni. Con conclusioni che possono essere estese anche ai Rapporti Ocse indicati nel testo.

[552] Su tali aspetti v. Speziale, *L'articolazione della fattispecie*, cit., p. 148, con riferimento all' *OECD Employment Outlook,* OECD, Paris, 1998 (analizzato su tale aspetto).

[553] Ibidem (in relazione agli *OECD Employment Outlook,* OECD, Paris, 1998 e 2004, con indicazioni bibliografiche). Su tale questione v. anche Ashiagbor, op. cit., 2005, 41 ss. (con ampie indicazioni bibliografiche).

[554] Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, *cit.*, 268, che analizza la tesi di Alchian, Demsetz (*Production, Information, Costs, and Economic Organization*, 1972).

di elaborazione teorica che non considera le caratteristiche concrete del modo di produzione e si muove in una logica tutta autoreferenziale.

Questi aspetti pongono problemi di grande rilievo. Da un lato si è in presenza di un "formante economico" molto "aggressivo"[555] (soprattutto per essere stato adottato da grandi istituzioni internazionali, UE inclusa), che "pretende" riforme del diritto del lavoro in senso deregolativo (puntualmente realizzate) per raggiungere (assai improbabili) incrementi di benessere, occupazione ecc. Dall'altro questo processo si svolge all'interno di un deficit di riscontri empirici che dimostrino l'esattezza delle teorie postulate. Il che non deve stupire. Bisogna infatti ricordare che «spesso gli economisti accademici non si interessano alla realtà, o meglio si costruiscono una loro realtà teorica e, se scoprono che la realtà reale funziona in modo diverso, considerano sbagliata quest'ultima e non la loro teoria»[556]. Una conclusione questa che può forse spiegare per quale ragione le ipotesi teoriche sopra descritte in tema di riduzione di tutele siano *indifferenti* alle «dure repliche della realtà» ed all'assenza di riscontri empirici che confermino le teorie formulate.

Si assiste dunque ad un duplice fenomeno. Si sviluppano teorie economiche che suggeriscono la riduzione delle garanzie a tutela dei lavoratori a *prescindere* dalla loro concreta efficacia sul sistema produttivo ed in relazione agli stessi obiettivi che si sono perseguiti. Questa impostazione, peraltro, è coerente con una «deriva» di una materia che dimentica di essere una scienza sociale e politica e si caratterizza oggi per «un crescente distacco dell'analisi teorica economica dalla realtà»[557]. Inoltre, il carattere sperimentale della scienza, che dovrebbe condurre ad un confronto tra modelli economici ed evidenza empirica, viene completamente negato attraverso una sistematica obliterazione di dati statistici e di analisi di vario tipo che mettono in evidenza risultati che contrastano l'assunto di base (più flessibilità dei licenziamenti determina maggiore occupazione, più investimenti esteri e così via).

L'obiettivo della efficienza, che costituisce la «ragione sociale» di qualunque teoria economica, viene così smentito in conseguenza di un eccesso di astrattezza e di carenza del legame con la realtà, oppure considerando i dati concreti come un fattore trascurabile che non merita di essere considerato. In questo caso l'effetto paradossale è massimo. Non solo il diritto del lavoro è «colonizzato» dall'economia, ma questo processo si verifica nell'ambito di una evidente violazione dello statuto epistemologico della scienza «dominante», che, in varie forme, *prescinde* dalla realtà e dimentica il suo carattere sociale e sperimentale. Diritto del lavoro ed economia sono entrambe snaturate nei propri elementi costitutivi con un duplice effetto negativo che si riflette sulla nostra materia. In verità le teorizzazioni descritte in precedenza (§ 6 e 7) sono (non sempre ma molto spesso) una vera e propria «teologia economica», che ha ben poco di «scientifico» e che, come tutte le religioni, presuppone «dogmi e rivelazioni». I suoi assiomi sono presentati come verità indiscutibili e trasformati in una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico.

---

[555] Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 46.
[556] Palazzi, *L'economia come scienza sociale e politica*, Aracne, 2011, p. 10.
[557] Ivi, 13.

In questo contesto, il giurista del lavoro deve, in primo luogo, contestare la pretesa di "scientificità assoluta" delle elaborazioni della teoria economica sottolineandone la contraddittorietà proprio sul piano empirico. Si è rilevato come questa attività "non produce risultati incisivi sulle linee di politica del diritto" per ragioni connesse ad un mutamento della scienza giuridica ed alla stessa posizione assunta dalle istituzioni internazionali (Banca Centrale, FMI, UE)[558]. Una tesi sicuramente condivisibile. Tuttavia, quello che non si ottiene in tema di capacità di influenzare il regolatore politico, lo si deve quantomeno ribadire sul piano scientifico. Dare un senso alla apertura cognitiva significa non abdicare alla funzione del giurista di selezionare le informazioni e le acquisizioni teoriche che provengono dalla scienza economica, pena altrimenti il tramonto del suo statuto epistemologico.

Il confronto con altre scienze sociali impone la conoscenza dei suoi contenuti, metodologie, linguaggi. Un processo certamente non semplice che, oltre ad imporre al giurista del lavoro un notevole sforzo concettuale, può condurre a valutazioni errate o a incomprensioni per carenza delle necessarie competenze professionali. Tuttavia questo rischio di "eclettismo" – esistente anche per gli economisti, che peraltro non sembrano molto preoccupati di questo problema – deve essere affrontato per le ragioni più volte spiegate[559].

La difesa della autonomia giuridica deve essere realizzata anche nell'ambito delle metodologie. Si è già detto dell'impossibilità di attribuire valore euristico esclusivamente al canone della interpretazione orientata alle conseguenze (§ 9). In tale contesto bisogna ribadire che gli obiettivi economici, anche se recepiti all'interno della norma giuridica lavoristica, devono fare i conti con i "vincoli interpretativi" che derivano dal testo e dal sistema giuridico in cui essa si inserisce. E tali vincoli, in un processo ermeneutico che non ha ovviamente solo valore conoscitivo ma anche creativo dei contenuti delle disposizioni[560], può determinare esiti applicativi certamente non coerenti con le finalità che l'economia persegue[561]. Questi risultati dei processi interpretativi devono ovviamente essere difesi (qualunque sia il giudizio che si voglia dare sui loro contenuti, spesso discutibili) perché costituiscono un *proprium* ineliminabile del diritto (anche del lavoro, ovviamente). In senso più generale bisogna ribadire che alcuni caratteri della scienza giuridica non possono essere negati. La distinzione tra tutela in forma specifica e per equivalente o tra forme

---

[558] Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, *cit.*, 15 ss.

[559] La teoria dell'autopoiesi afferma che "il dialogo tra sistemi (è) soltanto apparente, giacché ogni sistema, incluso quello giuridico, si sviluppa fondamentalmente attraverso codici e processi interni" (Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 44, nt. 12). Mi sembra che la difficoltà di comunicazione, le trasformazioni e la "ricostruzione" delle teorie sociali da parte del diritto si fonda anche sulle diversità radicali nei linguaggi e nelle metodologie, che rendono difficili le conoscenze e quindi il dialogo.

[560] Su tali aspetti, ed in particolare sul "circolo ermeneutico", mi permetto di rinviare a Speziale, La giurisprudenza del lavoro ed il "diritto vivente" sulle regole interpretative, in *DLRI*, 2008, p. 613. Si vedano, anche Chiassoni, L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del "metodo tradizionale" e G. U. Rescigno, Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative, entrambi in *DLRI*, 2008, 553 e 589. Più recenti Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica,* Giappichelli, 2012; Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., 51; Guastini, Interpretare, costruire, argomentare, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2015.

[561] Non è un caso che, proprio in considerazione di tale aspetto, si è sviluppata, sempre sotto input della scienza economica, una legislazione che tende ad escludere il controllo giudiziale, proprio per sottrarre la norma giuridica alla variabilità delle interpretazioni giuridiche. L'esempio più recente, in Italia, è la disciplina del contratto a tutele crescenti, dove l'esatta predeterminazione del risarcimento del danno in correlazione alla anzianità di servizio ha la finalità di escludere la discrezionalità del giudice sul *quantum* nell'ottica della prevedibilità esatta del "costo" dell'eventuale illegittimità del licenziamento (§ 9). Questa tendenza, sempre per le ragioni indicate, è presente anche in altri paesi europei (Perulli, Efficient breach*, valori del mercato*, cit., p. 562 ss.).

di responsabilità oggettiva o fondate sulla colpa – a prescindere dalle possibili ricadute economiche ed anche dai diversi obiettivi e valori perseguiti – ha una sua specificità tecnica che può seguire logiche non necessariamente coincidenti con una valutazione in termini di "aggregazioni di benessere" o di analisi "costi/benefici".

Ovviamente il giurista del lavoro deve poi difendere la dimensione assiologica della sua materia. Si tratta del compito più difficile ma che certamente costituisce la sua "missione" principale. I valori di riferimento sono stati ampiamente analizzati e non è necessario soffermarsi ulteriormente su essi (§ 8, 9 e 10). Qui è importante mettere in evidenza che tali valori non costituiscono una scelta soggettiva del giurista - che in tal modo ribadisce la sua identità e giustifica la propria esistenza - ma sono un vincolo di diritto positivo basato sulle Carte fondamentali dei diritti, sui Trattati europei, sulla nostra Costituzione ed su molte leggi ordinarie che le attuano. Quando l'economia pretende di attribuire al diritto del lavoro il compito di garantire la competitività dell'impresa o dei sistemi economici non sta solo snaturando la "storia" della materia ma sta violando un fondamentale complesso normativo che, di fatto, attribuisce a questo ramo del diritto "la tutela, l'elevazione e l'uguaglianza del lavoratore"[562]. Nel dibattito che assegna al diritto del lavoro la funzione di promuovere obiettivi economici - si pensi al concetto di "riforme strutturali" perseguito dalla UE - questo aspetto viene completamente trascurato (§ 7). E anche la "flessibilità" dei principi costituzionali e di bilanciamento con quelli più propriamente economici (iniziativa economica privata, concorrenza, competitività) non può significare completa obliterazione della tutela del lavoro quale "formante" del sistema giuridico nazionale ed europeo. Qui sta il *proprium* assiologico del diritto del lavoro, che mi sembra – a normativa vigente - irrinunciabile e tuttavia chiaramente declinante.

Un esempio può essere utile. Si è già visto come l'occupazione sia un obiettivo dell'economia e del diritto del lavoro anche se le due materie attribuiscono ad essa valori diversi (§ 9). Ebbene tutte le riforme degli ultimi anni in questo campo - a fronte del problema certamente decisivo degli elevati livelli di disoccupazione - si è mosso in una logica che persegue la creazione di posti di lavoro come bene in sé, ed a prescindere dal contenuto qualitativo del rapporto. Ne è prova prima la incentivazione alla diffusione di contratti di lavoro temporanei e, successivamente, la riduzione dei diritti nel lavoro stabile. Ora, a prescindere dalla efficacia o meno di queste politiche (§ 6), esse sono in palese violazione di principi costituzionali che, al contrario, impongono la promozione di occupazione "di qualità" sotto il profilo dei diritti non solo economici ma che riguardano tutele fondamentali quali la dignità, l'eguaglianza, l'equità, il valore "sociale" del salario, la garanzia della sicurezza ecc. D'altra parte, un obiettivo quale quello del contratto a tempo indeterminato come "forma comune" del rapporto di lavoro - ribadito a livello europeo e nazionale[563] - implica in primo luogo una netta scelta di campo tipologica, che inibisce la generalizzazione dei contratti temporanei. Questi ultimi, che in una logica esclusivamente "quantitativa" di incremento dell'occupazione potrebbero essere perfettamente in linea con obiettivi economici, al

---

[562] Mazzoni, *op. cit.*, 1074.

[563] Il principio, contenuto in molte Direttive europee sui contratti flessibili (particolarmente quelle sul contratto a termine e part time), è stato sempre ribadito dalla Corte di Giustizia Europea (soprattutto con riferimento al vasto contenzioso sui rapporti a termine: si veda, da ultimo, Cgue 13.3.2014, causa C-190/13, *Samohano*, punto 51, con indicazione di altri precedenti della Corte analoghi) ed è stato recepito anche dal legislatore italiano (da ultimo l'art. 1 del d.lgs. 81/2015). Su tale principio v. Perulli, Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro, in L. Fiorillo, A Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015.

contrario non rispecchiano una "scelta di valore" operata dall'ordinamento giuridico a favore della stabilità occupazionale e tale, pertanto, da dover condizionare la diversa finalità perseguita dall'economia.

Un altro esempio: vi sono studi economici che predicano la inefficienza della tutela antidiscriminatoria, che produrrebbe diseconomie di vario genere. Anche se tali conclusioni fossero verificabili e quindi dotate di una propria verità, non vi è dubbio che la *ratio* giuridica di tale tutela – impedire che condizioni personali connesse ad attributi fondamentali dell'essere umano possano costituire la base di trattamenti normativi differenziati – non può che prevalere in considerazione della supremazia dei valori non economici alla luce delle disposizioni contenute nei Trattati europei e nella Costituzione italiana.

La riaffermazione dei valori e degli obiettivi del diritto del lavoro, racchiusi in norme costituzionali di vario livello ed espressi nella legislazione ordinaria, è il mezzo attraverso cui il giurista difende anche l'autonomia della materia da altre scienze sociali. È vero che la crescita dei diritti fondamentali, legata al processo di costituzionalizzazione del lavoro, non ha impedito la economicizzazione del rapporto (§ 8). Tuttavia essa può costituire un argine contro una logica "totalizzante", che legge il contratto di lavoro solo in una dimensione di efficienza e di costi, consentendo, attraverso la tecnica tradizionale dei "controlimiti" (pur nella sua problematicità), di ribadire la specificità assiologica di questo ramo del diritto[564]. L'esito di questa utilizzazione dei principi costituzionali per ridurre la "deriva economicista" non è certamente scontato per le ragioni già spiegate (contenuti generici, possibilità di diverse interpretazioni, difficoltà di stabilire priorità tra essi) (§ 8). Senza dimenticare le letture molto diverse che le stesse Corti superiori esprimono[565]. Mi rendo anche conto che si tratta di una strategia meramente "difensiva" che non è probabilmente in grado di invertire le tendenze egemoniche del pensiero economico. Inoltre se ne è recentemente sottolineato il carattere "regressivo", incapace di cogliere le novità che scaturiscono dagli imponenti processi di trasformazioni sociali ed economiche ormai realizzati[566]. In verità a questa obiezione si può rispondere che la difesa dei valori positivizzati dall'ordinamento giuridico, pur se riletti in un'ottica dinamica e non statica (come sempre deve essere per chi interpreta il diritto), è una ineliminabile funzione del giurista, a cui certamente non è possibile rinunciare. E che essa, quindi, è in qualche misura una strada obbligata, a meno di non voler ritenere che i principi e gli

---

[564] Sulla teoria dei "controlimiti" "elaborata in Italia dalla Corte costituzionale, similmente a quanto avvenuto presso altri giudici costituzionali europei, come argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamenti sovranazionali e internazionale, oltre che del diritto concordatario e delle leggi costituzionali e di revisione" (Calvano, La Corte costituzionale e i "Controlimiti", 2016, in http://www.federalismi.it), la bibliografia è sterminata. A parte l'a. citata vedi, più di recente, Tullini, Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela. *DLRI*, 2016, 295; Luciani, I controlimiti e l'eterogenesi dei fini. *QG*, 2015, I, 84 ss.; Spadaro, La crisi, *i diritti sociali* e le risposte dell'Europa, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, 2015, p. 37 ss.

[565] Si è ben consapevole dei notevoli problemi connessi alla teoria dei "controlimiti" ed alle difficoltà, in alcuni casi, della sua attuazione. Si rinvia, sul punto, agli a. citati nella nt. precedente. Ciò non esclude, peraltro, che importanti risultati, sul piano della effettività dei diritti, siano stati conseguiti (cfr., ad es. Tullini, op. ult. cit., 295 ss.).

[566] Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in *DLRI*, 2016, 265 ss.

obiettivi del diritto del lavoro e le regole protettive che ne costituiscono attuazione sono "orpelli e bardature che ostacolano l'impresa, il funzionamento del mercato, gli investitori stranieri"[567].

Non vi è dubbio che non ha senso "contrapporre orizzontalmente il diritto del lavoro all'economia: ciò semplicemente perché *il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come di tante altre ragioni e giustificazioni*, senza peraltro esaurirsi in alcuna di esse"[568]. Tuttavia, il diritto in generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. La sua funzione fondamentale è quella - essenziale nelle società complesse e pluralistiche - di "arbitraggio" tra valori, per organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di "razionalità particolari" di cui parla G. Teubner[569]). In sostanza, bisogna riaffermare con forza che "l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio"[570].

Molto si discute oggi sulla necessità di un nuovo "paradigma scientifico" che sostituisca quello precedente, considerato come obsoleto. Le soluzioni proposte sono diverse e si fondano su approcci radicalmente differenti[571]. Non posso, per evidenti ragioni, analizzare questo problema, che per la sua complessità richiederebbe un esame molto più approfondito. Tra le varie opzioni mi sento più vicino a chi afferma la necessità di "far riemergere le virtualità positive del vecchio paradigma dal nuovo, e ricostruire un percorso di legittimazione sociale delle norme giuslavoristiche in base ad una ragione non solo procedurale ma basata su un nucleo assiologico sostanziale", riappropriandosi "di quel senso profondo della mediazione degli interessi e del loro *giusto contemperamento*"[572]. Qui mi preme rilevare che il "nucleo assiologico essenziale" è oggi quello desumibile dai valori positivizzati dall'ordinamento giuridico nella sua dimensione nazionale, europea, internazionale. Qualunque sia l'opzione di politica del diritto in relazione alle funzioni ed agli obiettivi del diritto del lavoro, tali elementi non possono essere trascurati.

La egemonia del pensiero economico su quello giuridico difficilmente cesserà. I fattori economici, sociali, ideologici già descritti impediscono un ritorno ad una auspicabile maggiore autonomia del diritto del lavoro. La stessa proposta, teoricamente condivisibile, di un *paradigma discorsivo* che ponga a confronto il diritto del lavoro con le altre scienze sociali, in un processo comunicativo aperto e trasparente[573], mi sembra auspicabile ma di difficile realizzazione. Gli interessi economici in gioco e l'egemonia culturale di un "pensiero unico" fatto proprio dalle grandi istituzioni politiche rende questa proposta realizzabile ma certamente non in grado di modificare la situazione esistente. Il che non esclude che l'apertura dei processi comunicativi sia una strada obbligata. Voglio solo sottolineare che, pur se questo obiettivo si realizzasse in modo tale da determinare

---

567 Ivi, 268.

568 Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 45 – 46.

569 Teubner, *Diritto policontesturale*, La città del sole,1999.

570 Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *cit.*, 39; Id., *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 45 ss.

571 Si vedano le riflessioni di Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 17 ss.; Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, cit., 255 ss. A quest'ultimo autore si rinvia, in particolare, per un riepilogo delle diverse interpretazioni teoriche in materia.

572 Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 32.

573 Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 37 ss.

una "situazione comunicativa ideale"[574], la subordinazione del diritto del lavoro all'economia non cesserebbe, perché le condizioni materiali (interessi, ideologie, controllo dei *mass media*, *common sense*) non sono tali da favorire la parità tra le due scienze nel discorso comunicativo e la "libera competizione degli argomenti"[575].

Nonostante tutte le difficoltà descritte, non vi è dubbio, peraltro, che il giurista del lavoro debba proseguire in questa sua opera di riaffermazione dei caratteri costitutivi della sua materia, sotto il profilo dell'oggetto, delle metodologie, degli obiettivi e dei valori perseguiti. Solo in questo modo è possibile ribadire l'autonomia epistemologica di questo ramo del diritto e nel contempo impedire che la razionalità economica costituisca l'unico parametro di valutazione degli effetti delle norme giuridiche e di fondamento delle proposte di riforme del sistema giuridico.

Molti anni fa un grande filoso del diritto, pur valutando in senso positivo l'apertura e l'attenzione alle altre discipline non giuridiche, sottolineava il rischio che "i giuristi, quando hanno abbandonato la propria isola" – da intendersi come scienza fondata su presupposti epistemologici autonomi – "sono annegati nel vasto oceano di una indeterminata scienza della società"[576]. Credo che questo rischio sia oggi ancora maggiore rispetto all'epoca in cui Bobbio scriveva ed impone ai giuristi in genere (ed a quelli del lavoro in particolare) un grande sforzo concettuale per difendere i confini scientifici del diritto del lavoro ed il suo assetto valoriale oggi profondamente minacciato[577].

---

[574] Sono le parole di Habermas citate da Del Punta (*Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 50), che si ispira alla teoria di questo autore.

[575] Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, cit., p. 47.

[576] Bobbio, *Diritto e scienze sociali*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 2007 (ma 1971), p. 44.

[577] "Come ha scritto un giurista del Sud del mondo, il diritto del lavoro è oggi '*under fire*' vuoi nella prospettiva della sua legittimazione teorica, in quanto sempre meno compatibile con gli imperativi economici, vuoi sotto il profilo della sua effettività, con il risultato di una debolezza applicativa senza precedenti" (Perulli, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, *cit.*, 18).

La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storie e attualità*

Bruno Caruso

1. Il giustificato motivo oggettivo e le storie parallele. La storia scritta dalle imprese e dai lavoratori. 162

2. La storia scritta dalla giurisprudenza e dalla dottrina. 163

3. La storia del giustificato motivo di licenziamento al capolinea? La narrazione del legislatore. 165

4. I percorsi della narrazione giurisprudenziale. Quattro elementi intrinseci alla fattispecie giustificato motivo oggettivo e due estrinseci. 166

4.1. Elementi intrinseci. 167

4.2. Elementi estrinseci. 169

5. Una valutazione di sintesi del percorso giurisprudenziale. Dal controllo di ragionevolezza sociale in senso forte alla verifica di proporzionalità in senso stretto. 171

6. Alcune conclusioni. 173

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 323/2017

1. Il giustificato motivo oggettivo e le storie parallele. La storia scritta dalle imprese e dai lavoratori.

La fattispecie giustificato motivo di licenziamento (da ora anche gmo) – in qualunque modo la si voglia qualificare, norma, clausola generale o concetto elastico [578] – è un concetto chiave, a partire dal quale sarebbe possibile narrare una serie di storie parallele del diritto del lavoro italiano post costituzionale. Attraverso la piccola storia del giustificato motivo oggettivo si potrebbe, in qualche modo, attraversare la grande storia della disciplina.

Innanzitutto la storia narrata dalle imprese. In questo caso, il gmo, nella lettura combinata e integrata dell'art. 3 della legge n. 604 [579], e dell'art. 24 [580] della legge n. 223/1991, è stato vissuto come una sorta di soglia/tetto consentita di utilizzo della flessibilità numerica [581]. Nell'immaginario collettivo degli imprenditori italiani l'attivazione del controllo giurisprudenziale da parte del dipendente licenziato – per ragioni attinenti a fatti aziendali – ha finito per costituire una sorta di parametro/tetto dell'efficienza aziendale, di possibile recupero di produttività, di contenimento dei costi; in altri termini, di regolatore dinamico delle strategie organizzative e aziendali con riguardo alla quantità di costo del lavoro sopportabile.

Accanto a questa narrazione va collocata, in parallelo, quella che viene fuori dalla percezione soggettiva dei lavoratori ricorrenti, dei loro legali e del sindacato che spesso ha fornito loro i servizi legali: essa è stata scritta, avvalendosi di un soggetto terzo, vale a dire, attraverso le motivazioni dei giudici. In tale storia parallela, il gmo, soprattutto nella fase di sviluppo della tecnica e dell'organizzazione fordista del lavoro [582], è stato inteso come un vero e proprio scudo a difesa non del diritto al lavoro (come principio), ma del diritto al *singolo e concreto posto di lavoro*, in un determinato contesto, fisico, produttivo e geografico (la difesa del posto prima ancora del lavoro e non solo di fronte alla crisi ma anche di fronte a scelte di mera razionalizzazione produttiva e organizzative dell'imprenditore) [583]. Dunque il gmo come strategia di tutela della stabilità non in astratto,

---

578 Sulla qualificazione della fattispecie legale giustificato motivo oggettivo si intrattengono le monografie più recenti sul tema: S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 107 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 1 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 23; ID., *Sindacato giudiziale e motivo oggetto di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 3, p. 475 ss. Si veda, pure A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in corso di pubblicazione.

579 «*Ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*».

580 «*In conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro*».

581 Le recenti riforme, prima la legge Fornero poi il contratto a tutele crescenti, vanno nel senso di una unificazione delle fattispecie nella nozione unitaria di licenziamento economico che si distingue, quanto a regole applicabili, in ragione del numero dei soggetti coinvolti.

582 Per un inquadramento storico del fordismo, declinato al plurale, si rinvia a B. SETTIS, *Fordismi*, il Mulino, Bologna, 2016.

583 La teorizzazione della reintegrazione connessa a una visione del lavoro come *job property* è notoriamente dovuta a P. Ichino: per una rivisitazione storica, P. ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, relazione presso la Scuola della Magistratura 2016, p. 6 ss. ma già ID., *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 473 ss., e ID. *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni precedenti)*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2006, p. 353 ss. Stranamente i critici della posizione di Ichino (per es. M. V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *La stabilità come valore e come problema*, a cura di Ballestrero, Giappichelli, Torino, 2007, p. 3 ss.) finiscono per dargli ragione, nella misura in cui connettono la difesa della posizione di lavoro alla utilità economica che ne deriva in termini di quantità e continuità di reddito. C'è tutto un filone di pensiero, addirittura risalente a Gramsci, e che passa per le eroiche difese del singolo posto di lavoro delle *unions* britanniche nel trentennio glorioso, che connette la difesa di una certa posizione di lavoro e del lavoratore che la occupa alla salvaguardia di un patrimonio di conoscenza e di professionalità acquisito, in funzione della ideologia del "controllo operaio o sindacale", da difendere contro scelte poco lungimiranti e contrarie all'interesse dell'impresa, oggettivamente inteso, da parte dell'imprenditore stesso. Come ricorda Mengoni (L. MENGONI, *La regola della stabilità dal punto di vista del diritto comune dei*

ma in concreto: la stabilità non solo del reddito e dell'occupazione, ma soprattutto di *un* determinato posto di lavoro.

Occorre ricordare, incidentalmente, che questa narrazione del gmo, come scudo del diritto alla stabilità del singolo posto, nelle teorizzazioni che l'hanno giustificata come derivante direttamente dalla Costituzione e dai suoi principi, non è stata condivisa dalla Corte costituzionale – non solo nelle due decisioni di inizio secolo ma già in precedenza [584]. Nella sua giurisprudenza in tema di legislazione sui licenziamenti, la Corte, come ricorda Ballestrero, accenna soltanto indirettamente ad un profilo di *effettività* della tutela, nel momento in cui richiama (Corte cost. n. 46/2000) la Carta sociale europea che, come è noto, fa riferimento a un criterio di *adeguata riparazione* [585]; effettività [586] che è uno *step* successivo (demandato al legislatore) rispetto all'ancoraggio costituzionale ormai certo e acquisito – non fosse altro perché contenuto nell'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'UE – del principio di non arbitrarietà del licenziamento e di causalità del recesso.

Come è ampiamente noto, la Corte ha ripetutamente negato l'idea che esista, nella nostra Costituzione, un diritto alla stabilità, inteso quale riparazione in forma specifica del licenziamento illegittimo, da considerare diritto immanente all'ordinamento giuridico. Il che ha avuto riflessi nelle operazioni di bilanciamento tra diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica, anche con riguardo al licenziamento economico, e ben prima delle recenti riforme. In tal senso, si è escluso che il parametro di controllo di causalità dell'atto, attraverso il gmo, possa preludere a una verifica di razionalità astratta (e non di ragionevolezza concreta) della gestione tecnico produttiva dell'impresa [587]. Si è escluso, detto in altro modo, che sia possibile sottoporre il controllo sulle scelte organizzative dell'impresa a vincoli interni allo stesso potere di gestione, che lo finalizzerebbero verso uno scopo pre-selezionato dall'ordinamento sulla base di una gerarchia di valori: per esempio, la scelta datoriale è tanto più razionale quanto più salvaguardi la base occupazionale, ovvero tra le possibili scelte gestionali va preferita quella più tollerabile socialmente [588]. È proprio nell'esclusione di simili controlli "di merito" che risiede il senso ultimo della diffusa massima giurisprudenziale della insindacabilità del potere di gestione dell'imprenditore.

2. La storia scritta dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Alla coppia dei protagonisti che hanno gestito nella concreta materialità dei rapporti di lavoro il giustificato motivo di licenziamento, si affianca la coppia dei protagonisti che vi hanno discettato

---

contratti, in AAVV., *La stabilità dell'impiego nei paesi membri della C.E.C.A.*, Ufficio Pubblicazioni CEE, Lussemburgo, 1958, p. 233), il concetto di "posto di lavoro", come bene giuridico proposto dalla dottrina tedesca, è penetrato nel dibattito italiano attraverso C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, p. 171.

584 Cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46; Corte cost. 6 febbraio 2003, n. 41; ma si v. pure l'ordinanza 10 febbraio 2006, n. 56 e Corte cost. 11 novembre 2011, n. 302. Si v. anche Corte cost. n. 45/1965; Corte cost. n. 27/1969; Corte cost. n. 178/1975. Sulle posizioni della Corte costituzionale, si v. la ricostruzione di V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 305/2016.

585 L'art. 24 della Carta sociale europea aggiunge al diritto a non essere licenziato senza valido motivo «il diritto … ad un congruo indennizzo o altra *adeguata* riparazione».

586 Sul tema dell'effettività della tutela contro il licenziamento apprestata nel contratto a tutele crescenti, si v. gli argomentati dubbi di P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2, p. 219 ss.

587 È questo il recente e sintetico approdo raggiunto di recente dalla Cass. sentenza n. 25201/2016 su cui *infra*.

588 In tal senso, con ampie e condivisibili argomentazioni, S. BRUN, *Il licenziamento economico*, cit., p. 65 ss. ma *passim*.

su; è la storia scritta dalle corti del lavoro e dalla dottrina, quasi sempre in dialogo tra loro. La prima, di particolare rilievo, proprio perché la narrazione giurisprudenziale del giustificato motivo oggettivo è stata quanto mai perspicua, sfaccettata e densa. Riempire di contenuti la clausola del gmo (un contenitore quasi senza fondo) è stata l'occasione per definire, probabilmente senza una particolare consapevolezza teorica, ma caso per caso, con elevato spirito pragmatico (dal basso e induttivamente), una certa visione del rapporto tra diritto ed economia, tra i principi della libertà di impresa e di mercato e della tutela del lavoro; oltre che una visione dei limiti dell'intervento giudiziale di fronte alla legge in ragione del bilanciamento costituzionale di principi diversi.

La giurisprudenza, è bene precisare, questo equilibrio non l'ha trovato in astratto, a livello di principio o di teoria generale, con soluzioni valide per ogni uso e in ogni segmento della regolazione lavoristica e in ogni caso si tratta di un equilibro mobile non statico. L'ha trovato su singole questioni, o, addirittura, su pezzi di questioni: per esempio l'equilibrio che sembra ora raggiunto sulla configurazione della fattispecie gmo, con la sentenza della Corte di Cassazione n. 25210/2016 (il controllo giudiziale ridotto all'osso, attraverso una rivalutazione della formula letterale della norma e non di una sua presunta teologia) non è detto che debba essere di portata o contenuto analogo su altre questioni interpretative cruciali, che la nuova stagione del *Jobs Act* presenta: per esempio la questione del rimedio reintegratorio nel licenziamento disciplinare palesemente sproporzionato in regime Fornero [589].

Nella vicenda del gmo, tuttavia, la giurisprudenza italiana ha lasciato una indelebile traccia non solo del suo farsi diritto vivente, intervenendo nello spazio volutamente lasciato aperto dal legislatore con la regolazione a maglie larghe; ma anche del rendersi protagonista di un processo di mediazione sociale di interessi su un tema cruciale dei rapporti individuali di lavoro.

Il capitolo della storia del gmo scritto dalla dottrina è altrettanto ampio e importante. È stato inaugurato dalla enunciazione della celebre tesi di Giuseppe Pera [590] nella relazione Aidlass del 1968, definita liberista; ma Pera era un giurista, come a tutti noto e come lui stesso amava definirsi, liberale, e non liberista nell'accezione attuale, per intenderci, del *Washington consensus*. La tesi suonava, sintetizzando al massimo, pressappoco così: il controllo giudiziale del licenziamento economico deve essere ridotto all'osso, dovendosi limitare, proprio in ragione della genericità del precetto legale e della sua rigorosa lettura letterale, a vagliare la effettività della scelta di soppressione del posto e dunque della riduzione occupazionale (la soppressione del posto), qualunque sia la ragione addotta – economica esterna o organizzativa interna – purché vera e non elusiva o pretestuosa; con l'aggiunta di un successivo controllo, caso per caso, del nesso di

---

589 Sul licenziamento sproporzionato nel regime Fornero (altro discorso nel d.lgs n. 23/2015, ove il giudizio di proporzionalità è espressamente espunto dalla valutazione della sussistenza del fatto al fine del rimedio reintegratorio: art. 3, co. 2) la Cassazione, in diversi *obiter dicta*, sembra escludere la valutazione di proporzionalità con riguardo alla sussistenza del fatto (sentenza n. 18418/2016); ma in modo non chiaro, con riguardo al problema della sanzione applicabile, sembra pure ritenere la proporzionalità della sanzione come elemento costitutivo della fattispecie giusta causa o addirittura dello stesso fatto giuridico licenziamento disciplinare: «deve essere svolto anche d'ufficio l'apprezzamento relativo alla proporzionalità fra sanzione ed illecito disciplinare, poiché attiene alla sua stessa sussumibilità sotto il concetto di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento: diversamente, risulterebbe interrotta la sequenza logica "fatto norma effetto giuridico" attraverso la quale si afferma l'esistenza d'un fatto sussumibile sotto una norma che ad esso ricolleghi un dato "effetto giuridico", sentenza n. 10950/2016.

590 G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, relazione al Convegno dell'Aidlass, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa. Atti delle Giornate di Studio di Firenze, 27-28 aprile 1968*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 11 ss.

conseguenzialità con il lavoratore licenziato in seguito alla soppressione di quel determinato posto.

La tesi, al di là del suo merito, più o meno discutibile (si è detto che il controllo giudiziario si sarebbe così ridotto a una presa d'atto quasi notarile della scelta dell'imprenditore, sfiorando appena la valutazione in termini di amministrazione del contratto: l'imprenditore nella qualità di datore di lavoro)[591], inaugura, comunque, un fortunato approccio di metodo allo studio dell'istituto; tale approccio ha finito per costituire una sorta di traccia, meglio ancora, come dicono gli scienziati sociali, una sorta di *path dependance* per le elaborazioni successive. Nella ricostruzione dell'istituto, la dottrina giuslavorista (con dovute eccezioni)[592] ha finito, infatti, per privilegiare anch'essa, sul solco aperto dalla giurisprudenza, un approccio pratico/casistico, quasi di realismo giuridico. Si è dedicata più allo studio delle modalità pratiche di applicazione della giurisprudenza, proponendone a volte correzioni di rotta, mettendo in secondo piano l'esigenza di una ricostruzione dogmatica o sistematica della fattispecie.

Questo approccio "realistico" raggiunge il suo culmine nella ricostruzione di Pietro Ichino[593], ispirata dal metodo dell'analisi economica del diritto: il gmo valutabile soltanto in termini di sopportabilità e/o della convenienza del costo della separazione da parte dell'imprenditore. È una costruzione che – partendo dalla critica all'approccio ermeneutico della giurisprudenza e a certi suoi risultati – arriva paradossalmente a negare le sue stesse origini realiste: nega, cioè, l'approccio al gmo come suggerimento ai giudici di possibili (e corretti, alla luce dell'ancoraggio normativo) modelli di sentenza. Ciò nella misura in cui, nelle conclusioni di Ichino, si nega aprioristicamente l'opportunità e la legittimità stessa del controllo giudiziario sul licenziamento economico, proponendo una riforma legislativa che consenta all'imprenditore un meccanismo automatico di risoluzione, non controllato dal giudice, che presuppone una scelta binaria – dettata da un calcolo razionale di convenienza – tra l'addossarsi il costo del licenziamento (legislativamente pre-stabilito), ovvero mantenere la diseconomia conseguente alla continuazione del rapporto che genera inefficienza.

3. La storia del giustificato motivo di licenziamento al capolinea? La narrazione del legislatore.

L'ultimo capitolo delle storie parallele sul gmo è la narrazione che ne ha fatto il legislatore soprattutto negli ultimi anni; prima con il velleitario tentativo del Collegato lavoro[594], mirato tautologicamente (un vero *loop* concettuale) a definire con una clausola generale (la esclusione del controllo giudiziale di merito delle scelte imprenditoriali) lo stesso contenuto della clausola/norma generale

---

591 Soprattutto le critiche di F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 72 ss.

592 Si v., L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 4, p. 593 ss. Pure L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009. G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il giustificato motivo di licenziamento*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 142, 2, p. 415 ss.; in precedenza, i seminali lavori di M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Franco Angeli, Milano, 1975; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

593 P. ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, cit.

594 Art. 30, legge n. 183/2010, co. 1 «*In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente*».

giustificato motivo (ma qual è la scelta di merito con riguardo alle valutazioni tecniche, organizzative e produttive, già richiamate dalla norma sul gmo, che il giudice non deve sindacare?). Non a caso l'art. 30 è stato messo nel ripostiglio degli attrezzi giuridici inutili, con la sua retrocessione a mera direttiva interpretativa che non significa nulla o quasi e che non costituisce certamente un *quid novi* regolativo, salva una inopinata rivalutazione della norma effettuata dalla sentenza della Cassazione n. 25201 /2016 (*infra*).

È stato un tentativo che ovviamente non ha sciolto le aporie del significato e della portata del controllo del giudice, allorché valuta la legittimità del licenziamento per gmo alla luce della portata ampia e indefinita del precetto legale (basti guardare alla giurisprudenza successiva al 2010 che non ha, certo, cambiato di segno in ragione dell'innovazione normativa). E ciò in ragione del fatto che il vero problema che pone il giustificato motivo di licenziamento non è la qualificazione tipologica del controllo assegnato al giudice – di merito o di mera legittimità – posta la non risolvibilità definitoria dell'alternativa sul piano concettuale; ma la sua estensione in concreto: fino a dove può spingersi in concreto il giudice nell'influenzare la scelta gestionale dell'imprenditore relativa alla flessibilità numerica [595].

Più strutturale e incisiva, invece, la riforma del 2012 (legge Fornero) così come, più recentemente, la regolamentazione introdotta dal contratto a tutele crescenti: sull'onda delle suggestioni di Pietro Ichino, non portate sino alle conseguenze ultime da lui teorizzate (il progetto Blanchard-Tirole e la predeterminazione fissa del costo di separazione senza alcuna valutazione giudiziale) [596], la fattispecie non viene riscritta formalmente, ma viene ridisegnata sostanzialmente giocando sugli effetti *a valle* e *collaterali* del licenziamento. Vale a dire, con il sistema (attenuato) delle sanzioni e intervenendo con il procedimento di conciliazione obbligatoria preventiva e con la conciliazione facoltativa sul prezzo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti. Sono, questi ultimi, strumenti che non si limitano a circoscrivere il controllo del giudice sull'atto, ma che tendono a evitarlo del tutto o a renderlo residuale, e, comunque, molto marginale.

4. I percorsi della narrazione giurisprudenziale. Quattro elementi intrinseci alla fattispecie giustificato motivo oggettivo e due estrinseci.

La storia più interessante sul gmo è, senza dubbio, quella scritta dalla giurisprudenza. Se la si guarda retrospettivamente, soprattutto nella versione della Corte di Cassazione, può dirsi che l'elaborazione giurisprudenziale probabilmente non è arrivata al capolinea [597], ma certamente il passare del tempo e la sedimentazione dei precedenti [598] hanno giovato a una migliore messa a punto

---

595 Già in tal senso R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, 4, p. 699 ss.

596 M.P. POTESTIO, *Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, il Mulino, Bologna, 2015, n. 3, p. 444 ss.; sul tema rinvio a B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 265/2015.

597 Un tentativo di sintesi forte, sulla struttura della fattispecie, è comunque operato dalla cit. sentenza n. 25201/2016 che ha suscitato ampia eco anche sulla stampa quotidiana come se si trattasse di un orientamento del tutto nuovo; il commento più informato in tal senso appare quello di G. Falasca sul Il sole 24 ore del 31 dicembre 2016, *Lecito il «recesso» per profitto, nulla di nuovo per la Cassazione*. Ampiamente critico invece il commento di Ciccarelli su Il Manifesto del 30 dicembre 2016, *Si ai licenziamenti perché rispettano la libertà dell'imprenditore*. In senso analogo su Il Messaggero del 30 dicembre 2016, *Per la Cassazione «licenziare in nome del profitto si può»*, sulla Repubblica dello stesso giorno "*Si può licenziare per fare più profitti*" e su Italia oggi, *Per il profitto si può licenziare*.

598 Anche se i sistemi di *civil law* si confrontano notoriamente con i precedenti e il *case law* non è esente da sistemazioni dogmatiche che trascendono i precedenti. Per tutti, M. LUPOI, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, in *Foro it.*, V, c. 439.

della definizione giurisprudenziale della fattispecie con riguardo ai suoi effetti: giustificabilità o non giustificabilità della scelta gestionale e organizzativa del datore di lavoro a monte del licenziamento e con riguardo alle sue conseguenze. A questo punto andrebbe logicamente introdotta la questione del rapporto tra legittimità dell'atto e tipologia del rimedio; ciò in ragione della scomposizione introdotta dalla legge Fornero, giusta la direttiva «ad ogni (vizio del) licenziamento la sua sanzione». Scomposizione che dovrebbe essere ricomposta nell'intenzione del legislatore – il condizionale, in ragione della imprevedibilità delle dinamiche interpretative della giurisprudenza, è d'obbligo – dal contratto a tutele crescenti, che ha inteso espungere definitivamente, per ogni tipo di licenziamento qualificabile come economico, il rimedio reintegratorio (anche nella versione debole) a favore del rimedio risarcitorio (con eliminazione di ogni riferimento al fatto e alla sua manifesta insussistenza); con tutti i riflessi indiretti che tale regolazione produceva, e produrrà, residualmente per i rapporti di lavoro regolati dalla Fornero, sulla ricostruzione della fattispecie.

In estrema sintesi, la posizione d'arrivo dell'elaborazione giurisprudenziale potrebbe essere scomposta in sei segmenti concettuali che costituiscono la griglia valutativa dei licenziamenti ermeneuticamente utilizzata. Sono segmenti che si possono definire mobili, nel senso che la varianza semantica di alcuni di essi, apparentemente minima anche con riguardo alla distribuzione degli oneri probatori, finisce per determinare una ragguardevole oscillazione dell'ambito del controllo, se si considerano le ragioni più attente al principio del diritto al lavoro e quelle più sensibili alla libertà di impresa. Se ne fornisce la versione che, nell'operazione di bilanciamento, guarda più all'interesse alla conservazione del posto di lavoro. Ovviamente le asseverazioni giurisprudenziali sono da considerarsi vere e proprie ellissi di ragionamenti, a volte complessi, a volte tortuosi, a volte contraddittori o sfumati, comunque sempre costruiti a ridosso di casi concreti.

4.1. Elementi intrinseci.

a) Primo segmento: il licenziamento per gmo deve essere sostenuto da una scelta *effettiva e non pretestuosa*. La scelta è effettiva quando l'atto di gestione produce una tangibile riduzione o trasformazione di attività o di lavoro: vale a dire un cambiamento organizzativo. Corollario di questa posizione è che se il licenziamento si riduce a una mera soppressione di posto, rimanendo intatta l'organizzazione di impresa, manca il gmo: il licenziamento non può identificarsi con la soppressione di posto, pena un avvitamento circolare (tautologico) della fattispecie. La ulteriore deduzione è di ragion pratica: se il licenziamento per gmo si traduce in un'operazione meramente sostitutiva (licenzio Tizio e assumo Caio perché meno costoso), anche in tal caso non si configura la fattispecie; ma se licenzio Tizio ed esternalizzo la sua posizione, o ne scompongo e ne redistribuisco le mansioni, in un assetto organizzativo tangibilmente mutato, la fattispecie, invece, si realizza.

b) Secondo segmento: le ragioni, sia di mercato sia organizzative, che generano riduzione o trasformazione di lavoro e attività, devono essere stabili e non contingenti; se sono volatili diventano pretestuose. Nella versione più sensibile a un bilanciamento con il principio del diritto al lavoro, le modifiche *devono* essere addirittura definitive: il che implicherebbe, quantomeno, una capacità di prognosi tecnica delle scelte organizzative dell'imprenditore da parte del giudice. Questi elementi, stabilità e non transitorietà, definibili come caratteristiche intrinseche alla modifica tecnico organizzativa [599] – tranne nella versione della definitività – aggiungono

[599] S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit.

poco al segmento precedente, nel senso che confermano che la scelta deve essere effettiva, non pretestuosa e quindi non fraudolenta, abusiva o arbitraria. La non volatilità della riduzione e/o trasformazione può essere considerata, per altro, la traduzione giurisprudenziale della teoria dottrinale del *quid novi* [600].

c) Il terzo segmento, in verità controverso nella giurisprudenza della S.C., attiene ai motivi della scelta organizzativa; la scelta di riduzione e/ o di trasformazione non deve mirare al profitto, si aggiunge, a volte, "egoistico" dell'imprenditore: si tratta ovviamente di un vincolo definitorio, che richiama un controllo di ragionevolezza sociale forte (e quindi già in sé discutibile), che sfiora il controllo di razionalità, perché si avverte un vago ossequio alle vetuste teorie di funzionalizzazione dell'iniziativa economica ancorché in negativo: quello che l'imprenditore *non* deve fare come vincolo interno al suo potere.

Tale segmento è controverso nella giurisprudenza della Suprema Corte, anche se ancora riproposto (Cass. n. 5173/2015). È probabile, tuttavia - soprattutto dopo la chiara presa di posizione della Suprema Corte (Cass. 25201/2016) [601], che rilancia la tesi giusta la quale non rilevano, e non vanno sindacati, né i motivi a monte della scelta, né gli obiettivi a valle che l'imprenditore intende perseguire – che tale segmento ricostruttivo della griglia di controllo giudiziale sia destinato a venir meno [602]. La sentenza, infatti, ripropone, attraverso un'accurata autoanalisi critica dei percorsi della Suprema Corte, la tesi di Pera sulla necessità di "riduzione all'osso" del controllo giudiziale: effettività della scelta di soppressione del posto a prescindere dai motivi a monte e degli obiettivi a valle, non pretestuosità dello stesso e nesso di conseguenzialità con la individuazione di un determinato lavoratore/trice.

Questo segmento interpretativo – relativo all'indagine sulla sussistenza di obiettivi di profitto imprenditoriale – viene oggi messo in discussione in dottrina, per una considerazione che attiene alla correttezza del circolo ermeneutico [603]: il vaglio della scelta organizzativa di impresa alla luce dei motivi psicologici ed etici dell'imprenditore (il profitto come fine egoistico) non è consentito dalla legge; la norma si limita a prendere in considerazione, allo scopo del controllo, l'effetto dell'atto di gestione, presupponendone la sua veridicità: la trasformazione o la riduzione dell'attività, ma non la sua *ratio*, a monte, o il fine a cui deve tendere [604].

---

600 Su cui insiste molto S. VARVA, *Il licenziamento economico*, cit.

601 La sentenza ha decisamente virato nel senso della piena neutralizzazione dei motivi del licenziamento (sia di crisi di mercato esterno, sia di riorganizzazione interna) con riguardo alla ricostruzione della fattispecie, con conseguente rivalutazione dell'art. 41, co. 1, Cost.: «*Dal punto di vista dell'esegesi testuale della disposizione è sufficiente che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengono ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette ad un aumento della redditività d'impresa. Non è quindi necessitato che si debba fronteggiare un andamento economico negativo o spese straordinarie e non appare pertanto immeritevole di considerazione l'obiettivo aziendale di salvaguardare la competitività nel settore nel quale si svolge l'attività dell'impresa attraverso le modalità, e quindi la combinazione dei fattori della produzione, ritenute più opportune dal soggetto che ne assume la responsabilità anche in termini di rischio e di conseguenze patrimoniali pregiudizievoli*».

602 Prima della sentenza n. 2501/2016, già in tal senso, con motivazione adeguata con riguardo al concetto di produttività, Cass. n. 13516/2016.

603 Si veda DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in corso di pubblicazione.

604 L'esegesi letterale della norma è l'asse su cui ruota l'argomentazione della cit. sentenza n. 25201/2016.

d) Il quarto segmento della ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie gmo, è l'esistenza del nesso causale tra *scelta aziendale* e *soppressione del posto* occupato dal lavoratore da licenziare. La verifica dell'esistenza del collegamento eziologico tra i due elementi, ragionevolmente, impedisce che la modifica organizzativa sia il viatico per eliminare dipendenti semplicemente sgraditi. In questa prospettiva, il nesso causale costituisce il *trait d'union* necessario tra scelta organizzativa e atto di gestione riguardante il personale. Il nesso non è ovviamente deterministico, ma implica una giustificabilità della scelta datoriale e, quindi, la necessità del controllo giudiziario su di esso, proprio per evitare che il licenziamento non sia altro che un pretesto [605]. Questo passaggio, fortemente sottolineato dalla sentenza n. 25201/2016 [606], acquisisce particolare importanza alla luce del nuovo quadro di tutela contro il licenziamento per gmo. La soppressione di posto, enfatizza la sentenza, deve essere effettiva: se la scelta di licenziare viene motivata con la crisi, essa deve essere adeguatamente comprovata; se non risulta tale, il licenziamento è ingiustificato, ma se risultasse pure pretestuoso esso si esporrebbe ai rimedi contro gli atti illeciti o discriminatori del datore di lavoro [607], vale a dire la nullità e la reintegra. Onde può dirsi che il licenziamento per ragioni non effettive dischiude il vaglio di pretestuosità, qualora tale qualificazione del licenziamento venga adeguatamente allegata e provata (anche con il gioco delle presunzioni e con l'utilizzo dell'ampia tastiera istruttoria di cui è dotato il giudice del lavoro che, in periodo di "vacche magre" quanto a tutele sostanziali, va debitamente ri-considerata) [608].

4.2. Elementi estrinseci.

e) Il quinto segmento è l'assolvimento, più o meno ampio, dell'onere di *repêchage*: la dimostrazione, cioè, che del licenziamento non si possa fare a meno, neppure utilizzando il lavoratore in altro modo o altrove, anche, come di recente stabilito dalla Corte di Cassazione, in mansioni di contenuto inferiore (Cass. n. 26467/2016; Cass. n. 22798/ 2016; Cass. n. 23698/2015), imponendo al datore di lavoro comportamenti che l'ordinamento giuridico al più considera volontari [609]. Qui si è di fronte al controllo di ragionevolezza in concreto, che implica pure una valutazione *lato sensu* di proporzionalità della scelta gestionale rispetto all'interesse al mantenimento dell'occupazione (non del singolo posto).

f) Il sesto segmento, infine, è il rispetto dell'obbligazione di correttezza e buona fede *sub specie* di applicazione di criteri di scelta sociali trasparenti e oggettivi (possibilmente ma non necessariamente mutuati dall'art. 5 della legge n. 223/1991 [610]), quando la scelta in astratto potrebbe ricadere su

---

605 In tal senso G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit.

606 «*Infine deve sempre essere verificato il nesso causale tra l'accertata ragione inerente l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro come dichiarata dall'imprenditore e l'intimato licenziamento in termini di riferibilità e di coerenza rispetto all'operata ristrutturazione. Ove il nesso manchi, anche al fine di individuare il lavoratore colpito dal recesso, si disvela l'uso distorto del potere datoriale, emergendo una dissonanza che smentisce l'effettività della ragione addotta a fondamento del licenziamento*», Cass. n. 25201/2016.

607 «*La combinazione di siffatti controlli e limiti, oltre le comuni tutele del lavoratore dagli atti illeciti o discriminatori del datore, esclude che il potere di questi di risolvere il rapporto per motivazioni economiche possa essere assimilato ad un recesso ad nutum frutto di scelte autosufficienti ed insindacabili dell'imprenditore*» (così ancora Cass. 25201/2016, cit.).

608 Si rinvia a B. CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale, una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Rass. giur. lav.*, I, 1982, p. 1 ss.

609 In tal senso A. MARESCA, cit.

610 In tal senso perspicuamente, molto di recente, Corte di Cass. sentenza n. 25192/2016, secondo cui il datore di lavoro, nella scelta

una pluralità di posizioni fungibili. Va ribadito che le ultime due tipologie di controllo (*repêchage* e criteri di scelta) costituiscono vere e proprie verifiche della proporzionalità in senso proprio dell'atto di gestione del datore di lavoro e sono ancillari rispetto alle precedenti.

Orbene, i primi quattro segmenti della ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie sono interni al perimetro della fattispecie legale, mentre gli ultimi due, obbligo di *repêchage* e criteri di scelta, sono esterni [611]: essi sono stati per così dire "incollati" alla fattispecie legale, per scopi, comprensibili, di bilanciamento degli interessi ma con effetti manipolativi, in senso additivo. Ciò è avvenuto progressivamente, man mano che si sono attenuati o sono risultati poco solidi i bilanciamenti definitori degli elementi primari, interni alla fattispecie. È possibile che il *trend* di valorizzazione di questi due parametri di controllo, che sono comunque da tempo utilizzati dalla giurisprudenza, si sia accentuato dopo l'art. 30 del Collegato lavoro, come risposta alla direttiva interpretativa di limitazione del sindacato di merito.

È pure possibile – ma l'argomento implicherebbe una analisi di dettaglio del percorso della giurisprudenza, con riguardo soprattutto alle motivazioni e all'analisi dei singoli casi, impossibile in questa sede – che si tratti di una scelta non contingente ma più strutturale: si potrebbe trattare di una, più o meno consapevole, messa a punto dei parametri e dei fattori funzionali a un bilanciamento socialmente e giuridicamente accettabile.

È possibile, dunque, che quel che la giurisprudenza di legittimità ha ceduto alla libertà di scelta dell'imprenditore con riguardo agli elementi, per così dire, interni, costitutivi della fattispecie (da ultimo con la citata sentenza n. 25201/2016), l'abbia compensato con una accentuazione degli oneri (anche probatori) derivanti dagli elementi esterni (*repêchage* e criteri di scelta: da ultimo Cass. n. 26467/2016) [612].

In tal senso, tuttavia, la giurisprudenza ha operato un bilanciamento costituzionalmente sostenibile, dato che il controllo si è concentrato sulla ragionevolezza sociale in senso debole e sulla proporzionalità in senso stretto dell'uso del potere, in riferimento a vincoli esterni (interessi altri) e non a vincoli interni all'uso del potere stesso. Come ha ben scritto una autrice [613], la logica complessiva del controllo è stata quella tipica dei limiti esterni ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti (gli unici ammessi dalla Costituzione): la libertà di iniziativa economica non risulta piegata al raggiungimento di fini imposti o vietati dal legislatore (ad esempio: la conservazione dei rapporti di lavoro già instaurati o la scelta che produca meno licenziamenti possibili); più semplicemente il suo esercizio viene limitato dalla sussistenza di condizioni precise così da contemperarlo con la tutela di interessi diversi, compresenti e paritari sul piano costituzionale.

---

del dipendente, tutti astrattamente licenziabili, può basarsi su criteri di scelta diversi da quelli previsti per i licenziamenti collettivi, purché quelli adottati rispondano comunque a principi di correttezza e buona fede. Nella specie i giudici di legittimità hanno ritenuto legittimo, a parità di mansioni, il licenziamento per motivi economici del dipendente con lo stipendio più elevato, meno "performante" e con redditi ulteriori rispetto a quello di lavoro.

611 *Contra* in dottrina M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005. Sul tale filone di pensiero del licenziamento come *extrema ratio*, anche, al tempo, F. LISO, *La mobilità*, cit., p. 94.

612 Si rinvia alle considerazioni e ai richiami giurisprudenziali di R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in corso di pubblicazione.

613 S. BRUN, *Il licenziamento economico*, cit., p. 215 ss.

5. Una valutazione di sintesi del percorso giurisprudenziale. Dal controllo di ragionevolezza sociale in senso forte alla verifica di proporzionalità in senso stretto.

L'evoluzione della giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo ha segnato, dunque, un progressivo passaggio da un *controllo di ragionevolezza sociale in senso forte* a un *controllo di ragionevolezza sociale in senso debole* e di *proporzionalità in senso stretto*: con il primo tipo di controllo, si introduce anche una valutazione delle circostanze e degli scopi del licenziamento non scevri da una componente valutativa, attraverso una casistica legittimante che dovrebbe essere del legislatore ma non del giudice. Il controllo di ragionevolezza sociale in senso forte si risolverebbe, infatti, in considerazioni circa l'opportunità sociale e/o economica della scelta, valutata in ragione degli scopi (appartiene a questo tipo il controllo che nega la legittimità del licenziamento per aumentare i profitti).

Con il secondo, il controllo di ragionevolezza in senso debole, che è quello su cui si è assestata la giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'uso del potere di recesso è condizionato dalla semplice sussistenza di presupposti di carattere tecnico organizzativo, capaci di legittimare sia l'esigenza di diminuzione del personale, sia una ragionevole necessità sostitutiva dello stesso. Tali elementi devono essere addotti e dimostrati nella loro veridicità. In questo approccio, il controllo giudiziario si limita alla verifica della non arbitrarietà dell'atto di recesso e quindi è concentrato sulla ragionevolezza della scelta imprenditoriale, volta alle modifiche tecnico-organizzative (posto che la garanzia a cui mira l'art. 3 della legge n. 604/1966 non è il diritto alla preservazione di una determinata posizione lavorativa). Con l'obbligo di *repêchage* e con l'applicazione dei criteri di scelta, infine, si valuta la correttezza in termini di socialità della scelta e di proporzionalità in senso stretto, con riguardo al sacrificio in concreto del diritto al lavoro.

Che sia questo l'approdo interpretativo della Cassazione lo conferma anche una analisi dei più recenti pronunciamenti dei giudici di legittimità (quelli del 2016). La linea di direzione verso un controllo di ragionevolezza sociale debole si intravede sicuramente nella valutazione di legittimità del licenziamento conseguente alla redistribuzione (totale o parziale) delle mansioni del lavoratore licenziato (v. Cass. n. 15082/2016; Cass. n. 13516/2106; Cass. n. 14306/2016).

Il riferimento, in due delle sentenze citate, alla stabilità e non alla contingenza dell'assetto realizzato, è inteso come sintomatico della effettività della scelta, che può certamente essere mutata nel tempo; e non può spingersi, dunque, fino alla valutazione di definitività. Inteso in questo modo, il riferimento alla caratteristica intrinseca della modifica tecnico organizzativa si mostra ragionevole in quanto non predittiva o addirittura impositiva di scelte future.

In un altro *arrêt* si ribadisce la riduzione dei costi come motivo legittimante (cfr. Cass. n. 12823/2016, ma anche Cass. n. 13516/2106). In un altro ancora, si afferma l'insindacabilità di principio dell'*an* e del *quomodo* della scelta, limitando il vaglio al solo rapporto causa-effetto (la n. 6501/2016 e, con articolata motivazione, la più volte citata Cass. n. 25201/2016). Tale principio stenta, tuttavia, ad affermarsi allorché la scelta datoriale non sia quella di sostituire un lavoratore con una macchina, ma con un altro lavoratore, anche se dettata non da ragioni personali o peggio discriminatorie, ma da caratteristiche tecnico organizzative riferite alle competenze soggettive dello stesso. In questo senso anche la pronuncia 25201/2016 stigmatizza e considera, dunque, illegittimo il licenziamento che ha come scopo la sostituzione di maestranze costose con altre meno costose, il cui unico motivo è, dunque, una riduzione di costo tramite sostituzione.

Se ne deduce che operazioni di sostituzione devono considerarsi illegittime, *a fortiori*, anche se

riferite alle nuove caratteristiche soggettive della risorsa umana, richieste dalla profonda trasformazione dell'organizzazione del lavoro in atto (il riferimento non è allo scarso rendimento, che richiama l'aumento di *output* fisico, ma al concetto di *perfomance*, che richiama l'idea dell'incremento della produttività collegata alla qualità del processo e del prodotto).

Senza poter ampliare il discorso, basta limitarsi, a questo proposito, a evidenziare il fatto che nell'organizzazione del lavoro post fordista, e ancor di più in quella che scaturisce dalla quarta rivoluzione tecnologica digitale (l'industria 4.0 e l'ufficio 2.0), accreditate ricerche, a partire da documenti OCSE, dicono che la risorsa umana fortemente riqualificata sarà fattore strategico di aumento della produttività: mettere al centro la risorsa umana, come risorsa cognitiva implica certamente un riorganizzazione del lavoro e un certo modello di organizzazione produttiva e di impresa che presuppongono percorsi trasformativi e appunto riorganizzativi.

Alle risorse umane verranno richieste caratteristiche di *perfomance* inedite in termini di controllo delle nuove tecnologie digitali. Si tratta, spesso, di competenze acquisibili solo nel mercato esterno all'impresa e non disponibili nel mercato interno anche con relativi processi di riqualificazione; ma anche di bisogno di personale con caratteristiche di adattabilità, talento, capacità di assunzione di responsabilità individuali, relazionali e psicologiche: tutto questo darà luogo a profondi processi di sostituzione del lavoro. In tal caso la scelta sostitutiva non sarebbe mirata ad una mera riduzione di costo, ma a un aumento di produttività e di efficienza aziendale che segue a una riorganizzazione.

Ma sindacare in tal caso la scelta imprenditoriale sostitutiva, adducendo l'obbligo di fornire la necessaria riqualificazione al personale in forza, riporterebbe ovviamente il controllo giudiziale al di là dei limiti fissati dalla più volte citata pronuncia di legittimità (25201/2016).

Dal che è evidente come la sentenza citata non abbia posto fine a tutte le questioni che l'evoluzione tecnologica pone sul tappeto. Ma l'approdo all'ingiustificatezza del licenziamento meramente sostitutivo appare allo stato quello che meglio sistema il quadro attuale, nella consapevolezza che il problema che la realtà pone (la scomparsa del lavoro, *rectius* di alcuni lavori in specifici settori in ragioni dell'innovazione tecnologica)[614] non può essere certo affrontato e risolto dalla giurisprudenza.

Per il resto, negli assetti giurisprudenziali di legittimità più recenti, si consolida l'indirizzo volto ad estendere, temporalmente e spazialmente, gli oneri di *repêchage* e quindi ad approfondirli (da ultimo Cass. n. 26467/2016 cit., Cass. n. 13516/2016 cit.) e a consolidare la valutazione di correttezza e buona fede dell'operato del datore di lavoro, attraverso l'applicazione estensiva dei criteri di scelta automatici dell'anzianità di servizio e dei carichi di famiglia, in funzione di bilanciamento (cfr. Cass. n. 1402/2016 e Cass. n. 12101 n. 5592/2016; n. 4509/2016). Si è consolidata in tal modo l'idea del licenziamento economico come estrema o ultima *ratio*.

Questo tipo di controllo, proprio perché esterno alla fattispecie, non è legittimato, ma neppure vietato dal legislatore: si tratta di una tipica operazione di integrazione giurisprudenziale della fattispecie legale e comunque di creatività giurisprudenziale – si ribadisce – legittima perché consentita dall'elevato tasso di elasticità della legge. Ma proprio perché si tratta di una valutazione di

---

[614] È di questi giorni il dibattito sull'articolo del *Financial Times* relativamente a cinque settori a rischio di scomparsa nei prossimi 20 anni, con conseguenti elevati rischi occupazionali: agenzie di viaggio e *tour operator*, produzioni di componenti industriali, manutenzione e riparazione auto, assicurazione auto, consulenza finanziaria. Si veda la Stampa del 2 gennaio 2017, *Allarme lavoro entro vent'anni scompariranno cinque settori*.

proporzionalità conseguente a un bilanciamento, caso per caso, di esigenze occupazionali e libertà di impresa, i due parametri devono essere valutati pragmaticamente in un'ottica consequenzialista e non utilizzati come dogmi o come surrogati di altri tipi di controlli: di ragionevolezza sociale forte o addirittura di razionalità *tout court*.

Come scrive un insigne costituzionalista, Augusto Cerri [615], l'armonizzazione dei diversi principi costituzionali, anche quando si presenta come operazione interpretativa, si sviluppa attraverso un bilanciamento idoneo a comporli secondo un principio di proporzionalità che tenga conto della realtà concreta. Il che significa, ritornando al tema, che una imposizione di oneri di *repêchage*, spaziale e temporale, particolarmente gravosa anche per il profilo probatorio [616] e a prescindere dalle concrete situazioni di fatto, non significherebbe altro che attuare un controllo che finisce per imporre, tra più soluzioni possibili, quella a minore impatto occupazionale; con l'attuazione, dunque, di una tipologia di controllo non consentito, come detto, nella cornice costituzionale di bilanciamento egualitario tra diritto al lavoro e libertà di impresa. Ciò soprattutto se tali oneri probatori risultino particolarmente aggravati (al limite della *probatio diabolica*) alla luce delle modifiche, nel frattempo intervenute, all'art. 2103 c.c. [617].

La scelta poi di imporre l'applicazione rigida di criteri di scelta sociali, aprioristici e apparentemente oggettivi, non fa i conti con il fatto che l'impresa oggi può dimostrare, avendone certamente l'onere motivazionale, che la scelta di un destinatario di un licenziamento per gmo può cadere su un soggetto anziché su un altro, non solo in virtù di ragioni connesse all'organizzazione tecnica del lavoro in senso oggettivo, ma anche con riguardo a nuove caratteristiche soggettive, di competenza professionale e/o psicologiche e relazionali, ma anche a ragioni di grado di fidelizzazione e di diverso costo del lavoro (in tal senso la significativa apertura di Cass. n. 25192/2016 cit.), qualora debitamente e oggettivamente dimostrate come effettive e non pretestuose.

Certo, non tutto è fabbrica 4.0: ci sono pure i supermercati e i *call center* (il neo-fordismo di ritorno) e, pure, la logistica e i servizi alla persona; ma proprio per questa estrema variabilità dei modelli di organizzazione del lavoro, la valutazione della complessità sociale e delle sue sfaccettature, con i relativi effetti riflessivi sulla complessità organizzativa imprenditoriale, non può rimanere fuori dalla integrazione giurisprudenziale della fattispecie del giustificato motivo oggettivo.

6. Alcune conclusioni.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, anche negli ultimi itinerari, continua a essere considerato dalla giurisprudenza una scelta ultima e non di amministrazione ordinaria e fisiologica delle risorse umane. Tale approccio coglie un dato di realtà e anche di ragion pratica: non pare, infatti, ricorrente o plausibile che un imprenditore avveduto consideri la soppressione di posto,

---

615 A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Dir. pub.*, 2016, p. 650, ma *passim*.

616 Si rinvia a R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, cit.

617 Si faccia il caso di una impresa con unità produttive distribuite nel territorio nazionale, che dovrebbe dimostrare la non disponibilità in esse di qualsivoglia posizione di lavoro, anche di contenuto professionale inferiore a quella che si intenda sopprimere, e alle possibili strategie elusive che verrebbero altrimenti incoraggiate di offrire, al solo scopo di ottemperare formalmente all'onere, posizioni di lavoro geograficamente oltre che professionalmente irricevibili.

implicante il licenziamento di una persona, una scelta aziendale di ordinaria amministrazione, fisiologica, routinaria, e come altre. La separazione, al fuori dell'asettico approccio di *law and economics*, non implica, nella realtà, neppure per l'imprenditore, una mera scelta di efficienza e di costo economico, ma sottintende sempre un dramma umano anche da parte di chi decide di separarsi e, a maggior ragione, di chi subisce la separazione: in termini di sicurezza e autostima produce sempre un trauma [618].

Ciò anche in un mercato del lavoro ove le transazioni fluide, da posto a posto, sono congruamente supportate dai servizi pubblici per il lavoro. Nell'ordinamento italiano il controllo giudiziario tramite *repêchage* (assiologicamente e funzionalmente corretto e non irrigidito oltre i limiti di ragionevolezza) opera come strumento ormai consolidato di bilanciamento e di proporzionalità in concreto tra libertà di iniziativa economica e diritto al lavoro; il controllo di effettività e non pretestuosità della scelta serve a evitare l'abuso del ricorso al licenziamento economico e a ricordare agli imprenditori più spregiudicati che c'è un limite di "sistema" nell'uso dello strumento.

La sistemazione ermeneutica operata dalla giurisprudenza sembra pertanto approdata a un punto di equilibrio; si afferma, con chiarezza e maggiore decisione rispetto al passato, che il licenziamento per gmo è "neutro" rispetto ai motivi che l'hanno determinato, siano essi riorganizzazioni interne, di tipo tecnologico o meramente organizzative, siano crisi esterne di mercato; il licenziamento per gmo non implica riduzione di attività ma solo soppressione di posto, anche per ragioni di incremento di produttività.

Tale sistemazione suggerisce alcune considerazioni:

a) Il gmo può essere utilizzato anche in caso di crisi, ma in questo caso, il datore di lavoro, auto sottoponendosi allo *screening* di effettività, si espone a contestazioni di merito, su cui il giudice è legittimato a intervenire. La giurisprudenza rende di fatto ancor più cruciale la motivazione di licenziamento non nel senso della sindacabilità, di merito o di legittimità, ma solo nel senso della effettiva sussistenza.

b) Giusto il ragionamento proposto dalla recente Cass. n. 25201/2016, la nozione di licenziamento economico torna a divaricarsi: indirettamente si finisce, infatti, per riproporre una certa differenza qualitativa e non solo quantitativa tra licenziamento per gmo e licenziamento collettivo. L'art. 24 della legge n. 223/1991 fa riferimento alla riduzione o trasformazione di attività come elemento costitutivo della fattispecie e sembra, dunque, difficile – usando *a contrario* l'argomento dei giudici di legittimità – considerare all'interno del perimetro della fattispecie licenziamento collettivo un licenziamento meramente dettato da ragioni di riorganizzazione interna, a scopi di mero incremento di produttività, e non di riduzione di attività e dunque di crisi. La Suprema Corte sembra assestata, infatti, nel caso del licenziamento collettivo, a considerare la riduzione di attività, e quindi la crisi, come elemento costitutivo della fattispecie. In sintesi, in base al ragionamento esplicitato in Cass. n. 25201/2016, si finisce per riproporre una divaricazione delle due fattispecie di licenziamento economico: il licenziamento per gmo come indipendente dai motivi, il licenziamento collettivo, invece, connesso a riduzione di attività e dunque a una situazione di crisi che deve essere debitamente accertata dal giudice.

---

618 Si veda il bel libro scritto per i giovani, ma utile per tutti, di V. PERRONE, *Il lavoro che sarai*, Feltrinelli, Milano, 2016 (in particolare, p. 105).

c) La stessa giurisprudenza testé citata sembra suggerire strategie di impugnazione del licenziamento per gmo che possono aver come esito la reintegra, anche a prescindere dalla manifesta insussistenza del fatto, vale a dire anche nel regime sanzionatorio del d.lgs n. 23/2105. Il combinato disposto tra insussistenza e pretestuosità, da provare e a cui applicare le «*comuni tutele del lavoratore dagli atti illeciti o discriminatori*» suona come un monito contro un uso datoriale distorto dello strumento; detto in altri termini, sbaglia chi pensa di sbarazzarsi di lavoratori scomodi o improduttivi e piega a questo scopo la scelta organizzativa e il licenziamento economico; si espone quanto meno a una valutazione giudiziale dell'atto di gestione quale atto in frode alla legge ex art. 1344 c.c se non come atto a causa illecita ex. 1343 c.c. Il licenziamento dichiarato oggettivo, ma che si riveli non essere ontologicamente tale in quanto non ne ricorre la benché minima parvenza, potrà essere riqualificato in termini di atto elusivo di una norma imperativa quale l'art. 3 comma 2, d.lgs. n. 23/2015[619].

Da qui il passo, per una migliore definizione del licenziamento per scarso rendimento, è breve. Ma questo è un altro, e ben più complicato, capitolo, tutto ancora da scrivere, anche da parte della giurisprudenza.

---

[619] In tal senso condivisibilmente C. Zoli, I licenziamenti (ricordando S. Magrini), relazione al convegno in ricordo di S. Magrini, Roma, Luiss, 5 maggio 2017, il quale aggiunge «Si tratta di una conclusione agevolmente sostenibile se il lavoratore prova di aver in precedenza ricevuto rimproveri o addirittura contestazioni, ovvero se riesce a fornire elementi presuntivi dai quali il giudice possa convincersi che il licenziamento ha natura intrinsecamente disciplinare. Ma al medesimo risultato potrebbe ugualmente pervenirsi se si ammette che "si sarebbe di fronte ad un uso distorto del potere datoriale di recesso, azionato per una causale diversa da quella consentita da norme imperative, che esigono la ricorrenza di un giustificato motivo oggettivo", cosicché "potrebbe prospettarsi un vizio di nullità di cui all'articolo 1343 cod. civ. (.) Oppure, sempre invocando la frode alla legge, che – si ricorda – non richiede alcuna indagine sulle intenzioni dell'autore dell'atto, si potrebbe sostenere che si sia in presenza di un licenziamento per ragioni soggettive: infatti, tra le ragioni soggettive e quelle oggettive, al di fuori degli ambiti del licenziamento *ad nutum, tertium non datur*, cosicché, mancando le seconde, entrano in gioco necessariamente le prime. A quel punto il datore non potrebbe sottrarsi alla reintegra neppure dimostrando in giudizio che il prestatore di lavoro ha commesso addebiti sanzionabili in sede disciplinare, persino qualora essi siano fondati o comunque non appaiano tali da comportare in generale l'applicazione della tutela reale. Invero, da un lato, come anticipato (§ 3), si potrebbe sostenere che la contestazione disciplinare, e la possibilità di difendersi che essa comporta per il lavoratore, rappresenti elemento costitutivo del potere disciplinare e condizione di legittimità dell'atto di recesso. Dall'altro, in ogni caso, l'art. 3, comma 2, d. lgs. n. 23/2015 collega la reintegra, tra l'altro, proprio alla mancata contestazione di un fatto, oltre che all'insussistenza sul piano "materiale" che dovesse emergere in giudizio di tale fatto».

Verso una società multiculturale. Gli inediti conflitti tra la libertà di vestirsi secondo la propria fede e l'interesse datoriale al profitto*

Valeria Nuzzo

1. L'attualità di una indagine sull'uso di indumenti religiosi nel rapporto di lavoro. 177

2. L'abbigliamento del lavoratore nel conflitto tra interesse datoriale e libertà religiosa. 179

3. Il "caso" italiano e la normativa antidiscriminatoria. Le cause di giustificazione del trattamento differenziato tra discriminazione diretta e indiretta. 182

4. La Corte di Giustizia si pronuncia sul "velo": i casi Bougnaoui e Achbita. 184

5. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo e i (non espliciti) confini del test di proporzionalità. 187

6. Qualche riflessione conclusiva. 189

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 324/2017

1. L'attualità di una indagine sull'uso di indumenti religiosi nel rapporto di lavoro.

Fino a non troppo tempo fa l'idea di lavoratore ben salda nell'immaginario collettivo era emblematicamente rappresentata nelle ironiche vignette di Altan pubblicate su quotidiani o settimanali. Era Cipputi, metalmeccanico, bianco, maschio, capofamiglia, chiaramente eterosessuale, e in tuta blu. Utilizzato peraltro dalla bellissima penna di Romagnoli proprio come simbolo dell'operaio italiano per raccontare la storia del lavoro nel nostro Paese[620]. Una iconografia popolare che ha da poco superato gli "anta", ma che oggi, a guardarla, sembra una immagine del passato, quasi un anacronismo. E non solo per la tuta blu. Perché se è vero, come si discute da tempo, che il lavoro subordinato "classico", quello della grande fabbrica, ha perso terreno di fronte alla molteplicità dei possibili modelli di interazione tra lavoro personale e impresa, non si può neppure negare come il progressivo abbattimento delle barriere istituzionali alla mobilità di capitali e persone abbia profondamente modificato la nostra società che, seppur ancora ben lontana dal potersi definire multietnica, è certamente mutata nella sua composizione e presenta problemi, inediti quarant'anni orsono, di integrazione culturale e religiosa. Insomma, tornando all'immagine emblematica, forse il Cipputi di oggi sarebbe non solo precario e retribuito a *voucher*, ma anche impegnato nella rivendicazione della sua identità religiosa o del suo orientamento sessuale. Ovvero, chissà, con una certa lungimiranza, il Cipputi di questi anni potrebbe essere donna, avere origini maghrebine e indossare il velo islamico.

Invero, mi rendo conto, questa seconda ipotesi guarda troppo al futuro. Almeno in Italia. Per il momento, infatti, nel nostro Paese il problema del velo islamico e, in generale, dei simboli religiosi, dell'abbigliamento che diventa espressione di una appartenenza culturale, è raramente entrato nei Tribunali, in particolare poi nelle sezioni lavoro. Ma è questione di tempo. Gli imponenti e costanti flussi migratori che investono l'Italia porteranno all'inevitabile emersione di problematiche relative al rispetto delle differenti identità culturali e, tra esse, anche quella dell'uso di un abbigliamento simbolico, che rappresenta un fattore identitario di primaria rilevanza sia per gli individui che per le comunità[621]. Non è un caso, d'altronde, che in altri Paesi europei, in cui maggiore è la presenza di comunità straniere (e in particolare di quelle provenienti da Paesi di tradizioni islamica), il problema della libertà di esibire simboli di appartenenza religiosa o culturale e delle connesse discriminazioni ha già impegnato la giurisprudenza. Basta guardare oltralpe per trovare una infinità di casi riguardanti mancate assunzioni o licenziamenti motivati dal rifiuto del lavoratore (o aspirante tale) di "spogliarsi" dell'accessorio religioso, sia esso l'*hijab*, la catenina con il crocefisso, la *kippah* usata dagli ebrei osservanti o il turbante dei sikh[622].

Che l'entità del fenomeno abbia, in altri Paesi, dimensioni per noi ancora lontane emerge, d'altro canto, anche da vicende di cronaca relative proprio alle difficoltà di "convivenza" tra identità

---

620 U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il mulino, 1995.

621 Sul valore identitario del simbolismo religioso e sul suo bisogno di riconoscimento la letteratura è sconfinata; si v., tra i tanti, N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenza nello Stato costituzionale*, Il mulino, 2012, in part. 79 ss.; C. GALLI, *L'umanità multiculturale*, Il mulino, 2008; S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Cedam, 2008; S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Il mulino, 2005; J. HABERMAS - C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, 1998.

622 E d'altronde proprio da decisioni dei giudici d'Oltralpe hanno trovato origine le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo e i primi rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia in materia, di cui ci si occuperà infra.

diverse, che a volte inducono atteggiamenti di radicalizzazione identitaria. Senza andare lontano nel tempo, si pensi alla polemica, scoppiata sui giornali la scorsa estate, relativa al divieto di indossare il *burkini*, imposto da alcuni sindaci della Costa azzurra sulle spiagge del territorio da loro amministrato. Adottato per ragioni di "sicurezza" e nel rispetto della "laicità dello Stato francese", tale divieto era motivato dal fatto che il capo di abbigliamento in questione "ostentasse" un'appartenenza religiosa e che per questa ragione potesse, «in un momento in cui la Francia e i luoghi di culto sono al centro di attacchi terroristici, […] creare problemi di ordine pubblico che è necessario prevenire»[623]. Fuori dalla *location* balneare, peraltro, la Francia ha sempre valorizzato il principio di uguaglianza formale, non ammettendo trattamenti differenziati per gruppi che hanno una propria, specifica identità culturale o etnica. Già prima dei recenti attentati terroristici, la legge francese ha vietato l'uso di simboli religiosi ostensivi negli istituti scolastici[624], del velo che occulta il viso (*niquab* e *burqua*) nei luoghi pubblici[625] e di qualunque copricapo, dal turbante sikh al velo islamico, nelle fotografie sulle patenti di guida[626].

A tale modello, tendenzialmente assimilazionista, si contrappone quello pluralista dei Paesi anglosassoni, in cui è riconosciuta una grande libertà di manifestare anche esteriormente la propria diversità culturale e religiosa, soprattutto nei confronti di quei gruppi che, provenendo da ex colonie, sono ben radicati sul territorio: basti pensare, ad esempio, alla specifica regolamentazione per i sikh che li esenta dall'impiego del casco sui motocicli[627] o consente loro di indossare il turbante in luogo del casco di protezione sui cantieri[628]. O, per tornare alla cronaca, al noto caso della filiale inglese dell'Ikea che ha confezionato divise col velo per le dipendenti di religione mussulmana.

In Italia, invece, non esiste una specifica regolamentazione in materia di abbigliamento religioso, né per i rapporti di lavoro e neppure per esigenze di sicurezza[629]. Esula da questo studio il secondo problema, concernente la tutela della libertà religiosa nel rapporto con lo Stato, mentre si intende indagare proprio sui possibili limiti all'utilizzo del simbolismo religioso da parte del lavoratore

---

623 Così l'ordinanza del sindaco di Cannes. Su cui peraltro la censura dell'Alto Commissariato Onu per i diritti umani del 30 agosto 2016.

624 Sia per gli insegnanti che per i discenti: v. l. n. 2004-228. Su cui v. F. MARGIOTTA BROGLIO, *La legge francese sui simboli religiosi un anno dopo*, in *Islam ed Europa*, a cura di S. FERRARI, Carocci, 2006, 143. Al volume curato da Ferrari si rinvia anche per una indagine comparata sul tema dei simboli religiosi e, in particolare, proprio del velo islamico.

625 L. n. 2010-1192, che definisce luogo pubblico l'insieme delle vie e degli spazi aperti, e comunque tutti quei contesti in cui si svolgono funzioni pubbliche.

626 Circulaire Ministere des transports, de l'Equipement, du tourisme et de la Mer 6 maggio 2005, n. 2005-80.

627 Art. 16 Road Traffic Act del 1988.

628 Art. 11 dell'Employment Act del 1989.

629 In materia, invero, si applica l'art. 5 della l. 22 maggio 1975, n. 152, contenente «Disposizioni in materia di ordine pubblico», che vieta «l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo». Il Consiglio di Stato, proprio con riferimento al burqua, he rilevato tuttavia che non si tratta di un utilizzo volto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture (C. Stato 19 giugno 2008, n. 3076). Secondo tale interpretazione, pertanto, esso sarebbe vietato solo nell'ipotesi, che non prevede eccezioni, contemplata nella seconda parte del comma 1 dello stesso art. 5, e cioè «in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino». Quanto, invece, alla fotografie per documenti di identità e permessi di soggiorno, la circolare del 24 luglio 2000 del Ministero dell'Interno precisa che il turbante, il chador e il velo, imposti da motivi religiosi, «sono parte integrante degli indumenti abituali e concorrono, nel loro insieme, ad identificare chi li indossa, naturalmente purchè mantenga il volto scoperto» e pertanto tali accessori sono ammessi, anche in ossequio al principio costituzionale di libertà religiosa, purchè i tratti del viso siano ben visibili.

nell'ambito di un rapporto privato, in cui le libertà individuali fondamentali legate alla manifestazione della fede religiosa possono venire in conflitto con la libertà di iniziativa economica privata.

È un interrogativo che il pluralismo culturale pone e porrà in maniera sempre più forte, soprattutto per un Paese come l'Italia, in cui l'immigrazione proveniente dai Paesi dell'Asia sud orientale e soprattutto da quelli africani è costantemente in aumento[630]. Peraltro non può essere certo la ridotta numerosità dei casi di cronaca o di quelli giurisprudenziali a rendere irrilevante una indagine sulla tutela dell'identità religiosa e culturale sul luogo di lavoro. E ciò per una serie di ragioni.

In primo luogo, lo stesso dato della "scarsità" dei casi può non corrispondere al reale, in quanto è indubbio che in un contesto lavorativo come quello italiano, in cui il lavoro degli immigrati è caratterizzato da altissime percentuali di lavoro nero, il problema identitario può finire per essere postergato a quelli legati allo sfruttamento, alle condizioni malsane di lavoro, se non ai rapporti con la criminalità organizzata. E quindi può non trovare la via della giustizia del lavoro.

Ma soprattutto, nelle politiche di integrazione (su cui è, e sarà sempre più, necessario interrogarsi) il lavoro assume una valenza fondamentale, e dunque proprio il diritto del lavoro dovrà affrontare la difficile sfida di predisporre gli strumenti opportuni per garantire la tutela delle diversità culturali e l'assenza di discriminazioni fondate sull'appartenenza religiosa o sull'origine etnica. Per questo non si può continuare a nascondere la testa sotto la sabbia fingendo di ignorare che gli afflussi migratori cambieranno progressivamente la composizione della nostra società e, con essa, la omogeneità religiosa che finora l'ha caratterizzata. In una società che si avvia a diventare multiculturale si moltiplicheranno le differenze, anche quelle fondate sulla religione, e dunque ci si dovrà interrogare sull'adeguatezza della normativa nazionale, e in particolare dei divieti di discriminazione, a coprire le possibili e variegate situazioni in cui il bisogno identitario si manifesterà e necessiterà di una tutela giuridica[631]. Soprattutto quando sarà in conflitto con un (legittimo) interesse privato confliggente.

2. L'abbigliamento del lavoratore nel conflitto tra interesse datoriale e libertà religiosa.

Le questioni relative all'abbigliamento del lavoratore sul luogo dove esercita la sua prestazione sono molteplici, e investono sia i doveri del prestatore di diligenza ed obbedienza sia i limiti all'esercizio del potere datoriale. È indubitabile, infatti, che la diligenza imposta al lavoratore può concretizzarsi anche nella appropriatezza del suo abbigliamento, in relazione alle mansioni cui è

---

630 V., sul tema, S. D'ACUNTO - F. SCHETTINO, *Per qualche dollaro in più? Una valutazione empirica della teoria del migrante razionale*, in *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, a cura di S. D'ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO, ESI, 2017.

631 Invero la dottrina lavoristica finora non ha mostrato grande interesse al tema, se non proprio nello studio della normativa antidiscriminatoria. Sulla specifica problematica del multiculturalismo e della "capacità" della normativa antidiscriminatoria di tutelare i bisogni identitari v. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, *Arg. dir. lav.*, 2003, 172; M.P. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. BARBERA, Giuffrè, 2007, 43; R. SANTUCCI - G. NATULLO - V. ESPOSITO - SARACINI, *Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, 2009, e qui, in particolare, i saggi di M. RUSCIANO, *Il valore della diversità (culturale e di genere) nel diritto del lavoro*, 141, L. ZOPPOLI, *Categorie giuridiche, diritto antidiscriminatorio e pari opportunità*, 146, G. BOLEGO, *Le tutele sostanziali e procesuali contro le discriminazioni*, 157; A. ZOPPOLI, *Azioni positive e Corte di Giustizia: dal genere alle nuove identità in una prospettiva multiculturale*, 273. Il Dibattito contenuto in quest'ultimo volume è stato poi ripreso e aggiornato in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, 2011.

adibito, e che il datore può prescrivere, per ragione di sicurezza o per esigenze connesse all'immagine, al decoro o all'organizzazione dell'impresa, precisi canoni di abbigliamento ai suoi dipendenti, nel rispetto naturalmente della libertà e dignità dei lavoratori posta, dallo stesso art. 41, come limite alla libertà di iniziativa economica privata. È il caso, ad esempio, dell'imposizione di divise aziendali o di un abbigliamento "formale" per chi riveste ruoli di rappresentanza dell'azienda o comunque di contatto con il pubblico. Non è questa la sede per una analisi generale sul fondamento di tale potere e sulla sua ampiezza[632], volendosi invece concentrare l'attenzione esclusivamente su quelle ipotesi in cui il vestiario o l'accessorio rifletta l'appartenenza culturale o la fede religiosa di chi lo indossa, in cui cioè un divieto datoriale ovvero una regola aziendale di abbigliamento possano ledere la libertà del lavoratore di manifestare la propria religione e costituire una discriminazione fondata sulla religione stessa. In tali casi, infatti, la libertà riconosciuta dall'art. 41 Cost. deve fare i conti con la tutela che la stessa Carta costituzionale riconosce alla libertà religiosa, e che si sostanzia nel principio di parità di trattamento (formale e sostanziale) sancito nell'art. 3 e nel diritto, riconosciuto dall'art. 19, di professare in qualsiasi forma la propria fede.

Qual è dunque il bilanciamento da fare? È possibile non assumere un lavoratore che indossa un abbigliamento simbolo di appartenenza culturale e religiosa? Ovvero inibirgli di indossarlo sul luogo di lavoro? E un regolamento aziendale che vieti l'uso di indumenti legati alla fede religiosa è legittimo o deve esser valutato con le lenti del divieto di discriminazione?

È chiaro che nella risposta a tali quesiti un ruolo fondamentale è svolto proprio dalla normativa antidiscriminatoria. Sia la direttiva 2000/78 che il d. lgs. 216/2003 individuano nella religione un fattore di differenziazione vietato, costituente discriminazione. Naturalmente è indubbio che per religione deve intendersi non solo la fede di una persona in quanto tale, ma anche l'esercizio e la manifestazione delle fede stessa[633]. E il vestirsi in conformità ai propri precetti religiosi è esattamente un modo di manifestare la fede religiosa: indossare il velo per le donne musulmane o portare il turbante per gli uomini aderenti al sikhismo è una scelta religiosa, perché nella loro fede il velo o il turbante cessano di essere un mero capo di abbigliamento per diventare simbolo del loro credo.

---

632 Sul tema si rinvia a M. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta*, in *WP CSDLE*, It., n. 100/2010; K.E. KLARE, *Abbigliamento e potere: il controllo sull'aspetto del lavoratore subordinato*, *Dir. lav. rel. ind.*, 1994, 582; A. BELLAVISTA, *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*, *Riv. giur. lav.*, 1994, 228.

633 Se è vero che la direttiva non dà alcuna definizione di «religione», essa è desumibile da altre fonti. Prima di tutto dall'art. 9 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, espressamente richiamata dal 1° considerando della direttiva, che specifica come la libertà di pensiero, di coscienza e di religione includa «la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti» e come essa non possa «essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui». Sempre il 1° considerando fa riferimento, poi, alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto dell'Unione. E tra i diritti risultanti da tali tradizioni comuni, riaffermati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, c'è il diritto alla libertà di coscienza e di religione che, ai sensi dell'art. 10 della Carta, include quella «di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato». Quindi, in linea con la definizione contenuta sia nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, si deve ritenere che la nozione di «religione» abbia una accezione ampia. Così anche la Corte di Giustizia nelle recentissime sentenze *Bougnaoui* e *Achbita*, su cui v. *infra*.

Tuttavia, nel rapporto di lavoro questa libertà deve essere bilanciata con la libertà di impresa. Anche nell'ambito della normativa antidiscriminatoria, che si è detto rappresenta lo "strumento" principale di tutela delle esigenze religiose nel rapporto di lavoro, tale bilanciamento è fondamentale ed emerge nel giudizio di giustificatezza e proporzionalità che sempre deve essere condotto tra l'interesse datoriale perseguito e la libertà (del lavoratore) sacrificata, giudizio che chiede una ponderazione caso per caso, invero troppo spesso rimessa alla soggettività dell'interprete, direi quasi – in considerazione del tema – alla sua sensibilità e tolleranza.

Il legittimo interesse dell'impresa a generare profitto, ad esempio, può passare per la necessità di mostrare una determinata immagine dell'azienda[634]. Ma fino a che punto questa esigenza rende sacrificabile la libertà del lavoratore?

La giurisprudenza francese è ricca di casi che mostrano le difficoltà (e a volte l'incertezza) di questo bilanciamento, risolto sulla base di una valutazione condotta sulle concrete circostanze del caso (tipo di attività del datore, lesione all'immagine, vistosità dell'indumento, ecc.) e in cui spesso la libertà religiosa è stata sacrificata finanche in nome del rispetto del desiderio dei clienti di "neutralità" religiosa. Dalla commessa musulmana di un negozio di articoli di moda femminili, licenziata a causa del suo abbigliamento che, non in linea con l'immagine «giovane e moderna» della *boutique*, non avrebbe invogliato la clientela all'acquisto[635], alla commessa di un negozio di frutta e verdura di un quartiere in cui gli acquirenti appartenevano a religioni diverse[636]. Dall'ingegnere licenziata perché il velo islamico non era gradito alla clientela presso cui operava[637] alla "*femme de ménage*" mussulmana il cui *hijab* infastidiva i clienti dello studio di architettura in cui lavorava[638]. Ma anche, con esiti diversi e più condivisibili, i casi della maestra di un asilo privato licenziata per non aver rispettato il regolamento aziendale che prevedeva il divieto generalizzato di indossare capi d'abbigliamento religiosi, sulla base di un obbligo di "neutralità" imposto dalla legge per il servizio pubblico, ma non per le aziende private[639], o quello della tecnica di un

---

634 Esula da questa indagine, per la specificità del regime derogatorio, il caso delle organizzazioni di tendenza, su cui si rinvia a A. LICASTRO, *Quando è l'abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze dell'impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2015, n. 27. In generale sulle organizzazioni di tendenza e sulle problematiche ad esse relative v. R. BENIGNI, *L'identità religiosa nel rapporto di lavoro. la rilevanza giuridica della "fede" del prestatore e percettore d'opera*, Jovene, 2008; R. DE LUCA TAMAJO - F. LUNARDON, *Aziende di tendenza e disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Quad. dir. pol. Eccl.*, 3, 2004, 706; A. VISCOMI, *Osservazioni critiche su lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali e comunitarie*, *Lav. dir.*, 4, 2003, 586.

635 Cour d'app. de Seint Denis de la Réunion 9 settembre 1997, n. 97-703306.

636 Cour d'app. de Paris 16 marzo 2001, n. 99-31302.

637 Cour de Cassation, Ch. Soc., 9 aprile 2015, n. 630, che ha introdotto la procedura pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, su cui *infra*.

638 Cour d'app. de Bourges 7 agosto 2007, n. 06-1669, qui il licenziamento è stato dichiarato illegittimo solo perché non è stata provata la presenza ijn contemporanea coi clienti.

639 Cour d'app. de Paris 27 novembre 2013, n. 13-02981, relativa al noto caso *Baby Loup*, dal nome dell'asilo privato in cui era impiegata la lavoratrice come educatrice di infanzia. Sulla pronuncia, tra i numerosissimi contributi, v. ADAM, *Baby loup: horizons et défense d'une Jurisprudence anathéme*, *Rev. droit du travail*, 2013, 385; E. DOCKES, *Libertè, laicitè, Baby loup: de la trés modeste et trés contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante*, in *Droit social*, 2013, 288.

laboratorio di analisi cliniche che indossava il velo nell'esercizio dei suoi compiti a contatto con la clientela, non in conformità con le norme di igiene ivi previste[640].

3. Il "caso" italiano e la normativa antidiscriminatoria. Le cause di giustificazione del trattamento differenziato tra discriminazione diretta e indiretta.

La giurisprudenza italiana si è occupata dell'uso di simboli religiosi nel rapporto di lavoro recentemente, in uno dei pochissimi casi entrati nelle aule giudiziarie.

Il Tribunale di Lodi[641], prima, e la Corte di Appello di Milano[642], poi, hanno dovuto decidere sul ricorso di una ragazza di cittadinanza italiana e religione mussulmana che riteneva discriminatoria la sua mancata assunzione come hostess nella fiera della calzatura di Milano, in quanto determinata dal fatto di indossare il velo islamico. Al colloquio, infatti, proprio il diniego alla richiesta di togliere il velo aveva indotto il rifiuto della sua candidatura. Trattandosi di una fiera di scarpe, la ragazza trovava irrilevante per la prestazione da rendere la circostanza di non volersi spogliare del simbolo della sua fede religiosa, anche considerando che, ai fini dell'assunzione, si indicavano i soli requisiti di taglia, altezza e misura di piede. La Corte di Appello di Milano, riformando la sentenza di primo grado, ha riconosciuto nel caso in esame una discriminazione diretta per religione: ritenendo l'*hijab* un abbigliamento che connota l'appartenenza alla religione mussulmana, l'esclusione da un impiego per chi lo indossa è un comportamento che si basa su un criterio intimamente collegato con quello vietato e, dunque, direttamente discriminatorio, salvo che sia sorretto da una causa di giustificazione. E per i giudici milenesi, nella vicenda sottoposta al loro esame, il non indossare lo *hijab* non costituiva, ai sensi dell'art. 2 del d. lgs. n. 216/2003, un «requisito essenziale e determinante della prestazione».

Il caso descritto ci porta immediatamente al nodo della questione.

Una differenza di trattamento basata sull'uso di un abbigliamento manifestazione della fede religiosa equivale a una differenza di trattamento basata sulla religione stessa? E costituisce una discriminazione diretta, perché basata su una caratteristica *direttamente* riconducibile alla religione, o, concernendo l'abbigliamento, e cioè un dato apparentemente neutro ma suscettibile di produrre un effetto sfavorevole per una o più persone determinate proprio in base alla fede religiosa, deve essere qualificata come discriminazione indiretta?

La diversa configurazione rileva rispetto alle cause di esenzione dal divieto, cioè alle ipotesi che giustificano il trattamento sfavorevole basato su un fattore di rischio e, dunque, consentono di escludere la discriminazione, cause che appaiono più stringenti nella disciplina della discriminazione diretta che in quella indiretta.

Invero, sulla specifica questione, è opportuno distinguere tra la normativa europea e quella italiana che, pur costituendo attuazione della prima, presenta sul tema alcune rilevanti differenze.

---

640 E solo per tale ragione, non per assecondare "gusti" e "preferenze" della clientela, il licenziamento è dichiarato legittimo da Cour d'app de Versailles 23 novembre 2006, n. 05-5149.

641 T. Lodi 3 luglio 2014, in *www.osservatoriodiscriminazioni.org*, con nota di E. TARQUINI, *Dal velo alla taglia 42. Osservazioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Lodi 3.7.2014*.

642 App. Milano 20 maggio 2016, n. 579, *RIDL*, 2016, con nota di M. PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno patrimoniale* e *Labor*, 2016, 5-6, con nota di E. TARQUINI, *Il velo islamico e il principio paritario: la giurisprudenza di merito si confronta con i divieti di discriminazione*.

La direttiva 2000/78/CE del Consiglio, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, garantisce che le persone non siano oggetto di discriminazioni, dirette o indirette, in ragione della loro religione o delle convinzioni personali e prevede alcune cause di giustificazione dell'eventuale trattamento differenziato. In particolare, nella ipotesi di differenze basate direttamente sui motivi protetti, lascia agli stati membri la facoltà di riconoscere che essa «non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato» (art. 4, co. 1)[643]. Peraltro, ai sensi del 23° considerando, tali possibili cause devono essere interpretate in modo restrittivo, dovendo costituire «casi strettamente limitati». Dunque, la condizione posta dalla direttiva perché il datore possa prendere in considerazione il fattore di rischio è strettamente legata al contesto in cui essa viene espletata, e cioè alla stessa possibilità (materiale o giuridica) di eseguire il contratto di lavoro[644]. Nell'ipotesi che ci interessa, di conseguenza, la discriminazione risulterebbe esclusa solo quando la "neutralità" religiosa (e cioè l'assenza di qualsiasi simbolo a connotazione religiosa) costituisce requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa. E, comunque, sempre che il sacrificio in tal caso imposto della libertà religiosa sia proporzionale rispetto all'interesse confliggente.

Per la discriminazione indiretta, invece, la direttiva contempla una clausola d'eccezione più generale, ammettendo che il criterio o la prassi (solo) in apparenza neutri siano oggettivamente giustificati «da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (art. 2, co. 2, lett. *b*, pt. *i*). In tal modo, delinea un perimetro delle cause di giustificazione delle differenze di trattamento diverso, e di maggior ampiezza, rispetto a quello disegnato nelle ipotesi di discriminazioni dirette. La regola d'abbigliamento in apparenza neutra, cioè, potrà essere giustificata da una finalità che sia oggettivamente legittima (come nel caso di motivi di sicurezza, di igiene, di immagine aziendale), purché ne sia valutata la necessità e l'adeguatezza.

La diversità ora illustrata sfuma, però, nell'ordinamento interno. Benché il d. lgs. n. 213/2003, che ha recepito la direttiva europea, sostanzialmente ne mutua i contenuti, esso fa però salva la previsione dell'art. 43, co. 2, lett. *e*, del d.lgs. n. 286/98 (T.U. sull'Immigrazione), secondo cui «costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti […] ad una determinata confessione religiosa [che] riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa»[645]. Quindi, proprio nella regolamentazione delle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi, la legge stringe il perimetro delle cause di giustificazione del trattamento pregiudizievole, chiedendo che esso sia giustificato non solo da una finalità

---

643 Su cui v., ampiamente, M.P. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, cit., 43; CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 77.

644 Così CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, *Riv. giur. lav.*, 2006, 559, cui si rinvia per l'esame dettagliato di tutte le diverse ipotesi di esenzione.

645 Tale più stringente grado di tutela non può ritenersi ridotto con il recepimento della direttiva europea, in conformità al principio di non regresso sancito dall'art. 8 e dal 28° Considerando della Direttiva stessa: in tal senso anche CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, *cit.*, 593 e ss.; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Cedam, 2010.

oggettivamente legittima, ma anche (e soprattutto) in relazione a un requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

È vero che nella ipotesi di criteri direttamente "sfavorevoli" la formulazione della norma è diversa, chiedendosi che la caratteristica su cui si fonda la differenza di trattamento sia "essenziale" e "determinante" per lo svolgimento dell'attività lavorativa e che tali requisiti siano parametrati in rapporto sia alla natura dell'attività che allo specifico contesto di svolgimento; tuttavia, può ritenersi che non vi siano rilevanti differenze pratiche. Sembra, infatti, che i due aggettivi siano utilizzati congiuntamente in senso rafforzativo, per enfatizzare l'essenzialità del requisito, risultando difficile immaginare una concreta differenza tra una caratteristica "determinante ed essenziale" ed una "essenziale" ma non determinate. Allo stesso modo, sembra che il riferimento allo svolgimento dell'attività lavorativa non può che concretizzarsi in relazione al contenuto dell'attività (e quindi alla sua natura) e alle caratteristiche dell'organizzazione aziendale e ai suoi scopi (cioè il contesto in cui viene prestata)[646]. Pertanto, considerando l'espressione «essenziale e determinante» una endiadi, credo che dal combinato disposto del d. lgs. 213/2003 e della disposizione del T.U. emerga una indagine sulle possibili giustificazioni del trattamento indirettamente pregiudizievole che non si discosta molto da quella volta ad escludere la sussistenza di una discriminazione diretta. Anche nell'accertamento di una discriminazione indiretta, cioè, il giudizio deve essere volto a stabilire se eventuali regole di abbigliamento, apparentemente neutre, sono giustificate da una finalità legittima, se la regola sia appropriata e necessaria al conseguimento di tale finalità e se essa sia essenziale ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa oggetto del contratto.

Insomma, proprio con riferimento alle differenze connesse all'uso da parte del lavoratore di un abbigliamento a connotazione religiosa, il giudizio di qualificazione del trattamento stesso è fortemente sdrammatizzato: esso, infatti, dovrà essere sempre valutato con le lenti della "essenzialità", non solo nelle ipotesi in cui esso sia riconducibile a una discriminazione diretta, ma pure se si ritenga configurabile una discriminazione indiretta.

4. La Corte di Giustizia si pronuncia sul "velo": i casi Bougnaoui e Achbita.

Il problema qualificatorio si propone, invece, con riferimento alla direttiva europea, in considerazione della sensibile differenza nell'ampiezza delle cause scriminanti della discriminazione a seconda della natura direttamente o indirettamente pregiudizievole del trattamento. Si è detto, infatti, che esse sono imposte in maniera ben più stringente nell'ipotesi di discriminazione diretta, così che minore è il margine di discrezionalità del giudice nella valutazione delle circostanze che possono escludere la sussistenza della discriminazione.

Il dubbio, invero, non si pone tanto per quelle condotte datoriali motivate dall'uso da parte del lavoratore (o aspirante tale) di un particolare indumento espressione della sua fede religiosa. Se l'abbigliamento è manifestazione del proprio credo, una simile condotta produce certamente un effetto «meno favorevole» in ragione dell'appartenenza religiosa ai sensi della lettera *a)* del co. 2, art, 2, della direttiva n. 2000/78/Ce, ed è dunque una discriminazione diretta. Licenziare una lavoratrice perché porta il velo o non assumere un lavoratore sikh perché ha il turbante è un

---

646 Al contrario, proprio nel commentare la sentenza dei giudici milanesi, ritiene diverso il perimetro delle cause di giustificazione M. PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno patrimoniale*, cit.

comportamento direttamente basato sul fattore vietato (cioè la religione), perché l'oggetto colpito (il velo, il turbante, la catenina col crocefisso, ecc.) non è un requisito neutro, ma il simbolo e l'espressione della fede religiosa. Più controversa, invece, potrebbe essere l'ipotesi di eventuali regole di abbigliamento indifferenziate per tutti i dipendenti, che, in nome di una neutralità religiosa, vietino l'ostentazione dei simboli legati alle diverse fedi. Un simile regolamento dà direttamente luogo a un trattamento «meno favorevole» per gli appartenenti a quelle religioni che impongono simboli visibili di fede (il velo delle donne islamiche è l'esempio più immediato) o è «apparentemente neutro» e quindi la posizione di svantaggio per tali soggetti si produce solo indirettamente? In altri termini, semplificando, va valutato in relazione alla finalità perseguita dall'azienda o rispetto all'essenzialità del requisito per la natura dell'attività lavorativa e per il contesto in cui essa viene espletata?

La Corte di Giustizia è intervenuta per la prima volta su tali questioni il 14 marzo 2017, decidendo sulle cause *Bougnaoui* (C-188-15) e *Achbita* (C-157/15), entrambe relative all'applicazione delle norme antidiscriminatorie all'uso del velo islamico da parte di due lavoratrici nell'ambito di un rapporto di lavoro di diritto privato[647].

La prima verte sul licenziamento di una ingegnera progettista in una società francese per aver rifiutato di "togliere il velo" a contatto con i clienti dell'azienda, a seguito di una richiesta esplicita da parte della direzione aziendale scaturita dalla segnalazione di un cliente infastidito dall'uso dell'indumento religioso. L'avv. generale SHARPSTON nelle sue conclusioni qualifica il comportamento datoriale come discriminazione diretta basata sulla religione, ritenendo che la manifestazione religiosa sia inclusa nel divieto di discriminazione in base alla religione di cui alla dir. 00/78/Ce e che la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente, che non voglia esser assistito da una dipendente che indossa il velo islamico, «non costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa».

Di questa domanda sono investiti i giudici di Lussemburgo, che sottolineano come la direttiva europea rinvii a «un requisito oggettivamente dettato dalla natura o dal contesto in cui l'attività lavorativa in questione viene espletata», e che dunque essa non può includere «considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di lavoro di tener conto dei desideri particolari del cliente». Di conseguenza, la Corte di Giustizia ritiene che il desiderio del cliente non possa essere requisito essenziale e determinante, tale da escludere la sussistenza di una discriminazione.

Nell'altro caso deciso dalla Corte di Giustizia la questione fondamentale riguarda, invece, proprio la qualificazione del trattamento sfavorevole che discende da un regolamento aziendale applicato a tutti i dipendenti.

In particolare, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a decidere sul licenziamento della signora Achbita, receptionist di una società Belga che fornisce servizi di sorveglianza e sicurezza,

---

647 Sui casi all'esame dei giudici di Lussemburgo v. R. COSIO, *L'uso del velo islamico nei posti di lavoro. Il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà di impresa*, in *www.europeanrights.eu*; A. LICASTRO, *Quando è l'abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze dell'impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2015, n. 27. Sulle conclusioni degli avvocati generali si sofferma anche il commento di M. PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno patrimoniale*, cit.

causato dalla sua decisione di portare il velo nonostante il regolamento di lavoro della società, approvato dal Comitato aziendale, vietasse esplicitamente ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro «segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi rituale che ne derivi». Per l'avv. generale KOKOTT l'atto datoriale non può essere qualificato come discriminazione diretta, mancando a monte il presupposto per equiparare il trattamento connesso all'uso del simbolo religioso a una differenza fondata sulla religione, ossia la possibilità di individuare due gruppi, trattati diversamente e «distinguibili sulla base di un criterio intrinsecamente legato a una religione o anche, in generale, *alla* religione»[648]. Il divieto aziendale, espressione di una politica di neutralità, si applicava, infatti, in maniera indifferenziata a tutte le religioni e a tutte le diverse forme di convinzione personale, fossero esse di stampo politico, filosofico, ideologico o (appunto) religioso. Pertanto non vi è, a parere dell'avv. generale, alcuna disparità di trattamento discriminatoria, salvo che non si provi che il divieto, apparentemente neutro, nasconda «stereotipi e pregiudizi nei confronti di una o più religioni determinate oppure nei confronti delle convinzioni religiose in generale» (Conclusioni, pt. 1).

I giudici di Lussemburgo accolgono la ricostruzione dell'avv. generale e, sottolineando come la norma aziendale tratti «in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa», escludono che la disparità sia direttamente fondata sulla religione. Ricostruendo la fattispecie in termini di discriminazione indiretta, essa può essere giustificata da una finalità legittima, quale quella di attuare «una politica aziendale di neutralità politica, filosofica o religiosa». E secondo la Corte la volontà del datore di dare ai clienti una immagine di neutralità rientra nella libertà di impresa e ha carattere legittimo, in particolare se nel perseguimento di tale obiettivo sono coinvolti quei dipendenti che entrano in contatto con la clientela.

Così la Corte sembra dirci che è sufficiente che le imprese si muniscano di un regolamento che vieti segni visibili delle convinzioni religiose, in nome di un desiderio di neutralità dell'azienda, per sacrificare un diritto fondamentale della persona. Peraltro ritenendo non direttamente discriminatoria una norma aziendale che proibisca simboli evidenti della fede sul mero presupposto che essendo indifferenziata, cioè diretta a tutti, sia anche neutra. Proprio tale assunto, invece, non sembra affatto scontato.

È chiaro, infatti, che il divieto di indossare tali simboli, benché "vestito" di astrattezza e genericità, non è diretto a tutte le religioni, ma solo a quelle che impongono l'uso di simboli "visibili", come appunto il velo, i quali – si è detto – non sono elementi estranei alla fede, ma manifestazione della libertà religiosa. Il fatto di porre sullo stesso piano, di equiparare, le diverse religioni non implica la neutralità della norma, perché non tiene conto delle differenti prescrizioni delle religioni stesse. Essa, cioè, finisce per trattare in maniera identica situazioni diverse, sacrificando l'eguaglianza effettiva a vantaggio di una solo apparente[649]. Chi rivendica di indossare il velo sul luogo di lavoro chiede il riconoscimento (e la tutela) di una differenza, e un regolamento "uniforme", ignorando

---

[648] Così, parafrasando le parole dell'avv. generale, M. PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno patrimoniale*, cit.

[649] Non si sta affermando l'esistenza di un diritto soggettivo all'eguaglianza, su cui pure v. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc giur. Treccani*, XXXII, 1994, 1 ss. (per il quale l'eguaglianza «integra un diritto soggettivo da ricondursi ai diritti inviolabili dell'uomo e, dunque, efficace *erga omnes*»), ma solo la sua efficacia nei rapporti interprivati. Sul punto si rinvia, anche per una sintesi del dibattito sul tema, a D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. BARBERA, cit., 289 ss.

quella differenza, produce effetti discriminatori proprio nella misura in cui non considera l'esistenza di una diversità collegata a un fattore di rischio specifico, che diventa elemento di penalizzazione. Il non potersi spogliare del simbolo religioso, cioè, determina un conflitto con la regola aziendale indifferenziata, in conseguenza al quale il credente sarà trattato «meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra» (lettera *a)* del co. 2, art, 2, della direttiva n. 2000/78/Ce) la cui religione non impone di indossare il velo.

Ciò non significa, naturalmente, che il datore di lavoro non possa dotarsi di norme prescrittive di abbigliamento uguali per tutti. Ma esse devono avere contenuto positivo, e non meramente negativo. È diverso, cioè, il caso di un regolamento aziendale diretto ad imporre una divisa o uno specifico tipo di abbigliamento da quello del divieto dell'indumento religioso, perché quel divieto discrimina (direttamente) chi quell'indumento "deve" indossarlo in ragione di una fede che lo impone. E peraltro, mortificando il bisogno legato al riconoscimento del fattore di differenziazione, costringe a sacrificare un diritto: o il lavoro o la manifestazione della propria religione.

Se la fattispecie fosse stata ricostruita in termini di discriminazione diretta, i giudici di Lussemburgo avrebbero dovuto interrogarsi non sulla finalità legittima del regolamento, ma sulla circostanza che il velo fosse requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa. E il riferimento alla volontà di una politica di neutralità religiosa, che peraltro ben potrebbe essere perseguita ammettendo (e non inibendo) tutti i simboli religiosi, sarebbe (forse) stato insufficiente ad escludere la discriminazione. D'altronde nel caso *Bougnaoui* la Corte ritiene che la volontà di tener conto del desiderio di un cliente non "giustifica" la condotta datoriale e, dunque, non evita che sia ricondotta nell'area delle discriminazioni vietate.

Peraltro, leggendo congiuntamente le due sentenze, non possono sfuggire gli esiti a cui la decisione *Achiba* potrebbe dare corso. Paradossali, come è stato sottolineato[650]: perché nel caso *Bougnaoui*, ad esempio, sarebbe stato sufficiente che il datore di lavoro, una volta sollecitato dal cliente, avesse emanato un regolamento con cui vietava a chiunque di esibire simboli religiosi durante la prestazione di lavoro, per evitare che il recesso fosse qualificato in termini di discriminazione diretta. Insomma, probabilmente, nell'interpretazione della Corte manca anche qualsiasi valutazione delle conseguenze – e dunque pure delle pratiche elusive – che verosimilmente la decisione produrrà nell'ambiente sociale.

5. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo e i (non espliciti) confini del test di proporzionalità.

Un diverso approccio alla tematica dell'uso di un abbigliamento identitario religioso e/o culturale sui luoghi di lavoro è prospettato dalla Corte di Strasburgo, che più volte si è pronunciata in

---

650 V. PINTO, *Migrazioni economiche e rapporti di lavoro. Alcuni spunti di riflessione*, in *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, a cura di S. D'ACUNTO - A. DE SIANO - V. NUZZO, ESI, 2017.

materia in relazione sia alla libertà di pensiero, coscienza e religione sancita dall'art. 9[651] della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU), sia al divieto di discriminazioni di cui all'art. 14[652].

Nel caso *Eweida and Other v. the United Kingdom*[653], la Corte tratteggia delle prime linee guida nel difficile bilanciamento tra opposti interessi.

Dei quattro casi similari che confluiscono nella richiamata pronuncia, due appaiono particolarmente rilevanti.

Il primo, che ha avuto eco anche nella cronaca giornalistica, riguarda il licenziamento di una addetta al check-in della *British Airways* che indossava, visibile sull'uniforme, una catenina con il crocefisso. La Corte ha giudicato sproporzionato il comportamento datoriale, rilevando come la compagnia aerea consentiva al personale sick di indossare il turbante e alle donne di fede islamica di portare il velo. Invero, in base al protocollo aziendale sul codice di vestiario nessun simbolo religioso era ammesso, e tale prescrizione era finalizzata a mostrare all'esterno l'impostazione laica della compagnia, per non urtare la sensibilità di nessun cliente, a prescindere dall'orientamento spirituale o ateo di questi. Ma il medesimo protocollo prevedeva la possibilità di derogare alla norma citata qualora il lavoratore fosse tenuto a indossare determinati oggetti in virtù di specifici obblighi di natura religiosa: in ragione di ciò in precedenza erano state ammesse deroghe per i turbanti e i braccialetti d'argento dei sikh, così come per l'*hijab* delle donne musulmane. La compagnia aerea ha invece deciso di non concedere alcun permesso alla signora Eweida poiché la fede cristiana non impone di indossare la croce[654].

Nel secondo caso, invece, la Corte ha concluso per la legittimità e proporzionalità del licenziamento della signora Chaplin, infermiera di un ospedale inglese impiegata presso il reparto geriatrico, ritenendo che il divieto opposto dal management ospedaliero di indossare la catenina con il crocifisso non costituisse una violazione del diritto alla libertà religiosa dell'infermiera o una discriminazione indiretta fondata sul credo religioso. Alla signora era stato vietato di indossare la collanina con la croce che portava da anni e che era diventata visibile in conseguenza di un

---

651 Numerosi sono i casi che riguardano, in particolare, proprio l'utilizzo del velo islamico, soprattutto relative alla legge francese. Si v., per tutte, per il clamore suscitato, Corte EDU, 1 luglio 2014, n. 43835/11, *S.A.S. c. Francia*, in cui i giudici di Strasburgo si sono pronunciati sulla legge francese dell'11 ottobre 2010 (L. n. 2010-1192, già cit. in nt. 6) che proibisce il velo integrale negli spazi pubblici, escludendo una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, specificatamente, del diritto al rispetto della vita privata, del diritto alla manifestazione del proprio credo religioso e del diritto a non subire discriminazioni.

652 Sul tema la letteratura è ampia. V., fra i tanti, J. PASQUALI CERIOLI, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 2011; S. TARANTO, *Il simbolismo religioso sul luogo di lavoro nella più recente giurisprudenza europea*, *ivi*, 2014, n. 1; R. MAZZOLA, *Diritto e religione in Europa: rapporto sulla Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Il mulino, 2012. Con specifico riferimento al licenziamento per motivi religiosi v. A. BETTINI, *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I quaderni europei*, *www.cde.unict.it*, 2011, n. 30; V.A. DE GAETANO, *Riflessioni sulla libertà di religione e di coscienza: l'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2014, n. 61.

653 Corte EDU 15 gennaio 2013, cause riunite nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10. Per un commento e un esame approfondito dei casi v. E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a Margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *www.forumcostituzionale.it*.

654 Il caso della hostess ha destato lo scalpore dei media e della comunità cattolica inglese, tanto che la *British Airways* è stata indotta a modificare le proprie politiche in tema di uniformi del personale, consentendo a tutti gli impiegati di indossare simboli religiosi.

cambiamento della divisa, che è passata dal prevedere una maglietta a girocollo a una con scollo "a V". Il divieto dell'ospedale era dovuto a esigenze di salute, visto che ogni tipo di gioiello o accessorio, parimenti vietato, avrebbe potuto causare un danno ai pazienti sia arrecando loro lesioni, che infettandoli venendo in contatto con tessuti danneggiati. Peraltro era stato chiesto alla lavoratrice di indossare il simbolo religioso in maniera meno evidente (per es. nel badge o sotto un lupetto a collo alto), così che davanti al rifiuto della signora Chaplin è apparsa proporzionata la reazione datoriale.

Anche le altre due questioni sottoposte all'esame della Corte e riunite a quelle descritte – che non riguardano l'uso di abbigliamento religioso, ma il rifiuto di svolgere le proprie mansioni per motivi riconducibili alla fede religiosa[655] – confermano come per i giudici di Strasburgo il giudizio sulla necessità e proporzionalità sia condotto caso per caso, sulla base dell'esame di tutte le circostanze concrete (ad. es. le dimensioni del segno religioso, il tipo di attività, il contesto in cui si svolge la prestazione, l'atteggiamento datoriale nei confronti di altri casi, ecc.).

Indubbiamente la Corte EDU, come la Corte di Giustizia, è giudice del caso concreto e, quindi, non deve meravigliare il pragmatismo con cui le diverse situazioni sono affrontate. Essa opera con una metodologia vicina a quella degli ordinamenti di *common law*, e dunque certamente è una giurisprudenza casistica. Tuttavia, lascia comunque perplessi l'indeterminatezza del concetto di proporzionalità richiamato dalla Corte, fondato esclusivamente su aspetti peculiari della questione decisa e su elementi di volta in volta valorizzati, che non consente neppure di porsi come punto di riferimento per decisioni future. Test di proporzionalità che è fondamentale, perché rappresenta la fase in cui si condensa l'operazione di bilanciamento tra la libertà dell'imprenditore di organizzare la sua attività economica e la libertà del lavoratore di manifestare le proprie convinzioni religiose.

6. Qualche riflessione conclusiva.

Si è detto che i flussi migratori in costante aumento verso il nostro Paese pongono e porranno sempre più il problema di integrazione tra culture a volte distanti e che una società multiculturale (o che si avvia a diventare tale) dovrà inevitabilmente affrontare, tra le tante, anche le questioni legate alla tutela delle diversità religiose, ivi comprese quelle relative all'uso di un abbigliamento "simbolo" della fede di appartenenza.

Nel rapporto di lavoro tale tutela identitaria deve essere bilanciata con la libertà di iniziativa economica privata, e questo bilanciamento non può che essere affidato al giudice, chiamato a interpretare la normativa antidiscriminatoria e a raccogliere la sfida delle differenze[656].

Certamente, come ogni giudizio di bilanciamento, esso non è immune dalla contaminazione di elementi discrezionali. Anzi. Quello del sentimento religioso e della vincolatività delle regole della fede è un campo fortemente condizionato da precomprensioni, esposto alla soggettività e alla

---

655 La terza controversia riguarda il licenziamento di una pubblica impiegata, addetta ai registri di stato civile, per il suo rifiuto di annotarvi le unioni tra persone dello stesso sesso. La quarta il licenziamento di un terapeuta di coppia di religione cristiana per essersi rifiutato di prestare assistenza a coppie dello stesso sesso. In entrambi i casi i giudici ritengono proporzionato il licenziamento, ritenendo legittimo riconoscere ai cittadini omosessuali il diritto alla non discriminazione e, conseguentemente, necessaria la limitazione della libertà religiosa. Su tali casi v., ampiamente, E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo*, cit.

656 Parla efficacemente di "sfida" delle differenze con riferimento alle società multiculturali M. RUSCIANO, *Il valore della diversità (culturale e di genere) nel diritto del lavoro*, cit, 145.

sensibilità del singolo interprete. Così che l'alternativa tra accettazione e rifiuto dell'identità religiosa (non priva del sacrificio di un diritto fondamentale della persona) dipende da valutazioni permeabili proprio al modo di percepire la religione stessa. E, in particolare, al modo di intendere la "obbligatorieta" dei suoi precetti.

In materia di abbigliamento simbolico ciò è immediatamente percepibile.

È sufficiente guardare alle conclusioni dei due avvocati generali nelle cause *Achbita* e *Bougnaoui* per cogliere le possibili differenze nella considerazione della religione. Mentre l'avv. generale KOKOTT ritiene che la finalità aziendale di perseguire una politica di neutralità attuata attraverso un divieto di indossare segni religiosi è legittimamente perseguibile, in quanto tale divieto non costituisce un pregiudizio eccessivo per i lavoratori, perché non comprime «una caratteristica immutabile, quanto piuttosto un aspetto dello stile di vita privato» (Conclusioni *Achbita*, 116), l'avv. generale SHARPSTON sostiene, al contrario, che «sarebbe del tutto errato presumere che, mentre il sesso o il colore della pelle accompagnano sempre una persona, ciò non valga per la religione» (Conclusioni *Bougnaoui*, 118).

E questa è una delle questioni fondamentali.

Anche la (aspirante) lavoratrice milanese rifiuta di spogliarsi del velo dichiarando di portarlo per una scelta religiosa. Ed è possibile mettere in discussione questa scelta ritenendo che ella avrebbe potuto in realtà svestirsene solo per la breve durata della fiera, non essendo, per riprendere le parole dell'avv. gen. KOKOTT, una «caratteristica immutabile» della persona?

Non credo spetti al giudice una tale valutazione. E peraltro anche quella, in generale, sulla "oggettiva" obbligatorietà dei simboli rischia di condurre l'interprete su un terreno troppo scivoloso. Basti pensare alle diverse letture del Corano sulla vincolatività dell'utilizzo del velo per le donne[657].

Non si può, cioè, affidare al giudice (e al giurista) né il compito di verificare la percezione (soggettiva) del precetto religioso, né, tanto meno, quello di "interpretare" la religione stessa per stabilire l'esistenza o meno dell'imposizione del simbolo e la sua derogabilità. Quel che può (e forse deve) rilevare ai fini dell'interpretazione del dato normativo è, piuttosto, il "fatto" dell'esistenza di un comportamento o di un simbolo comune per quanti aderiscono a una determinata religione, che è considerato vincolante proprio nella misura in cui è espressione dell'appartenenza a quella fede e che si sostanzia in una prassi diffusa e identitaria. Una prassi che, se è lecita, non può essere ignorata e diventa rilevante nell'ordinamento statale quale espressione della libertà religiosa garantita da quest'ultimo. E perché la tutela di tale libertà sia effettiva, essa deve sostanziarsi anche nel riconoscimento delle differenze che caratterizzano il fedele e lo rendono parte di un gruppo, non potendosi dissolvere nella richiesta di adeguamento di usi e costumi in una prospettiva assimilazionista.

---

657 Essendo il testo sacro abbastanza vago sul punto, limitandosi a imporre alle donne (e agli uomini) un abbigliamento pudico e un generico velo, nel mondo islamico si sono sviluppate tradizioni molto diverse. Si pensi all'Iran, dove il velo è imposto con sanzioni durissime (l'art. 102 del codice penale iraniano condanna la donna che appare in luogo pubblico senza velo alla pena di 74 colpi di frusta) o all'Egitto, dove invece è considerato una pratica non obbligatoria. D'altronde le differenti regolamentazioni statali che si richiamano al Corano rispecchiano le altrettanto differenti letture, moderniste o integraliste, dei tanti e contraddittori versetti che esso dedica alla donna mussulmana. Sul punto v. N. FIORITA, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso del velo islamico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Giugno 2008.

Questa è la critica principale che può essere mossa alla sentenza *Achbita* della Corte di Giustizia. I giudici europei considerano "neutro" il regolamento che vieta di indossare segni visibili della religione, finendo così per inibire il diritto a manifestare una "diversa" fede, quella caratterizzata appunto da simboli "visibili", come il velo. Certo il regolamento non si dirige in maniera specifica contro di esso. Ma attraverso una disposizione indifferenziata genera una norma che non è affatto neutra, perché mortifica la richiesta del rispetto di una caratteristica correlata a una determinata appartenenza religiosa.

La tutela della libertà di manifestare la propria fede anche attraverso l'uso di simboli identitari è fondamentale nella strada verso l'integrazione, una integrazione che non può che partire dal riconoscimento (e dalla valorizzazione) delle differenze legate all'appartenenza religiosa. E questa è la sfida del futuro, quella che una società multiculturale deve necessariamente raccogliere e che oggi i giudici di Lussemburgo hanno perso. Miopi sulle diversità dei precetti religiosi e delle consolidate prassi sociali cui tali precetti danno luogo, non raccolgono la sfida delle differenze e riaffermano ancora una volta la prevalenza di un valore economico, quello della libertà di impresa, sui diritti della persona. Un valore economico omologante, anche a scapito dell'uguaglianza effettiva dei cittadini dell'Unione.

Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*

Michele De Luca

1. Precariato pubblico: tra *condizionalità* eurounitaria e divieti nazionali di *conversione* (impostazione del tema di indagine). 193

2. Segue: *discrezionalità* degli stati membri nello stabilire divieti di *conversione.* 194

3. Segue: condizionalità eurounitaria. 196

4. Segue: tra misure alternative alla conversione, nel nostro diritto vivente, e condizionalità eurounitaria. 200

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 134/2017

1. Precariato pubblico: tra *condizionalità* eurounitaria e divieti nazionali di *conversione* (impostazione del tema di indagine).

In principio è la *condizionalità* – stabilita dal diritto dell'Unione europea – per il *divieto di conversione* – in unico contratto di lavoro a tempo indeterminato – che sia previsto, da ordinamenti interni degli stati membri, per il *caso* di successione *abusiva* di contratti a termine.

Il *divieto* è subordinato, infatti, alla *condizione* che, negli ordinamenti interni, siano contestualmente previste misure alternative – alla *conversione*, appunto – dotate dei requisiti indefettibili stabiliti dal diritto dell'Unione: *equivalenza* – rispetto al trattamento garantito, per casi analoghi, dallo stesso ordinamento interno – si coniuga, in tale prospettiva, con *effettività*, *proporzionalità* ed *efficacia dissuasiva*.

La *discrezionalità* degli stati membri – nello stabilire *divieti di conversione* –non può, quindi, prescindere dalla *condizionalità* imposta dal diritto dell'Unione.

1.1. Nel rispetto della *condizionalità* – in relazione, appunto, alla previsione di misure alternative dotate dei requisiti indefettibili prescritti dal diritto dell'Unione – i divieti di *conversione* restano, tuttavia, affidati alla *discrezionalità* degli stati membri ed assoggettati – del pari, in via esclusiva – a limiti e regole stabiliti dai loro ordinamenti interni.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, il principio costituzionale del *pubblico concorso* per l'accesso al posto di lavoro (articolo 97 cost.) – all'evidenza, incompatibile con la *conversione* – riguarda soltanto le pubbliche amministrazioni.

Si coniuga, tuttavia con previsioni analoghe di leggi ordinarie, anche regionali.

Resta da domandarsi se – e quali – limiti incontrino le stesse leggi in principi e disposizioni della costituzione, anche in materia di riparto della *potestà legislativa* tra stato e regioni.

1.2. Tutti i divieti nazionali di *conversione* – compresi quelli di fonte costituzionale – sono comunque subordinati alla *condizionalità eurounitaria.*

Le fonti nazionali – di *divieti della conversione* e di *misure* ad essa alternative – risultano, infatti, *cedevoli* rispetto alla *condizionalità eurounitaria.*

1.3. In altri termini, gli stati membri possono, bensì, stabilire *discrezionalmente* divieti di *conversione*, nel rispetto di principi e disposizioni dei propri ordinamenti interni.

La coerenza dei divieti stessi con il diritto dell'Unione è subordinata, tuttavia, alla *condizione* che siano contestualmente previste – dagli ordinamenti interni – misure alternative, alla *conversione* appunto, dotate dei requisiti indefettibili imposti dallo stesso diritto dell'Unione: la *equivalenza* – rispetto al trattamento garantito, per casi analoghi, dall'ordinamento interno – si coniuga, per quanto si è detto, con *effettività*, *proporzionalità* ed *efficacia dissuasiva.*

Pertanto il diritto dell'Unione europea osta ai divieti di *conversione,* che gli ordinamenti degli stati membri impongano – nell'esercizio della propria *discrezionalità* – senza prevedere

contestualmente, tuttavia, misure alternative, alla *conversione* appunto, dotate dei requisiti indefettibili imposti dallo stesso diritto dell'Unione.

2. Segue: *discrezionalità* degli stati membri nello stabilire divieti di *conversione*.

Invero – nel difetto di previsioni specifiche, sul punto, del diritto dell'Unione – spetta alle autorità nazionali l'adozione di misure sanzionatorie per la repressione, appunto, del ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato: lo ribadisce la *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia[658], in coerenza con la giurisprudenza consolidata della stessa Corte (richiamata contestualmente).

La *discrezionalità* degli stati membri, tuttavia, incontra i limiti che risultano dalla imposizione di requisiti indefettibili per le stesse misure sanzionatorie: la *effettività* si coniuga, in tale prospettiva, con la *proporzionalità,* la *equivalenza* – rispetto a misure *"che riguardano situazioni analoghe di natura interna"* – e la *efficacia dissuasiva.*[659]

2.1. Non risulta imposto, però, agli stati membri l'*obbligo generale* di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato.[660]

Di conseguenza, l'ordinamento dell'Unione europea non osta a che uno stato membro riservi sanzioni diverse – per il *ricorso abusivo* alla successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato – a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro, appartenente al settore privato, oppure con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.[661]

---

[658] Vedi Corte giust. Ue, III Sezione, sentenza 26 novembre 2014, in cause riunite C-22, 61, 62, 418/13 *Mascolo* ed altri contro *Miur*, nonché C-63/13 *Russo* contro *Comune di Napoli*, in Foro it., 2014, IV, 569; Mass. giur. lav., 2015, 138, n. VALLEBONA, ROMEO, URSO, SIMONCINI; Rass. avv. Stato, 2014, fasc. 4, 58, n. SCIASCIA; Lavoro giur., 2015, 135, n. NUNIN; Argomenti dir. lav., 2015, 167, n. SANTORO PASSARELLI; Giur. costit., 2014, 4779, n. CALVANO e 2015, 157 (m), n. GHERA; Riv. giur. lav., 2015, II, 193 (m), n. AIMO; Riv. it. dir. lav., 2015, II, 309, n. CALAFÀ, MENGHINI.
Sulla *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia, vedi, altresì, M. De Luca, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti*), in *Lav.pp.aa.*, 2014, 499 ss.; ID., *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in Lavoro nella giurisprudenza 2016, 1053, ed – in un testo più ampio – in www.europeanrigts.eu gennaio 2017, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.
Adde: G. BOLEGO, *Prevenzione e rimedi contro l'abuso del termine nel p.i.*, in Labor. 2017, 21.

[659] in tal senso – oltre la *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia – vedine le sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 94; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 51; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 36; del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 62, nonché ordinanza dell'11 dicembre 2014, León Medialdea, C-86/14, non pubblicata, EU:C:2014:2447, punto 44; 14 settembre 2016, Nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 36

[660] Vedi, in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 91; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 47; del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-308/07, EU:C:2009:250, punti 145 e 183; del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 65, nonché ordinanza dell'11 dicembre 2014, León Medialdea, C-86/14, non pubblicata, EU:C:2014:2447, punto 47; 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 39.

[661] Vedi, in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia e del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 48, nonché del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 33; 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 40.

2.2. Con riferimento al nostro ordinamento, quindi, la garanzia del principio costituzionale del pubblico concorso (art. 97, 3° comma, Cost.)[662] risulta idonea a giustificare — quando il rapporto di lavoro subordinato intercorra, appunto, con amministrazioni pubbliche — l'esclusione della conversione — in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato — della successione *abusiva* di più contratti di lavoro a tempo determinato.

Coerentemente, *"il principio fondamentale (….) dell'accesso mediante concorso pubblico"* (enunciato dall'art. 97, 3° comma, Cost.) – in materia d'instaurazione del rapporto d'impiego alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – giustifica, sul piano costituzionale, il divieto di *conversione*, in contratto a tempo indeterminato, nel caso di illegittima apposizione del termine – come della violazione di altre *disposizioni imperative* – in contratti di pubblico impiego (ai sensi dell'articolo 36, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165).[663]

Ne risulta che – in difetto del pubblico concorso – il lavoratore, vittima dell'abuso, ha diritto, in tal caso, soltanto al *risarcimento del danno.*

2.3. Resta da domandarsi, tuttavia, se sia vero il contrario.

Si tratta di stabilire, cioè, se a seguito di pubblico concorso – per l'instaurazione di rapporto di lavoro, a tempo determinato, alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – il lavoratore abbia diritto alla *conversione* – in contratto a tempo indeterminato – nello stesso caso di illegittima apposizione del termine – come della violazione di altre *disposizioni imperative* – nei contratti di pubblico impiego stipulati all'esito di procedura concorsuale.

La soluzione positiva della questione – anche all'esito di *interpretazione orientata* (costituzionalmente e/o eurounitariamente) – pare coerente, in tal caso, con l'instaurazione del rapporto di lavoro a termine – risultato *abusivo* – dopo la sottoposizione del lavoratore, vittima dell'*abuso,* all'unica procedura concorsuale esigibile.

In alternativa, resta la questione di legittimità costituzionale – sollevata dal Tribunale di Foggia, (anche) sotto il profilo ora prospettato[664] – che potrebbe condurre, oltre che al denegato rigetto, ad una pronuncia interpretativa, parimenti, di rigetto o di accoglimento – che sostanzialmente accolga, sia pure in forme diverse, la *interpretazione adeguatrice* auspicata – oppure ad una pronuncia di accoglimento.

---

[662] Sul punto, vedi, per tutte, Corte cost. 21 aprile 2005, n. 159 (in Foro it., 2005, I, 1981; Giur. it., 2005, 2249; Giur. costit., 2005, 1290) – ed, ivi, riferimenti ulteriori di giurisprudenza – che ha dichiarato in costituzionale la disposizione impugnata (art. 1, 1° e 2 comma, l.reg. Calabria 5 dicembre 203, n. 28), nella parte in cui prevede – in deroga al *principio del pubblico concorso,* appunto – la riserva, soltanto a personale interno, della partecipazione al concorso.

[663] Vedi Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89, in Foro it., 2003, I, 2258; Giust. amm., 2003, 542, n. OLIVERI; Mass. giur. lav., 2003, 443, n. BARBIERI; Lavoro nelle p. a., 2003, 355 (m), n. GRECO; Lavoro giur., 2003, 831, n. SCIORTINO; Giur. costit., 2003, 711.

[664] Vedi Trib. Foggia, ordinanza 26 ottobre 2016, in GU n. 11del 15 marzo 2017, sulla quale vedi, per tutti, F.M. Putaturo Donato, *Precariato pubblico, effettività della tutela antiabusiva e nuova questione di legittimità costituzionale,* in ADL, 2017, I, 65, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, spec. nota 1.

2.4. Resta da interrogarsi, poi, sulla potenzialità espansiva – al di fuori, cioè, dei rapporti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (ai quali è limitato il *principio costituzionale del pubblico concorso*, di cui all'articolo 93, 3° comma, cost.) – del divieto di conversione, che ne consegue, al caso di previsione dello stesso *principio* in leggi ordinarie, anche regionali.

Resta da stabilire, in particolare, se il divieto di conversione – in dipendenza del *principio del pubblico concorso* imposto per legge[665] – possa prescindere dalla *natura giuridica* del datore di lavoro.

In altri termini, si tratta di stabilire se possa riguardare soltanto enti pubblici non economici oppure anche enti pubblici economi e, addirittura, società partecipate, aventi natura privatistica.[666]

Allo stato, la giurisprudenza pare orientata per la soluzione più ampia: dopo un *obiter dictum* delle sezioni unite[667], la sezione lavoro della Corte di cassazione pare, infatti, orientata in tal senso.[668]

Non è questa la sede per affrontare *funditus* il problema.

Tuttavia è lo stesso principio del *pubblico concorso* – ancorché imposto da legge ordinaria, statale o regionale (nell'ambito, beninteso, delle competenze rispettive) – a risultare incompatibile con la *conversione*, in quanto elusiva dello stesso principio.

3. Segue: condizionalità eurounitaria.

Qualsiasi *divieto di conversione* – comunque imposto dall'ordinamento nazionale degli stati membri – risulta conforme all'ordinamento dell'Unione europea solo se la stessa normativa nazionale prevede – contestualmente – *"un'altra misura effettiva per evitare ed, eventualmente, sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi"*.[669]

3.1. Con riferimento al nostro ordinamento, quindi, la stessa garanzia costituzionale del principio del pubblico concorso (art. 97, 3° comma, Cost) risulta, bensì, idonea a giustificare — quando il rapporto di lavoro subordinato intercorra, appunto, con amministrazioni pubbliche — l'esclusione della conversione — in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato — della successione *abusiva* di più contratti di lavoro a tempo determinato.

---

[665] Nel rispetto, tra l'altro, del riparto di *competenze legislative* tra stato e regioni.

[666] Per l'impostazione del problema, vedi M. DE LUCA, Diritti di lavoratori *flessibili,* anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune *versus* declino delle garanzie, in LPA 2013 941, spec. § 3.4., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori

[667] Vedi Cass., sez. un. civ., n.4685 del 9 marzo 2015 (in Lavoro nella giurisprudenza, 2015, 588 ss., con nota di R. NUNIN, *Dopo "Mascolo" (ed in attesa della Consulta…): un obiter delle Sezioni Unite su nullità del termine e sanzioni nel pubblico impiego*), che – con riferimento ad *ente pubblico economico* sottoposto a tutela o vigilanza della Regione Sicilia – nega, bensì, la *conversione*, ma – come precisa con un *obiter dictum,* appunto – soltanto fino a quando (con l'entrata in vigore della sopravvenuta legge regionale Sicilia 5 novembre 2004, n. 15) *"la reintroduzione di una concorsualità qualificata o, comunque, semplificata per le assunzioni impedisce, di conseguenza, l'automatica trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato".*

[668] Vedi, da ultime, Cass., sez. lav., 1 marzo 2017, n. 5286 (come altre rese alla stessa udienza), che – con riferimento ad *ente pubblico economico* - nega la *conversione,* appunto, essenzialmente in base al rilievo che ne è prevista (dall'articolo 23 legge reg. Sardegna n. 16/1974) l'assunzione del personale *"esclusivamente mediante concorso pubblico".*

[669] Così, testualmente, Corte giustizia 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 41.

Nello stesso senso, tuttavia, vedine le sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 105; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 49; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 34, e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punti 161 e 184.

La stessa esclusione, tuttavia, è subordinata alla *condizione* che siano previste, dallo stesso ordinamento nazionale, misure effettive volte a prevenire ed a punire eventuali usi abusivi dei contratti a tempo determinato.

Pertanto è subordinata a tale *condizione* – sebbene sia fondata sul principio costituzionale del pubblico concorso – l'esclusione della conversione — in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato — della successione *abusiva* di più contratti di lavoro a tempo determinato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Né può essere trascurato che la prospettata *compatibilità condizionata* — tra garanzia del principio costituzionale del pubblico concorso, appunto, e ordinamento comunitario – risulta coerente con il *primato* dello stesso ordinamento rispetto alle fonti — anche costituzionali — degli ordinamenti nazionali degli Stati membri, fatta esclusione per i principî fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona.[670]

3.2. Coerente risulta, quindi, la conclusione della *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia.[671]

Ne risulta palese, infatti, il contrasto della nostra disposizione nazionale *di cui trattasi nei procedimenti principali*[672] – con l'ordinamento dell'Unione europea[673] – sia laddove prevede la

---

[670] Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze di regioni ed enti locali*, In Foro it. 2007, V, 149, spec. § 6 e *passim*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.
Sul *primato* del diritto della Unione europea e la conseguente *prevalenza* – rispetto al diritto degli stati membri – vedi:
- Dichiarazione 17 *relativa al primato* (allegata al trattato sul funzionamento dell'Unione europea):
"La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260)".
- Articolo 11 comma 1, della Costituzione italiana:
"L'Italia (…) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (…)".
Molto ampie risultano, poi, dottrina e giurisprudenza sul *primato*: Vedi, per tutti, A. RUGGERI*., Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, www.giurcost.org, 2016, fasc. 1; ID*., Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?.* In Quaderni costituzionali, 2015, 931; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio - I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*. www.rivistaaic.it, 2016, fasc. 2

[671] Nei termini testuali seguenti:
"La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali (articolo 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, cit., appunto), *che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato."*

[672] L'articolo 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, cit., appunto.

[673] E, segnatamente, con la *clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*.

successione di contratti di lavoro a tempo determinato – ritenuta *abusiva* dalla Corte di giustizia – sia laddove, coerentemente, non commina alcuna sanzione per la stessa successione di contratti.

Ora è, bensì, vero che la stessa *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia non ha comportato l'espunzione dal nostro ordinamento, né la *non applicazione* della normativa interna (articolo 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, cit.), contestualmente ritenuta confliggente con l'ordinamento dell'Unione europea.[674]

Coerenti con la stessa sentenza della Corte di giustizia, ne sembrano, tuttavia, i *seguiti* nel nostro ordinamento: la legge[675] si coniuga, in tale prospettiva, con la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.[676] [677]

3.3. Per quel che qui interessa, la *sentenza Mascolo* della Corte costituzionale[678] muove dalla declaratoria di illegittimità costituzionale (per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla clausola 5, comma 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato) della stessa disposizione (art. 4, commi 1 e 11, della legge n. 124 del 1999), che la Corte di giustizia aveva ritenuto in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

E perviene alla conclusione che *"il primato* del diritto comunitario *e la esclusività* della giurisdizione costituzionale nazionale, in un *sistema accentrato di controllo di costituzionalità,* impongono delicati equilibri, evidenziati anche nell'ordinanza del rinvio pregiudiziale, in cui questa Corte ha posto in evidenza i principi costituzionali che vengono in rilievo nella materia in esame, e cioè l'accesso mediante *pubblico concorso* agli impieghi pubblici (art. 97, quarto comma, Cost.), e il *diritto all'istruzione (art. 34 Cost.)".*

Il rilievo che *"la disciplina comunitaria in questione non si pone in contrasto con nessuno dei due principi"* e che *"la statuizione della Corte del Lussemburgo, al contrario, appare rispettosa delle competenze degli Stati membri, cui riconosce espressamente spazi di autonomia"* risulta preliminare, poi. alla delimitazione di *tali spazi,* che *"riguardano in particolare le ricadute sanzionatorie dell'illecito"*.

Ed, in tale prospettiva, prende atto che – occupandosi di *tali ricadute* – la Corte di giustizia ha ritenuto che *"la normativa comunitaria in materia non prevede misure specifiche, rimettendone*

---

[674] Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti),* cit., spec. § 4 e 5.

[675] Vedi legge 13 luglio 2015, n. 107, *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigent*i, cit.

[676] Vedi sentenza Mascolo della Corte costituzionale 20 luglio 2016, n.187, in Foro it., 2016, I, 2993, n. PERRINO; Mass. giur. lav., 2016, 615, n. FRANZA; Lavoro giur., 2016, 882, n. NUNIN.

[677] Per un esame analitico dei *seguiti* della sentenza Mascolo della Corte di giustizia nel nostro ordinamento, vedi M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit., spec. 1056 ss. e – nel testo più ampio – § 3

[678] Vedi *sentenza Mascolo* della Corte costituzionale 20 luglio 2016, n.187, cit.

l'individuazione alle autorità nazionali e limitandosi a definirne i caratteri essenziali (dissuasività, proporzionalità, effettività)".

In tale cornice, quindi, la Corte costituzionale colloca lo scrutinio sulle *ricadute sanzionatorie dell'illecito* e, segnatamente, sulla coerenza – eurounitaria e costituzionale – del sistema sanzionatorio previsto dal *seguito legislativo.*[679]

3.4. Intanto per lo scrutinio – sull'esercizio della *discrezionalità* riservata alle autorità nazionali, nella determinazione di un sistema sanzionatorio dotato dei prescritti *caratteri essenziali (equivalenza, appunto, effettività, proporzionalità* ed *efficacia dissuasiva)*[680] – *"s'impone una integrazione del dictum del giudice comunitario, che non può che competere a questa Corte".*[681]

Con specifico riferimento, poi, al sistema sanzionatorio – per i contratti a termine stipulati sulla base della disposizione (articolo 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, *cit.,* appunto), ora espunta dal nostro ordinamento, perché abrogata e, nel contempo, investita da declaratoria di incostituzionalità (in relazione all'articolo 117, primo comma, cost.) – la Corte costituzionale – dopo avere analizzato la disciplina a regime – concentra il proprio scrutinio (punti 14.4. e seguenti) sulle *disposizioni transitorie*.[682] [683]

3.5. Compete, tuttavia, ai *giudici comuni* la determinazione del *risarcimento,* che – in alternativa alla *conversione* vietata – è dovuto da amministrazioni pubbliche in dipendenza del ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La *discrezionalità* delle autorità nazionali (comprese, all'evidenza, quelle giudiziarie) – nella determinazione di tale *risarcimento* – incontra, però, i limiti che risultano, per quanto si è detto, dalla imposizione di *requisiti indefettibili* (anche) per lo stesso risarcimento: la *effettività* si coniuga, in tale prospettiva, con la *proporzionalità,* la *equivalenza* – rispetto a misure *"che riguardano situazioni analoghe di natura interna"* – e la *efficacia dissuasiva.*[684]

Né può essere trascurato che il risarcimento risulta alternativo rispetto alla *conversione* vietata – (anche) in ossequio al principio costituzionale del pubblico concorso (art. 97, 3° comma, Cost.) – solo se presenta i *requisiti indefettibili* che sono stati prospettati.

---

[679] La legge 13 luglio 2015, n. 107, cit. appunto.

[680] In tal senso – per quanto si è detto – è la *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia.

[681] Così, testualmente, Corte costituzionale 20 luglio 2016, n.187, cit.

[682] Della stessa legge 13 luglio 2015, n. 107, cit.

[683] Per un esame analitico dello scrutinio sulle *disposizioni transitorie,* vedi M. DE LUCA, *op. loc. ult. cit.*

[684] in tal senso – oltre la *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia – vedine le già citate sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 94; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 51; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 36; del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 62, nonché ordinanza dell'11 dicembre 2014, León Medialdea, C-86/14, non pubblicata, EU:C:2014:2447, punto 44; 14 settembre 2016, Nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 36

Tali requisiti non sembrano ricorrere, tuttavia, nel risarcimento, che – in alternativa alla *conversione* – risulta stabilito dal nostro *diritto vivente.*

4. Segue: tra misure alternative alla conversione, nel nostro diritto vivente, e condizionalità eurounitaria.

In materia di *risarcimento* – per illegittima apposizione del termine a contratti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – il nostro *diritto vivente*[685] e, segnatamente, le sezioni unite civili della Corte di cassazione[686] – risolvendo *questione di massima di particolare importanza* – hanno enunciato i principi di diritto seguenti:

- *"il danno risarcibile di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, non deriva dalla mancata conversione del rapporto, legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli europei, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della P.A., ed è configurabile come perdita di "chance" di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'art. 1223 c.c."*

"la misura risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso – siccome incongruo – il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario", determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato

---

685 Sul diritto vivente — nella accezione accolta dalla Corte costituzionale —v., per tutti, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 371 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, 1988, 285 ss.; ID., *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, *G. Cost*, 1986, I, 1148; nonché i contributi di R. LENZI, G. NAVONE e G. PERLINGIERI, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza - Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, a cura di S. PAGLIANTINI, Giappichelli, 2011; V. CARBONE, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, *CG*, 2011, 183; A.S. BRUNO - M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente - La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, , Giuffrè, 2011, *passim*; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, *SD*, 2008, fasc. 3, 37; V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, *DLRI*, 2008, 613; S. CHIARLONI *et al.*, *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente*, *GI*, 2009, I, 1599; S. EVANGELISTA - G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, *FI*, 2005, V, 82; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente*, nota a C. cost. 23 aprile 1998, n. 138, *G. Cost*, 2008, 1082; ID., *La Corte costituzionale e il diritto vivente*, *ivi*, 1984, I, 304; M.R. MORELLI, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *ivi*, 1995, I, 149; M- DE LUCA, *Uguaglianza e lavoro: quanto (poco resta nel nostro diritto vivente,* RIDL, 2016, I, 235, *passim,* spec. nota1.
In giurisprudenza, vedi, da ultimo, Corte cost. n. 53 del 2017.

686Vedi Cass., sez. un, civ., 15 marzo 2016, n. 5072 (in Foro it., 2016, I, 2994, n. PERRINO; Giur. it., 2016, 1169, n. TOSI; Nuova giur. civ., 2016, 1305, n. D'ASCOLA; Riv. it. dir. lav., 2016, II, 597, n. ALLOCCA; Mass. giur. lav., 2016, 589, n. VALLEBONA, PUTATURO DONATI; Riv. giur. lav., 2016, II, 337 (m), n. COPPOLA), che riguarda la controversia tra l'Azienda Ospedaliera Universitaria San Martino Di Genova *e* Sardino e Marrosu (sulla quale era già intervenuta la Corte di giustizia, a seguito di rinvio pregiudiziale).
Conforme alla sentenza delle sezioni unite, risulta la sentenza 3 agosto 2016, n. 16226 ed altre della *sezione filtro* (6° sezione), che suppongono il *consolidamento* dell'orientamento giurisprudenziale, che ne risulta espresso.
Parimenti conformi, alla sentenza delle sezioni unite, sono – sul medesimo punto del *risarcimento* – le recentissime sentenze della sezione lavoro della Corte di cassazione numero 22552/22558 del 7 novembre 2016, 23534 del 18 novembre 2016 e numerose altre, in corso di pubblicazione, parimenti discusse nell'udienza del 18 ottobre precedente (vedi comunicato-stampa della Corte in data 7 novembre 2016).
Da ultima, vedi Cass., sez. lav., 12 aprile 2017, n. 9402.

rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito".

4.1. Articolata ne risulta, poi, la *ratio decidendi*.[687]

Resta da domandarsi, tuttavia, se la decisione delle sezioni unite risulti coerente con la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia.

Sembra discostarsene, infatti, laddove ritiene che *"il danno risarcibile di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, non deriva dalla mancata conversione del rapporto, legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli europei, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della P.A., ed è configurabile come perdita di "chance" di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'art. 1223 c.c."*

Sembra discostarsene, altresì, laddove prende atto che la *"difficoltà a provare il danno subito – consiste(nte), essenzialmente, nella perdita di chance di un'occupazione migliore – (…) ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria".*

Ed – in funzione della *"agevolazione della prova (….) in via di interpretazione sistematica orientata dalla necessità di conformità alla clausola 5 dell' accordo quadro"* – le sezioni unite pervengono alla conclusione che *"la fattispecie omogenea, sistematicamente coerente e strettamente contigua,"* è l'indennità forfettaria (di cui all'articolo 32, comma 5, della legge 183 del 2010), che, per l'impiego pubblico, non si accompagna alla conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato – in quanto il divieto di conversione *"è conseguenza di una norma legittima, che anzi rispecchia un'esigenza costituzionale, e che non consente di predicare un (inesistente) danno da mancata conversione"* – e perciò, assume la *"diversa valenza (…), in chiave agevolativa, di maggior tutela nel senso che, in quella misura, risulta assolto l'onere della prova del danno che grava sul lavoratore".*

4.2. Infatti pare, dalle sezioni unite, trascurata – quantomeno – la verifica circa la *effettività* e la *equivalenza* – rispetto a misure *"che riguardano situazioni analoghe di natura interna"* – del sistema sanzionatorio, che ne risulta stabilito, per illegittima apposizione del termine a contratti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Sembrano esulare, tuttavia, anche gli altri *requisiti indefettibili*, che la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, parimenti, impone quale limite – alla *discrezionalità* alle autorità nazionali (compresa, all'evidenza, quella giudiziaria) – nella determinazione dello stesso sistema sanzionatorio: la *proporzionalità* si coniuga, in tale prospettiva, con la *efficacia dissuasiva.*

---

[687] La *ratio decidendi,* infatti, si articola nei passaggi essenziali analiticamente esaminati in M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit., – nel testo più ampio – spec. nota 33.

4.3. Infatti è la sentenza *Mascolo* della Corte costituzionale[688] che – all'esito dello scrutinio delle due misure alternative, *autorizzate dal diritto comunitario,* parimenti efficaci per sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a termine – così conclude:

"Tale efficacia è indubbiamente tipica della sanzione generale del risarcimento, desunta dai principi della normativa comunitaria e non richiede approfondimenti; non diversa, tuttavia, è l'efficacia dell'altra misura, che sostanzialmente costituisce anch'essa un risarcimento, ma in forma specifica".

Palese ne risulta la configurazione esplicita della *conversione* – come *risarcimento in forma specifica* – e, coerentemente, la configurazione implicita – come *risarcimento per equivalente* – della *sanzione generale del risarcimento.*

4.4. Ora *"il risarcimento del danno in forma specifica e quello per equivalente sono espressione della medesima esigenza di eliminazione del pregiudizio derivante dall'illecito e si distinguono fra loro esclusivamente per le differenti modalità di attuazione.*

Tali distinte modalità attuative sono tuttavia del tutto fungibili fra loro, essendo entrambe riconducibili alla comune finalità di porre riparo agli effetti negativi dell'illecito".[689]

Coerentemente, *"Il risarcimento del danno per equivalente costituisce una reintegrazione del patrimonio del creditore che si realizza mediante l'attribuzione, al creditore, di una somma di danaro pari al valore della cosa o del servizio oggetto della prestazione non adempiuta, e quindi si atteggia come la forma, per così dire, tipica di ristoro del pregiudizio subito dal creditore per effetto dell'inadempimento dell'obbligazione da parte del debitore, mentre il risarcimento in forma specifica, essendo diretto al conseguimento dell'"eadem res" dovuta, tende a realizzare una forma più ampia e, di regola, più onerosa per il debitore, di ristoro del pregiudizio dallo stesso arrecato, dato che l'oggetto della pretesa azionata non è costituito da una somma di danaro, ma dal conseguimento, da parte del creditore danneggiato, di una prestazione del tutto analoga, nella sua specificità ed integrità, a quella cui il debitore era tenuto in base al vincolo contrattuale".*[690] [691]

4.5. Si tratta, all'evidenza, di principi diffusamente condivisi, non solo con riferimento all'ordinamento interno della Repubblica italiana.[692]

---

[688] Vedi Corte cost. n. 187 del 20 luglio 2016, cit., spec. punto 15.

[689] Così, testualmente, Cass., sez. un. civ., n. 11912 del 2014 ed, in senso conforme, la giurisprudenza *consolidata.*

[690] Così, testualmente, Cass. n. 12964 del 16/06/2005 ed, in senso conforme, la giurisprudenza *consolidata.*

[691] Alle stesse conclusioni, tuttavia, perviene la dottrina – in tema di autonomia negoziale ed illecito – che parimenti contrappone la *invalidità ed inefficacia* dell'atto, quale *sanzione meglio adeguata,* al risarcimento del danno: vedi, per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno,* Torino, Giappichelli, 2010, 31 ss.

[692] Infatti l'*ammissibilità* del risarcimento *in forma specifica* o *in natura* – quale alternativa al risarcimento *per equivalente* – era sostenuta, nel silenzio della legge, dalla dottrina dominante nel vigore del vecchio codice civile (che non recava una disposizione corrispondente all'articolo 2058 c.c., ora vigente): vedi, per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno,* cit., 252 ss. Ed, ivi, riferimenti a nota 8.

Tuttavia non è priva di rilievo, ai nostri fini (vedi *infra*), la circostanza che – per quanto si è detto – gli stessi principi siano enunciati (anche) dalla giurisprudenza consolidata nazionale[693] – e risultino fondati sull'ordinamento interno[694] – della Repubblica italiana.

4.6. Ne risulta – applicando gli enunciati principi al *caso* di specie – che il *risarcimento per equivalente* – in alternativa alla *conversione* in unico contratto di lavoro a tempo indeterminato, che integra invece *risarcimento in forma specifica*[695], per la *successione abusiva* di contatti a tempo determinato – non può che realizzarsi mediante l'attribuzione, al lavoratore *pubblico* vittima dell'abuso, di una somma di danaro pari al *valore del posto di lavoro.*

Solo un *risarcimento per equivalente* siffatto costituisce – in alternativa alla *conversione* vietata – *"un'altra misura effettiva per evitare ed, eventualmente, sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi*".[696]

4.7. Tuttavia non pare priva di rilievo – come è stato anticipato (vedi retro) – la circostanza che gli stessi principi – per quanto si è detto – siano enunciati (anche) dalla giurisprudenza consolidata nazionale – e risultino fondati su disposizione esplicita dell'ordinamento interno[697] – della Repubblica italiana.

4.8. Infatti soltanto il *risarcimento per equivalente* prospettato – quale alternativa alla *conversione vietata*, nel caso di successione *abusiva* di contratti a termine di pubblico impiego – risulta connotato, altresì, dal concorrente requisito della *equivalenza* rispetto al trattamento che – nell'ordinamento interno della Repubblica italiana – è riservato, in casi analoghi, dai ricordati principi in tema di rapporto tra *risarcimento del danno in forma specifica e risarcimento per equivalente.*

4.9. Né rileva, in contrario, la circostanza che la *"mancata conversione del rapporto* (è) *legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli europei".*

---

693 Vedi riferimenti alle tre note che precedono.

694 Vedi articolo 2058, 1° comma, c.c. che testualmente sancisce

"1. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica qualora sia in tutto o in parte possibile".

Sulla applicazione dello stesso principio sia alla *responsabilità extracontrattuale* – per la quale risulta dettato – sia alla responsabilità contrattuale, che qui interessa, è la giurisprudenza consolidata nazionale: vedi, per tutte, Cass. 8 marzo 2006 n. 4925, 21 febbraio 2001 n. 2569, 25 luglio 1997 n. 6985.

695 In tal senso, vedi la sentenza Mascolo della Corte costituzionale, n. 187 del 2016, cit., spec. §15.

696 Così, testualmente, Corte giustizia 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 41 cit.

Nello stesso senso, tuttavia, vedine le sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 105; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 49; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 34, e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punti 161 e 184, parimenti citate.

697 Vedi articolo 2058, 1° comma, c.c., che testualmente sancisce.

"1. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica qualora sia in tutto o in parte possibile".

Sulla applicazione dello stesso principio sia alla *responsabilità extracontrattuale* – per la quale risulta dettato – sia alla responsabilità contrattuale, che qui interessa, è la giurisprudenza consolidata nazionale: vedi, per tutte, Cass. 8 marzo 2006 n. 4925, 21 febbraio 2001 n. 2569, 25 luglio 1997 n. 6985.

Invero il *divieto di conversione* preclude, bensì, l'accesso al posto di lavoro nel settore pubblico – senza una previa procedura concorsuale o, comunque, selettiva – ma non pare d'ostacolo, tuttavia, all'assunzione dello stesso posto di lavoro quale parametro del *risarcimento per equivalente.*

Ed il *risarcimento del danno per equivalente* – per quanto si è detto – *"si realizza mediante l'attribuzione, al creditore, di una somma di danaro pari al valore della cosa o del servizio oggetto della prestazione non adempiuta"*.

Tanto basta per integrare la carenza del requisito della *equivalenza,* oltre che della *effettività.*

4.10. Peraltro la configurazione dello stesso danno – come *"perdita di "chance" di un'occupazione alternativa migliore"* – non solo risulta incoerente con gli stessi principi – che governano, per quanto si è detto, il rapporto tra risarcimento *in forma specifica* e risarcimento *per equivalente* – ma sembra precludere, anche sotto altro profilo, la *effettività* e, con essa, la *proporzionalità* e la *efficacia dissuasiva* del sistema sanzionatorio proposto alle sezioni unite.

La *"perdita di "chance" di un'occupazione alternativa migliore"*, infatti, non si coniuga necessariamente – con l'apposizione illegittima di termine al contratto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – e, comunque, non ne costituisce l'effetto pregiudizievole.

Né può essere trascurato che i requisiti indefettibili prospettati (*equivalenza,* appunto, *effettività*, *proporzionalità* ed *efficacia dissuasiva*) – nel *risarcimento per equivalente – condizionano*, per quanto si è detto, la legittimità – *"secondo i parametri (…) europei"* – della esclusione del *risarcimento in forma specifica* – quale, appunto, la *conversione* – che risulta vietata dal nostro ordinamento interno.

4.11. Con riferimento al *danno da perdita di chance*, tuttavia, soccorre – con efficacia, all'evidenza, assorbente – uno specifico *precedente* della Corte di giustizia (ordinanza 12 dicembre 2013, in causa C 50/13, Papalia).

La Corte ha già avuto occasione di stabilire, infatti, che la direttiva nella soggetta materia (direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999) osta ad una normativa nazionale (anche allora del nostro ordinamento), che – per il caso di utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato – preveda soltanto il diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno, quando il diritto stesso *"è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione".*

4.12. Tanto sarebbe bastato per imporre – a qualsiasi giudice nazionale (anche) italiano – l'*interpretazione conforme* della normativa interna oppure, in alternativa, la proposizione della questione di legittimità costituzionale della stessa normativa (in relazione agli articoli 11 e 117, primo comma, cost.) ed – ai giudici nazionali di *ultima istanza* (quale la Corte di cassazione) – anche l'*obbligo del rinvio pregiudiziale.*

Non avendolo fatto le sezioni unite civili della Corte di cassazione, il Tribunale di Trapani[698] ha scelto – saggiamente – l'ultima delle opzioni prospettate, sebbene non fosse obbligato al rinvio pregiudiziale né, sia detto per inciso, giuridicamente vincolato dalla pronuncia delle sezioni unite.[699]

4.13. Quanto, poi, alla indennità forfettaria (di cui all'articolo 32, comma 5, della legge 183 del 2010, c.d. *collegato lavoro*) – che, secondo le sezioni unire, concorre (con il risarcimento del danno da *perdita di chance,* appunto) ad integrare il risarcimento del danno da illegittima apposizione di termine a contratto di pubblico impiego – è la stessa disposizione istitutiva dell'indennità (articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, appunto) a prevederne la corresponsione *nel caso di conversione,* in un unico contratto di lavoro a tempo indeterminato, della successione abusiva di contratti a termine.[700]

La stessa indennità risulta, peraltro, *"esaustiva del diritto al ristoro per gli "intervalli non lavorati" – in quanto inclusiva di tutti i danni, retributivi e contributivi, subiti dal lavoratore – mentre, per i "periodi lavorati", spetta, oltre alla retribuzione maturata, anche il riconoscimento dell'anzianità di servizio e, dunque, la maturazione degli scatti di anzianità".*[701]

4.14. C'è da domandarsi, quindi, se la indennità forfettaria, di che trattasi, possa integrare da sola – una volta espunto, per quanto si è detto, il risarcimento del danno da *perdita di chance* – il ristoro del danno, da illegittima apposizione del termine a contratto di pubblico impiego, sebbene non possa concorrere la *conversione,* perché vietata.

Si tratta, all'evidenza, di domanda retorica.

In difetto della *conversione*, infatti, la stessa indennità non risulta satisfattiva del danno – da illegittima apposizione del termine a contratto di pubblico impiego, appunto – alla luce del tenore letterale della disposizione che la istituisce (articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, appunto).

Né rileva, in contrario, la funzione di *agevolazione della prova* del danno subito – posta in evidenza dalle sezioni unite – in quanto connotato essenziale della indennità medesima, come di qualsiasi altra *indennità forfettaria.*

---

[698] Vedine l'ordinanza di rinvio pregiudiziale 5 settembre 2016, cit.

[699] Solo per le sezioni semplici della Corte di cassazione, infatti, è stabilito testualmente (art. 374, 3° comma, c.p.c.): *"Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso"*.

[700] L'articolo 32, comma 5, della legge 183 del 2010, c.d, *collegato lavoro,* infatti, sancisce testualmente:
"Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604".

[701] Vedi Cass.12 gennaio 2015, n. 262 e numerose altre della *sezione filtro* (6° sezione).

4.15. Soccorre, tuttavia, un *precedente specifico* della Corte costituzionale[702] – ignorato dalle sezioni unite – ed assume efficacia, all'evidenza, assorbente a sostegno della proposta conclusione.

Chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale della disposizione istitutiva della *indennità forfettaria* in questione (articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, cit.) – in relazione a parametri diversi (ivi compreso, per quel che qui interessa, l'articolo 117, 1° comma, cost., come integrato – quale *fonte interposta* – dalla direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato) – la Corte costituzionale, infatti, ne propone – a sostegno della pronuncia di rigetto – l'interpretazione seguente:

"non si limita a forfetizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ma, innanzitutto, assicura a quest'ultimo l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, andando la prevista indennità ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato".

4.16. Tanto basta per concludere che, solo se accompagnata dal *risarcimento per equivalente* – che nel settore pubblico sostituisce, per quanto si è detto, la *conversione impossibile* – l'*indennità forfettaria* concorre ad integrare – nell'ordinamento interno della Repubblica italiana – una *misura* non solo *effettiva,* ma anche *equivalente* – rispetto al trattamento previsto, in caso analogo, dallo stesso ordinamento (nell'articolo 32,comma 5, del c.d. collegato lavoro, cit., appunto) – per la successione *abusiva* di contratti a termine nel pubblico impiego.

4.17. Tuttavia soccorre, vieppiù, la conclusione raggiunta dalla stessa Corte costituzionale, con riferimento specifico al parametro che qui interessa (articolo 117, 1° comma, cost., come integrato – quale *fonte interposta* – dalla direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato).

Ne risulta, infatti stabilito:

"Non sussiste alcuna lesione del diritto al lavoro neppure sul versante della presunta contravvenzione all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (…)".

Infatti *"l'esigenza di misure di contrasto dell'abusivo ricorso al termine nei contratti di lavoro, non solo proporzionate, ma anche sufficientemente effettive e dissuasive (……) risulta nella specie soddisfatta dalla sanzione più incisiva che l'ordinamento possa predisporre a tutela del posto di lavoro. Vale a dire dalla trasformazione del rapporto lavorativo da tempo determinato a tempo indeterminato, corroborata da un'indennità di ammontare certo".*

4.18. Tanto basta per concludere che il diritto dell'Unione europea (e, segnatamente, la direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, cit.,

---

[702] Vedi Corte cost. 11 novembre 2011, n.303, in Giur. cost. 2011, 6, 4224 e 2012,1, 553, n. Romei; Foro it., 2012, I, 717; Nuova giur. civ., 2012, I, 348, n. DE ANGELIS; Riv. giur. lav., 2012, II, 31 (m), n. MENGHINI; Dir. mercato lav., 2011, 645, n. ALLOCCA; Dir. relazioni ind., 2011, 1102 (m), n. BOLLANI, CORVINO; Lavoro giur., 2012, 252, n. MUGGIA; Argomenti dir. lav., 2012, 637, n. MALIZIA; Riv. it. dir. lav., 2012, II, 252, n. DI PAOLA, ZAPPALÀ; Questione giustizia, 2011, fasc. 6, 261, n. SANLORENZO; Diritti lavori mercati, 2011, 535 (m), n. SARACINI; Lavoro e prev. oggi, 2012, 179, n. ALTEA; Orient. giur. lav., 2012, I, 205, n. GIASANTI; Mass. giur. lav., 2011, 928, n. VALLEBONA.

spec. art. 5) – come interpretata dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia – osta ad una normativa nazionale – quale quella risultante dalla giurisprudenza delle sezioni unite civili della nostra Corte di cassazione – che, per la *successine abusiva* di contratti a termine nel pubblico impiego, da un lato vieta la *conversione* in un unico contratto a tempo indeterminato e, dall'altro, non riconosce alla vittima dell'abuso, in sostituzione della conversione vietata, il diritto al risarcimento del danno per equivalente – commisurato al valore del posto di lavoro negato ed equitativamente liquidato in misura pari alla indennità sostitutiva della reintegrazione (di cui all'articolo 18, comma 3, dello statuto dei lavoratori) – nonché alla indennità forfettizzata (di cui all'articolo 32, comma 5, della legge 183 del 2010, c.d. *collegato lavoro*), sebbene questa sia prevista in concorso con la conversione, che – nel settore pubblico – va sostituita, appunto, dal risarcimento per equivalente.[703]

4.19. La liquidazione equitativa del danno (ai sensi dell'art. 1226 c.c.), poi, può avvalersi – anche in via analogica od estensiva – di *criteri legali* previsti a fini diversi.

In tale prospettiva, assume particolare rilievo la *indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro*, per la quale il lavoratore reintegrato – a seguito di accertamento della *illegittimità* del proprio licenziamento – ha *facoltà di optare* (ai sensi dell'articolo 18, comma 3, dello statuto dei lavoratori)

Infatti ne risulta stabilito, sia pure a fini diversi, il *valore* del *posto di lavoro*, al quale va commisurato – per quanto si è detto – il *risarcimento per equivalente.*[704]

4.20. Le conclusioni raggiunte – se condivise dalla Corte di Giustizia, come auspicato dalla Commissione europea – potrebbero comportare un *salto di qualità*, per così dire, nella giurisprudenza della Corte, innovandone persino le tipologie di pronuncia.

Intanto la Corte non potrebbe limitarsi al consueto accertamento – che il diritto dell'Unione europea *osta* alla normativa interna denunciata – rinviando ai giudici nazionali per la *decisione conforme.*

---

[703] In tal senso, vedi M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit., spec. § 5.

[704] In tal senso, vedi M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit., spec. § 5, nonché – nel testo più ampio – nota 50.
Nello stesso senso, sembrano – sostanzialmente – le osservazioni scritte della Commissione europea – nella causa C-494/16, instaurata a seguito dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale 5 settembre 2016 del Tribunale di Trapani, cit. – laddove così conclude:
"2) Il principio di effettività non richiede che, a fronte della mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato conclusi con la pubblica amministrazione, il lavoratore danneggiato da un abuso del ricorso alla contrattazione a termine ottenga il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato. Tuttavia, detto principio non si oppone a che un simile lavoratore ottenga, in aggiunta al risarcimento del danno, l'indennità prevista dal diritto italiano per la mancata reintegrazione nel posto di lavoro".
Tale indennità pare, poi, sostanzialmente integrata – secondo la stessa Commissione – dalla *indennità forfettaria* (di cui all'art. 32, comma 5 del c.d. *collegato lavoro,* cit.).

Infatti gli stessi giudici nazionali, in questo caso, hanno adottato – peraltro al livello più elevato (le sezioni unite civili della Corte di cassazione, appunto) – proprio la decisione della quale risulta denunciato il contrasto con il diritto dell'Unione.

La Corte dovrebbe, pertanto, adottare – direttamente – la decisione ad esso conforme, imponendo, per quanto si è detto – quale *giusta* sanzione dell'illegittima apposizione di termine a contratto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – il *risarcimento per equivalente* del danno – commisurato al *valore* del posto di lavoro ed equitativamente liquidato in misura pari alla indennità sostitutiva della reintegrazione (di cui all'articolo 18, comma 3, dello statuto dei lavoratori) – integrato, tuttavia, dalla *indennità forfettaria* (di cui all'articolo. 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*).[705]

4.21. Peraltro è lo stesso *diritto vivente* a stabilire, nel nostro ordinamento, misure alternative alla *conversione,* delle quali risulta denunciato il contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Se la denuncia dovesse risultare fondata, all'evidenza si porrebbe il delicato problema se esuli, nel nostro ordinamento appunto, la *condizione* – alla quale è subordinata la conformità, al diritto dell'Unione, dei divieti nazionali di *conversione* – con la conseguenza ineludibile che ne risulterebbe parimenti in contrasto, con il diritto dell'Unione, lo stesso divieto nazionale di *conversione* dell'ordinamento italiano.

4.22. Né potrebbe rilevare, in contrario, la circostanza che, nel nostro ordinamento, il divieto risulta imposto da fonte costituzionale (art. 97, comma 3, cost.), ostandovi – per quanto si è detto – il *primato* del diritto dell'Unione.

Parimenti non potrebbe rilevare, in contrario, la circostanza che lo stesso divieto possa concorrere ad integrare l'*ordine pubblico internazionale.*[706]

La *condizionalità eurounitaria*, infatti, non impone l'applicazione, nell'ordinamento italiano, di una legge straniera che, in ipotesi, possa determinare *"effetti contrari all'ordine pubblico, da intendere come insieme dei principi essenziali della lex fori"*.

Ma si limita a *condizionare* la conformità – al diritto dell'Unione – del divieto di *conversione* – imposto dall'ordinamento nazionale, per la successione *abusiva* di contratti di lavoro a termine alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – subordinandolo, appunto, alla previsione

---

[705] Come sembra ritenere la Commissione europea nelle proprie osservazioni scritte dinanzi alla Corte di giustizia, cit.

[706] Come ritiene Cass, sez. lav., n. 10070 del 26 aprile 2013, che risulta così *massimata*:

"Ai sensi dell'art. 16 l. 31 maggio 1995 n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.), l'applicazione di una legge straniera nell'ordinamento italiano è inibita se determina effetti contrari all'ordine pubblico, da intendere come insieme dei principi essenziali della lex fori, tra i quali rientra anche quello per cui l'accesso all'impiego pubblico deve avvenire mediante concorso, salvo eccezioni introdotte dalla legge, purché rispondenti a peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico; ne consegue che non può trovare applicazione nel nostro ordinamento la legge argentina che prevede, in caso di ingiustificato rinnovo, la conversione del contratto a termine alle dipendenze della p.a. (nella specie, il consolato d'Italia a Buenos Aires, articolazione del ministero degli esteri) in contratto di lavoro a tempo indeterminato".

contestuale – nello stesso ordinamento nazionale – di misure alternative alla *conversione,* dotate dei requisiti indefettibili stabiliti dal diritto dell'Unione.

Il debito contributivo dell'impresa insolvente*

Marco Marazza

1. Il senso di un percorso di studio: alla ricerca del micro sistema del diritto del lavoro nell'impresa insolvente. 211

2. Prima premessa (per giuslavoristi): la nuova disciplina del trattamento del debito contributivo nell'insolvenza di impresa ed il contesto (giurisprudenziale), comunitario e nazionale, nel quale prende forma la riscrittura dell'art. 182 ter L.F. (art. 1, comma 81, legge n. 232 del 2016). 211

3. Seconda premessa (per tributaristi, giuscommercialisti, economisti, e altri). 215

3.1. Segue: rapporto giuridico previdenziale e solidarietà. 215

3.2. Segue: gli enti (previdenziali) creditori interessati e l'oggetto della eventuale "transazione previdenziale". 216

4. L'art. 2115, comma 3, cod. civ., e gli strumenti di rimodulazione del debito contributivo tra provvedimenti amministrativi e contratti. 218

5. La transazione previdenziale come contratto ad oggetto pubblico. 219

6. Il rapporto tra l'art. 182 ter, nuovo testo, L.F. e il d.m. 4 agosto 2009. 220

7. Il nuovo limite della falcidiabilità dell'importo realizzabile in caso di liquidazione del patrimonio del soggetto insolvente. 222

7.1. Segue: gli ulteriori parametri per il trattamento del debito contributivo, differenziati per i crediti previlegiati e i crediti chirografari. 222

7.2. Segue: la natura privilegiata o chirografaria dei crediti previdenziali. 223

7.3. Segue: crediti previdenziali e classi omogenee di crediti (e creditori). 223

8. Transazione previdenziale e discrezionalità dell'amministrazione. 224

9. Transazione previdenziale e tutela della posizione previdenziale del singolo lavoratore. 226

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 325/2017

1. Il senso di un percorso di studio: alla ricerca del micro sistema del diritto del lavoro nell'impresa insolvente.

La legge di stabilità per il 2017 (art. 1, comma 81, legge n. 232 del 2016) ha modificato la disciplina della transazione fiscale contenuta nell'art. 182 *ter* del R.D. n. 267 del 1942 (in avanti, anche Legge Fallimentare o, per brevità, L.F.) ed in occasione di un convegno dedicato a questa novità legislativa la Società fra gli Studiosi di Diritto Tributario mi ha sollecitato una relazione sui profili giuslavoristi della questione giacché, anticipo da subito, la fattispecie in questione riguarda anche i crediti contributivi (derivando da ciò l'emersione di una fattispecie giuslavoristica che possiamo definire la "*transazione previdenziale*")[707].

Da qui lo spunto per questo contributo il cui scopo, al di là dell'interesse che indubbiamente suscita l'istituto della transazione previdenziale, è anche quello di aggiungere un ulteriore tassello all'indagine, già da tempo avviata, sui profili di specialità che il diritto del lavoro manifesta nell'ambito delle insolvenze di impresa[708].

Ciò nella convinzione che sia importante, soprattutto da parte dei giuslavoristi, visti gli interessi della persona sempre coinvolti nelle crisi aziendali, dare un contributo alla ricostruzione del micro sistema del "*diritto del lavoro nell'impresa insolvente*" onde provare ad enucleare i principi che lo governano e quindi dirimere in modo più stabile, di conseguenza, le innumerevoli antinomie prodotte, in questo campo, dall'incrocio tra diritto del lavoro e diritto delle procedure concorsuali[709].

Intanto, per restare al tema più specifico che qui ci occupa, sono necessarie due premesse generali: una per i giuslavoristi e, l'altra, per i cultori che a diverso titolo, ma in modo a dire il vero sino ad oggi prevalente rispetto agli studiosi di diritto del lavoro, si occupano di questa materia (essenzialmente: tributaristi, fallimentaristi, giuscommercialisti, economisti, ecc..).

2. Prima premessa (per giuslavoristi): la nuova disciplina del trattamento del debito contributivo nell'insolvenza di impresa ed il contesto (giurisprudenziale), comunitario e nazionale, nel quale prende forma la riscrittura dell'art. 182 ter L.F. (art. 1, comma 81, legge n. 232 del 2016).

Per i giuslavoristi va anzitutto detto che l'istituto in questione, in buona sostanza, consente all'imprenditore "fallibile"[710], che risulti insolvente, ma solo nell'ambito di un concordato (art. 160 L.F.)

---

[707] Il convegno organizzato da SDT (Società fra gli studiosi di diritto tributario) era dedicato a "*La nuova disciplina della transazione fiscale"* e si è tenuto a Roma il 7 aprile 2017 con relazioni tra gli altri di F. PAPARELLA, L. DEL FEDERICO, V. FICARI, P. BORIA, G. LENER, A. INCOLLIGO poi oggetto di confronto in una successiva tavola rotonda.

[708] Indagine avviata con le precedenti pubblicazioni M. MARAZZA, *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, in *Trattato di Diritto del lavoro* a cura di Mattia Persiani e Franco Carinci, Vol. IV, Tomo II, a cura di Marco Marazza, Padova, 2012; M. MARAZZA – D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore"*, Torino, 2015, poi proseguita con la presentazione di diverse relazioni (AGI Firenze, 5 maggio 2014, *Fallimento e rapporto di lavoro*; AGI Toscana, 27 novembre 2015, *Tutela del lavoro nella crisi di impresa*; AGI Lazio, 4 novembre 2016, *La regolamentazione dei crediti nel fallimento*; AGI Umbria, 7 aprile 2017, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*; AGI Friuli, 27 aprile 2017, *Crisi di impresa e tutela del rapporto di lavoro*).

[709] Secondo l'insegnamento di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1994.

[710] I soggetti legittimati all'utilizzo della transazione previdenziale (art. 182 ter L.F.) sono esclusivamente i soggetti fallibili ai sensi dell'art. 1, comma 1, della L. F., dotati dei requisiti dimensionali ivi fissati. Al di là di tali soggetti solo le imprese agricole possono accedere a questo istituto in quanto legittimate, almeno in astratto (non constano infatti casi di questo tipo), ad accedere all'accordo si ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 183 bis L.F. (ai sensi dell'art. 23, comma 43, del d.l. n. 98 del 2011, convertito in legge n. 11 del 2011). Ne deriva che, al di fuori di questa eccezione, l'istituto non è utilizzabile dai soggetti non fallibili nei confronti dei quali, al fine di trovare una soluzione per le situazioni di sovra indebitamento, è invece applicabile la diversa disciplina introdotta dalla legge

o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* L.F.)[711], di raggiungere un accordo con l'ente gestore di forme di previdenza e assistenza obbligatorie che sia rimasto creditore dei contributi previdenziali non puntualmente adempiuti. L'intesa, se raggiunta, può definire la percentuale di riduzione del debito contributivo, inclusivo dei relativi accessori, e/o i relativi tempi di pagamento.

La recente novella dell'art. 182 *ter* L.F.[712], entrata in vigore con decorrenza dal 1 gennaio 2017, si colloca a valle di una importante pronuncia della Corte di Giustizia[713] (che, avuto riguardo ad un'imposta di rilevanza sovranazionale qual è l'IVA, afferma la compatibilità con la disciplina comunitaria della legislazione fallimentare italiana interpretata nel senso che consente, nell'ambito di un concordato, il pagamento parziale dell'IVA all'esito di una attestazione che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore in caso di fallimento) ed è contestuale a ben due sentenze, cosiddette "gemelle", delle Sezioni Unite della Suprema Corte[714] che, con riferimento al previgente assetto normativo, avevano sciolto un annosa disputa interpretativa definitivamente affermando l'autonomia tra la fattispecie del "concordato" (il cui piano concordatario ai sensi dell'art. 160 L.F. può prevedere, se approvato[715], il pagamento parziale di crediti fiscali e previdenziali a

---

n. 3/2012 (capo II, Procedimenti di composizione della crisi da sovra indebitamento e di liquidazione del patrimonio), modificata dal d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/12 e successivamente ulteriormente integrato ad opera del d.l. n. 193 del 2016, convertito in l. n. 225 del 1° dicembre 2016. Per quanto riguarda la gestione del debito previdenziale dovuto da soggetti insolventi ma non fallibili (in primo luogo, coloro che presentano requisiti dimensionali che non soddisfano i requisiti dell'art. 1 della L.F.) si veda, in particolare, l'art. 6, comma 9ter, del d.l. n. 193 del 2016 che ne prevede la falcidiabilità. In virtù di questa disposizione, dunque, il debito contributivo può essere ridotto anche per soggetti non fallibili.

711 Fattispecie cui possono ricorrere anche le imprese agricole, non fallibili (vedi nota che precede).

712 Il tema, sia prima dell'ultima riforma entrata in vigore il 1 gennaio 2017 che successivamente ad essa, è stato studiato, tra gli altri, da F. MARENGO, A. LA MALFA, *Transazione fiscale e previdenza*, Rimini, 2010; P. POTOTSCHNIG, F. MARELLI, M. CIMETTI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Milano, 2010; E. STASI, *Profili istituzionali della transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e M. FABIANI, Bologna, 2010; V. ZANICHELLI, *Transazione fiscale e proposta di concordato preventivo: riflessi sull'ammissione alla procedura e sul voto dei creditori*, in AA.VV., *La crisi di impresa*. *Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. DI MARZIO, Padova, 2010; E. BAGAROTTO, *L'ambito oggettivo della transazione fiscale*, in Rass. Tributaria, 2011, n. 6; G. LA CROCE, *La transazione fiscale*, Milano, 2011; E. MATTEI, *La transazione fiscale negli accordi e nel concordato preventivo*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da U. APICE, Torino, 2011, III; G. BOZZA, *Crediti privilegiati e transazione fiscale*, in *Fallimento*, 2012, 4; M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, Rimini, 2012; R. CAMA, *La transazione sui debiti contributivi ed il difficile bilanciamento tra il favor per la soluzione concordata della crisi e la tutela dei diritti previdenziali*, in *Fallimento,* 2015; V. FICARI, *la nuova disciplina del pagamento parziale dei crediti tributari di cui all'art. 182 ter della legge fallimentare,* Relazione al Convegno *La nuova disciplina della transazione fiscale*, tenutosi a Roma il 7 aprile 2017, in corso di pubblicazione; G. ANDREANI, e A. TUBELLI, *Trattamento "speciale" per i crediti tributari nel concordato preventivo*, in *Il Fisco*, n. 5, 2017.

713 CG 7 aprile 2016 C – 546/2014 (Degano Trasporti S.a.S).

714 Cass. Sez. Un. n. 26988 del 2016; Cass. Sez. Un. n. 760 del 2017.

715 L'art. 177 L.F. prevede che il concordato deve essere approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto e che, ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole di quelli che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto nelle varie classi. L'autonomia lasciata nella suddivisione dei creditori in classi trova un primo limite nella lett. c) dell'art. 160 L.F., che prevede che la suddivisione avvenga secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei (Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706). Sul possibile conflitto di interessi tra le varie categorie di creditori, in dottrina, R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fallimento*, 2009, 32 ss.; M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fallimento*, 2009, 437 ss.; G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm*., 2010, I, 392 ss.; G. TERRANOVA, *Conflitti d'interessi e giudizio di merito nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA E M. PERRINO, Milano, 2011, 163 ss. In giurisprudenza, Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274; nello stesso senso anche App. Napoli, 19 maggio 2009, n. 7462; Trib. Reggio Emilia, 1° marzo 2007. In dottrina vedi L. SCHIAVON, *Sub art. 37bis*, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2008, 329).

prescindere dal consenso degli enti creditori) e la fattispecie del "concordato con transazione fiscale" (nell'ambito del quale la riduzione del debito fiscale e contributivo è, invece, l'effetto di un accordo raggiunto con gli enti creditori e non della approvazione, a maggioranza, del piano concordatario)[716].

È proprio a fronte di questa significativa apertura della giurisprudenza (sia interna che comunitaria, se pur per profili diversi) alla falcidiabilità dei debiti fiscali e previdenziali nell'ambito del piano concordatario, e quindi anche a prescindere dalla transazione fiscale (che, per definizione, postula il consenso dell'ente creditore), che matura la riscrittura dell'art. 182 *ter* L.F. applicabile, almeno in parte, anche ai contributi previdenziali omessi (art. 182 ter, commi 1, 5 e 6)[717].

Ed il senso della novità legislativa – per andare all'estrema sintesi della questione – è quello di voler consentire la rimodulazione del debito fiscale e previdenziale "*esclusivamente*" nell'ambito di accordi raggiunti con gli enti creditori ai sensi di quella disposizione (art. 182 *ter* L.F.: "*Con il piano di cui all'art. 160 il debitore, esclusivamente mediante la proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o dilazionato*," dei debiti di cui qui si discute). Non più, di conseguenza, come affermato dalle due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 26988 del 2016; n. 760 del 2017), anche nell'ambito di un piano concordatario approvato a maggioranza dei creditori (e, quindi, vincolante anche per la minoranza eventualmente dissenziente) (vedi *supra* in questo paragrafo).

La novella, dunque, riconduce ad unità la ripartizione di fattispecie sancita dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nel senso che per i crediti previdenziali (ma lo stesso si può dire per quelli fiscali) esiste esclusivamente il "*concordato con transazione previdenziale*", rappresentando ormai l'art. 182 *ter*, come chiaramente lascia capire già la sua rubrica (modificata da "*transazione fiscale*" in "*trattamento dei crediti tributari e previdenziali*"), l'unico strumento per il *trattamento dei crediti contributivi* vantati dagli enti nei confronti dell'imprenditore insolvente che abbia attivato una procedura concordataria o di ristrutturazione del debito.

D'altra parte, in coerenza con le indicazioni della Corte di Giustizia, il novellato art. 182 *ter* L.F. afferma anche il principio per il quale il debito previdenziale, così come quello fiscale, può essere rinegoziato dagli enti, e quindi anche ridotto, a condizione che si garantisca la "*soddisfazione*" del creditore "*in misura non inferiore a quella realizzabile ... sul ricavato in caso di liquidazione, avuto*

---

[716] Per avere un quadro di siffatta questione interpretativa e delle diverse posizioni assunte in dottrina, si veda G. RAGUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE e A. BASSI; G. T. LIUZZI, *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, 2013.

[717] Con d.l. 185/09 convertito con l. n. 2 del 2009, il legislatore aveva esteso l'ambito di applicazione della disciplina della transazione fiscale anche ai «*contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori*», pur residuando con quella formulazione della disposizione diversi problemi interpretativi sulla parte di disposizione effettivamente applicabile anche ai all'accordo sul debito previdenziale. Ad aprile 2009 la circolare 14/E dell'Agenzia delle Entrate aveva individuato l'esigenza di differenziare le procedure alla luce di tale intervento, così come indicato anche dalla dottrina, v. A. LA MALFA, *L'Agenzia delle entrate illustra l'estensione della transazione fiscale all'IVA* [Commento a circ. Agenzia entrate 10 aprile 2009, n. 14/E], in *Corriere tributario*, 2009, volume 32, fascicolo 24, p. 1951. Difatti fin da subito si è rilevato come l'estensione delle norme dei commi due, tre e quattro dell'art. 182 *ter* fosse di difficile applicazione, vista la peculiarità delle norme citate. L'attuale riscrittura dell'art. 182 ter, L.F. definisce in modo più puntuale quali parti della disposizione siano applicabili all'accordo sul debito contributivo, risultando piuttosto chiaro, anche solo seguendo un criterio di interpretazione letterale, che alla transazione previdenziale sono applicabili solo i commi 1, 5 e 6, dell'art. 182 *ter* L.F.).

riguardo al valore di mercato … indicato dalla relazione di un professionista" qualificato (cioè in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)[718], L.F.) e che l'accordo eventualmente raggiunto venga puntualmente rispettato (art. 182 *ter*, comma 6, L.F. e art. 4, comma 2, DM 4 agosto 2009[719]).

Una novità apprezzabile per l'approccio pragmatico che (grazie alla giurisprudenza comunitaria) la caratterizza, imperniandosi la sua *ratio* sul principio che è preferibile la soddisfazione anche parziale di un credito piuttosto che la sua (totale) insoddisfazione.

Soprattutto, almeno potenzialmente, una novità assai importante per i crediti contributivi ove solo si consideri che fino al 31 dicembre 2016 vigeva una regola per la quale la contribuzione destinata al regime IVS ed ai premi doveva, in ogni caso, essere corrisposta al cento per cento anche in caso di transazione fiscale (art. 32, comma 6 del d.l. 185 del 2009 che ha previsto che "*con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, sono definite le modalità di applicazione nonché' i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi*". E art. 3, DM 4 agosto 2009[720]) (vedi, con maggiori dettagli, *infra* ai nn. 3.2. e 6).

Quella transazione, infatti, poteva ridurre esclusivamente i contributi versati ad altri regimi previdenziali, da corrispondere in una misura minima variabile tra il trenta ed il quaranta per cento

---

[718] Con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (cosiddetto "Decreto Sviluppo") erano stati dettagliati i requisiti della figura dell'asseveratore, un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lett. a) e b), L.F. È richiesto che sia designato dal debitore e che sia indipendente. La norma prevede che il professionista sia indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale che possano comprometterne l'indipendenza di giudizio; in più, l'attestatore non si deve trovare nelle condizioni di cui all'art. 2399 cod. civ. e avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, ovvero partecipato agli organi di amministratore o di controllo, neanche per il tramite di soggetti con cui è unito in associazione professionale. Prima della riforma, l'articolo in esame richiamava l'art. 2501 *bis*, co. 4, cod. civ. che a propria volta rimanda all'art. 2501 *sexies* cod. civ. Tale doppio richiamo aveva fatto sorgere il dubbio riguardo il dovere di nomina da parte del Tribunale, anziché dall'imprenditore in crisi. Alla luce delle norme citate, e in ragione della funzione primaria dell'asseveratore, alcuni Giudici di merito avevano ritenuto opportuna la presentazione di un ricorso al Presidente del Tribunale affinché procedesse con la nomina dell'esperto incaricato di redigere le attestazioni. Nonostante la giurisprudenza e la dottrina abbiano oramai fugato ogni dubbio, nella prassi viene di consueto presentato un ricorso al Tribunale in modo che, una volta che lo stesso dichiari la propria incompetenza riguardo la nomina, sia fugato ogni dubbio sul dovere del debitore di nominare tale figura. Per un approfondimento sull'argomento si vedano A. MAFFEI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *G. Dir*., 2012, 29, 50; C. FISCHETTI, *Crisi d'impresa: alcune considerazioni sulla figura dell'attestatore a un anno dal Decreto Sviluppo*, in *Riv. dir. banc*.,18, 2013.

[719] L'art. 182 *ter*, al comma 6, L.F. prevede la risoluzione di diritto dell'accordo in caso di mancato adempimento entro novanta giorni dalle scadenze previste, ma solo in riferimento all'accordo di ristrutturazione del debito. Esclusivamente per ciò che attiene la parte di debito strettamente previdenziale, per quanto riguarda l'accordo sottoscritto nell'ambito della procedura concordataria si deve fare riferimento all'art. 4, ultimo comma del d.m. 2009, il quale prevede, in caso di inadempimento, la "*revoca*" dell'accordo. Si tratta dunque di una specificazione non applicabile all'accordo che ha ad oggetto tributi fiscali.

[720] L'art. 3. del citato d.m. 4 agosto 2009 prevede limiti molto stringenti alla falcidiabilità. Per i crediti privilegiati di cui al n. 1) dell'art. 2778 c.c. (cioè i crediti per contributi dovuti a forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, ex art. 2753 c.c.) e per i crediti per premi dovuti all'INAIL, è dovuto il pagamento integrale; per i crediti privilegiati di cui al n. 8) della stessa norma (cioè i crediti per contributi dovuti per forme di assicurazione obbligatoria diverse da quella di cui all'art. 2753, previste dall'art. 2754 c.c., e per le sanzioni civili ed interessi di mora, limitatamente al 50% del loro ammontare), il pagamento in misura non inferiore al 40%; per i crediti chirografari (costituiti dal restante 50% dei suddetti accessori) il pagamento in misura non inferiore al 30%.

secondo le indicazioni espresse nel citato (e per questo anche assai criticato[721]) d.m. 9 agosto 2009.

3. Seconda premessa (per tributaristi, giuscommercialisti, economisti, e altri).

Per i tributaristi, fallimentaristi, giuscommercialisti, economisti e altri, invece, la premessa non può che riguardare la natura del rapporto giuridico previdenziale (da cui scaturisce, tra l'altro, l'obbligo di contribuzione) e, su un piano più particolare, l'oggetto di un eventuale transazione previdenziale.

3.1. Segue: rapporto giuridico previdenziale e solidarietà.

Per capire la transazione previdenziale occorre, in primo luogo, ricordare che il rapporto previdenziale non ha una struttura assicurativa, rispondendo la sua costituzione ed il suo funzionamento ad un superiore interesse pubblico che impegna lo Stato ad assicurare ai lavoratori mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria (art. 38, comma 2, Cost.). Ne deriva che l'intero sistema previdenziale è improntato ad un principio di solidarietà[722], che si può considerare *species* della solidarietà realizzata attraverso l'imposizione fiscale generale, e che il rapporto tra contributi e prestazioni va inteso, più che in termini di corrispettività, in termini di strumentalità[723].

---

[721] Sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, che ne hanno spesso stigmatizzato la portata illegittimamente restrittiva arrivando comunque, nel vecchio impianto legislativo, a contenerne la portata. Ad esempio sostenendo, in linea con quanto poi affermato dalle Sezioni Unite nel 2016 e 2017 (vedi *supra*), che la transazione fiscale e previdenziale non costituiva nel vecchio regime un subprocedimento necessario all'interno del concordato preventivo ma meramente facoltativo, in quanto spettava al debitore la decisione di avvalersene o meno a seconda se intenda conseguire i particolari effetti che ne derivano (cioè il consolidamento del debito fiscale e la cessazione della materia del contendere nelle liti pendenti) (Trib. Udine 15 giugno 2011; Corte d' App. Torino 23 ottobre 2010). Ragion per cui se l'imprenditore ritiene di non percorrere la transazione sarebbe possibile conseguire comunque la falcidia dei crediti fiscali e previdenziali, nell'ambito del piano concordatario approvato a maggioranza, senza rispettare i limiti al riguardo previsti dalla conferente normativa, e, in particolare, dal d.m. 4 agosto 2009, il quale sarebbe applicabile "*nell'esclusivo ambito della procedura di cui all'art. 182 ter*" L.F. (come puntualizzato proprio dall'art. 1 dello stesso D.M.) (Corte d' App. Milano n. 2896/2014; Corte d'App. Genova 27 luglio 2013; Trib. Varese 30 giugno 2012; Trib. La Spezia 24 ottobre 2013; Trib. Cosenza 29 maggio 2013; Trib. Como 22 ottobre 2013; Trib. Busto Arsizio 7 ottobre 2013; Trib. Campobasso 31 luglio 2013). Tale possibile assetto interpretativo risulta ovviamente del tutto superato dalla novella legislativa che si commenta, giacchè, come detto, l'accordo con gli enti previdenziali ai sensi dell'art. 182 *ter*, è ora il solo strumento che consente la riduzione del debito contributivo. La questione, oggi, è dunque più che altro quella di sapere in che misura il d.m. del 2009 sia ancora vigente e applicabile (vedi *infra*, nel testo).

[722] Sui principi fondanti il sistema previdenziale si veda, per tutti, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2014; M. PERSIANI, A*ncora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale,* in *Argomenti Dir. Lav.*, 2016, 3, 552; R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2016; P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *Dig. Disc. Priv*., XI, Torino, 1995, pag. 243 e segg.

[723] Strumentalità nella quale la contribuzione assume la qualificazione di un'imposta speciale, perché riferita ad una specifica categoria di soggetti e orientata ad una altrettanto specifica destinazione: fornire i mezzi per la realizzazione dei compiti che la legge affida agli enti previdenziali. Sul tema si veda M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, op. cit., per il quale la dimostrazione più evidente dell'assenza di un rapporto di corrispettività tra contribuzione e prestazioni la si può ricavare, per un verso, dal costante trasferimento di risorse pubbliche destinate al sostegno del sistema previdenziale e del suo equilibrio e, per l'altro, dalla operatività del meccanismo della automaticità delle prestazioni, erogate anche in assenza della corrispondente contribuzione (assai rilevante, come si vedrà, in questa materia).

3.2. Segue: gli enti (previdenziali) creditori interessati e l'oggetto della eventuale "transazione previdenziale".

Entrando più nel dettaglio va poi precisato che, nell'ambito che qui stiamo considerando[724], l'oggetto di un'eventuale transazione fiscale sono i contributi "*amministrati dagli enti gestori di previdenza e assistenza obbligatorie*" non tempestivamente versati e, quindi, maggiorati degli accessori di legge (interessi e sanzioni)[725]. E ciò indipendentemente dal fatto che il debito contributivo sia stato o meno già iscritto al ruolo[726].

Ne deriva che gli enti creditori coinvolti non sono esclusivamente quelli pubblici[727] ma anche gli enti di previdenza obbligatoria privatizzati (d.lgs. n. 509 del 1994)[728] nonché quelli specificatamente costituiti per i liberi professionisti (d.lgs. n. 103 del 1996)[729].

---

[724] Può essere utile rappresentare come, da un punto di vista più strettamente fiscale, l'oggetto della transazione prevista dall'art. 182 *ter* possano essere unicamente i debiti privilegiati e chirografari relativi a tributi amministrati dalle Agenzie fiscali, restando fuori dal campo di applicazione della procedura prevista dalla norma i tributi non amministrati dalle stesse. L'art. 29 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito nella l. n. 122 del 2012 aveva stabilito che la proposta di transazione potesse prevedere unicamente un pagamento dilazionato dell'IVA. A seguito della riforma da ultimo intervenuta, è stato eliminato il divieto di falcidia dell'IVA e delle ritenute. Da ciò discende l'equiparazione tra l'IVA e le altre voci di natura tributaria, sul punto si veda la ricostruzione di V. FICARI, op. cit., p. 5.

[725] Secondo E. BAGAROTTO, op. cit., p. 1472, non dovrebbero esserci dubbi a ritenere che tra gli "accessori" a cui fa riferimento l'art. 182 *ter* rientrino gli interessi, in quanto trattasi di somme strettamente correlate al tributo o contributo al fine di aggiornare il valore funzionale del decorso del tempo, nonché (se pur con qualche dubbio) le sanzioni; più netto G. LA CROCE, op. cit., per il quale nel concetto di "accessori" devono invece essere ricompresi anche le sanzioni e gli interessi. La questione di sapere se nel concetto di accesso vi rientrano sia gli interessi che le sanzioni è, chiaramente, di grande importanza. A tal fine, soprattutto per quanto riguarda i debiti contributivi, può certamente essere utile evidenziare, a sostegno delle opinioni qui citate, che il legislatore quando vuole riferirsi indistintamente agli interessi e alle sanzioni adotta il termine di "accessori di legge" (si vedano, a titolo esemplificativo, l'art. 3 *bis* del d.l. 138 del 2002 che fa esplicito riferimento agli "accessori di legge"). Diversamente, come ad esempio nel caso dell'art. 116, comma 15, della l. n. 388 del 2000, quando il legislatore intende regolamentare in modo diverso interessi e sanzioni lo fa utilizzando questi termini specifici e non, per uno di essi, l'espressione accessori ("*criteri e modalità per la riduzione delle sanzioni civili […] fino alla misura degli interessi*). Ne deriva che, anche da un punto di vista dell'interpretazione sistematica, risulta confermato che nella fattispecie degli accessori rientrano tanti gli interessi che le sanzioni.

[726] Per quanto riguarda i crediti tributari l'insussistenza di una distinzione tra crediti iscritti a ruolo o no è stata affermata, ancora prima della riforma dell'art. 182 *ter* L.F., dalla circolare Agenzia delle entrate n. 40 del 2008. Le modifiche hanno definitivamente chiarito questo profilo essendo stato eliminato nella legge ogni riferimento alla iscrizione al ruolo del credito.

[727] Sulla natura degli enti previdenziali si vedano le opinioni di U. PROSPERETTI, *Osservazioni per l'autonomia degli Enti previdenziali*, in *I problemi della sic. soc*., 1961, p. 455; C. LEGA *Il rapporto giuridico previdenziale*, Milano, 1969, p. 187; L. BARASSI. *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, Milano, 1930. p. 557. Come sottolineato da M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino, 2016, anche nei confronti di tali Enti sussiste il carattere della strumentalità della loro funzione in quanto trattasi di Enti che fungono da strumenti per la realizzazione di fini fondamentali dello Stato. Nello stesso senso anche R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

[728] Sul procedimento che ha comportato la trasformazione di tali enti ad opera del d.lgs. n. 509 del 30 giugno 1994 v. M. SESSA, *Gli enti privati di interesse generale*, Milano, 2007; M. MARINELLI, L. NOGLER, *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2012; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2016.

[729] Il d.lgs. n. 103 del 10 febbraio 1996 ha esteso, a decorrere dal 1° gennaio 1996, la tutela previdenziale obbligatoria ai soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione senza vincolo di subordinazione, il cui esercizio è condizionato all'iscrizione in appositi albi o elenchi. Il Consiglio di Stato con la Sentenza n. 6014 del 28 novembre 2012 ha stabilito che la natura giuridica delle Casse di previdenza dei professionisti è pubblica, pur avendo un'organizzazione privata. In particolare, i giudici hanno ritenuto che: «*la trasformazione operata dal d.lgs. 509/1994 ha lasciato immutato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza svolta dagli Enti in esame, che conservano una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, costituendo la privatizzazione una innovazione di carattere essenzialmente organizzativo*». Opinione ribadita anche da Cons. Stato Sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182 con commento di R. PROIETTI, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 6, 723. Alla luce della sentenza n. 7 del 2017 della Corte Costituzionale, come mi ha insegnato Pasquale Sandulli nei diversi colloqui informali intercorsi sul tema, è interessante evidenziare come tali enti possano essere considerati gestori di forme

Per altro verso, l'oggetto della eventuale transazione riguarda sia l'ammontare dei contributi omessi che gli interessi e le somme aggiuntive (i cosiddetti accessori[730]), se pur nei limiti di quanto non ancora prescritto[731].

Ed è altresì importante considerare che le somme in questione sono quelle che derivano dall'intera omissione contributiva, senza alcuna possibilità di distinguere la quota a carico del lavoratore da quella a carico del datore di lavoro (art. 2115, comma 1, cod. civ.). Ciò in quanto gli artt. 19 e 23 della legge n. 218 del 1952, sebbene non manchi qualche contestazione, pongono per intero in capo al secondo, in caso di omesso o ritardato adempimento, l'obbligo di farsi carico di entrambe le quote[732].

Del tutto coerentemente, del resto, anche di recente la Suprema Corte[733] ha precisato come il lavoratore sia legittimato ad insinuare al passivo le retribuzioni a lui dovute e non pagate al lordo della contribuzione previdenziale insoluta e già a suo carico, con assistenza dei privilegi previsti per il credito retributivo per l'intero importo. L'ente è invece legittimato ad insinuare il credito

---

di previdenza alternative, più che sostitutive, di quelle obbligatorie. Ciò in quanto la Corte Costituzionale, con la sentenza qui indicata, ne enfatizza la natura mutualistica e l'autonomia di gestione.

[730] Art. 116 della L. n. 388 del 2000.

[731] La Legge n. 335/1995 ha disciplinato il termine prescrizionale relativo alle contribuzioni di previdenza ed assistenza sociale obbligatoria. Nello specifico, l'art. 3, comma 9 statuisce che: "*Le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini di seguito indicati*: *a) dieci anni per le contribuzioni di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie, […] A decorrere dall'1 gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti; b) cinque anni per tutte le altre contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria"*. Tuttavia, affinché il termine diventi decennale è necessario che l'Istituto provveda ad emettere un proprio atto il quale è l'unico ad avere efficacia interruttiva (così ha chiarito la circolare dell'INPS n. 69 del 25 maggio 2005). Parte della dottrina, per tutelare l'affidamento del datore di lavoro al minor termine prescrizionale, ha ritenuto che tale regola potesse operare unicamente in riferimento ai crediti la cui prescrizione abbia avuto decorrenza anteriore al 31 dicembre 1995 e scadenza entro i 5 anni successivi; in tal senso M. CINELLI, *Sul regime intertempo tale della disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali in caso di denuncia del lavoratore*, in *Riv. Dir. Sic. Soc*., 2012, p. 204 e ss.; M. BERETTA, *Ancora sulla decorrenza del termine di prescrizione quinquennale in materia di contribuzione previdenziale*, in *Giur. It*., 2015, p. 416 e ss. Altri autori hanno sostenuto che la denuncia del lavoratore inciderebbe unicamente sul rapporto previdenziale pensionistico, risultando "*efficace solo ai fini dell'acquisto, da parte del soggetto protetto, dell'anzianità previdenziale, la quale entra da quel momento a far parte della sua sfera giuridica, indipendentemente dalle vicende dell'obbligazione contributiva*" F. D. MASTRANGELI – C. A. NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, Torino, 1997, p. 293 – 294. La giurisprudenza sembra più altro concorde nel ritenere che "*in tema di prescrizione dei contributi previdenziali e assistenziali la denuncia del lavoratore è idonea a mantenere il precedente termine di prescrizione decennale solamente nel momento in cui sia intervenuta prima della maturazione del nuovo termine quinquennale di prescrizione*" (Cass. n. 23237 del 2013).

[732] A giustificazione della razionalità di tale previsione la Cassazione ha più volte affermato che, omettendo il pagamento della contribuzione, il datore di lavoro terrebbe un contegno lesivo dei principi di buona fede e correttezza (Cass. n. 18232/2015, Cass. n. 10437/2000, Cass. n. 5916/1998). In altre pronunce si è invece considerato che una rivalsa tardiva rischierebbe di gravare il lavoratore di un recupero di somme arretrate "*il cui livello si accresce per il tempo dell'inadempimento, assumendo proporzioni apprezzabili e direttamente proporzionali al perdurare dell'inadempimento del soggetto obbligato*" (Cass. n. 6448/2009; Cass. n. 5916/1998). Secondo alcuni autori tale meccanismo sarebbe iniquo in quanto il lavoratore, beneficiario della sanzione (in quanto destinatario in ragione di essa di un maggior trattamento retributivo) nulla perde dal punto di vista previdenziale, essendo previsto che l'omissione contributiva cui si associ il fallimento sia coperta, per la quota di contributi eventualmente prescritta, da contribuzione figurativa ai sensi dell'art. 3, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 cfr. A. VALLEBONA*, La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav*., 1993, I, 72 ss. Altri autori hanno addirittura in ciò intravisto dei possibili profili di incostituzionalità in quanto tale meccanismo rafforzerebbe i diritti del lavoratore nel momento in cui mantiene fermo l'assetto dei crediti e debiti concorrenti in sede fallimentare (pur a fronte della copertura previdenziale della posizione contributiva), finendo per premiare il lavoratore a danno degli altri creditori in violazione dei canoni della ragionevolezza c.d. intrinseca v. M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee - Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese*, Roma, 25- 26 ottobre 2013, 7).

[733] Cass. n. 23426/2016.

contributivo insoluto, che comprende sia le quote gravanti sul lavoratore che quelle gravanti sul datore di lavoro, e ciò con assistenza dei previlegi previsti agli art. 2753 e 2754 c.c.

4. L'art. 2115, comma 3, cod. civ., e gli strumenti di rimodulazione del debito contributivo tra provvedimenti amministrativi e contratti.

Nella misura in cui il suo effetto è quello di ridurre l'importo dovuto a titolo di contribuzione previdenziale, la disciplina della transazione previdenziale opera, quale norma speciale la cui portata è riferita all'insolvenza di impresa (e solo nei casi di concordato o accordo di ristrutturazione del debito), in deroga alla regola generale che sancisce la nullità di "*qualsiasi patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza o all'assistenza*" (art. 2115, comma 3, cod. civ.). Una previsione così ampia da lasciare chiaramente intendere che sono ricompresi nel campo di applicazione di quella disposizione, e della relativa sanzione della nullità, anche gli accordi relativi agli accessori dei crediti previdenziali[734].

Sebbene in questo caso la deviazione rispetto alla regola generale si presenti in modo chiaramente più evidente, e ciò in ragione della possibilità di inserire nella transazione anche una quota potenzialmente rilevante della sorte capitale rappresentata dal contributo omesso (vedi *infra* ai nn. 2; 3.2; 6; 6.1.), non si tratta, a ben vedere, di una eccezione isolata.

Altre disposizioni di legge, infatti, prevedono, al di fuori dei casi di insolvenza di impresa, la possibilità di accordare la riduzione delle sanzioni civili sino al valore degli interessi (art. 116, comma 15, della legge n. 388 del 2000; Direttiva Ministero del lavoro n. 1 del 2001)[735] o, per altro verso, consentono il pagamento rateizzato (da 24 fino a 60 mesi) di debiti contributivi per i quali non sia stato già formato avviso di addebito (art. 2, comma 11, d.l. n. 338 del 1989, convertito in legge n. 389 del 1989; art. 116, comma 17, legge n. 388 del 2000) ovvero, fino a 60 mesi, per quelli già iscritti al ruolo (art. 3, comma 3 *bis*, della legge n. 138 del 2002).

---

[734] Per accessori, i quali possono essere oggetto del piano di cui all'art. 160 L.F., nella scienza tributaria si intendono le sanzioni e gli interessi correlati al tributo principale (cfr. nota n. 18). L'art. 12 della legge 488/2001, in tema di contenzioso tributario, ha esteso la competenza in materia di oneri accessori al giudice tributario chiamato a decidere sul tributo, considerando tali oneri come parte integrante dello stesso e quindi trattabili e assoggettabili a transazione fiscale.

[735] L'art. 116, comma 15, della L. 388 del 2000 prevede che "*i consigli di amministrazione degli enti impositori, sulla base di apposite direttive emanate dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, fissano criteri e modalità per la riduzione delle sanzioni civili di cui al comma 8 fino alla misura degli interessi legali*", nei casi a) di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi derivanti da oggettive incertezze connesse a contrastanti ovvero sopravvenuti diversi orientamenti giurisprudenziali o determinazioni amministrative sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo successivamente riconosciuto in sede giurisdizionale o amministrativa e nei casi di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, derivanti da fatto doloso del terzo denunciato all'autorità giudiziaria; b) per le aziende in crisi per le quali siano stati adottati i provvedimenti previsti dalla legge 12 agosto 1977, n. 675, dalla legge 5 dicembre 1978, n. 787, dal decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 aprile 1979, n. 95, e dalla legge 23 luglio 1991, n. 223, e comunque in tutti i casi di crisi, riconversione o ristrutturazione aziendale che presentino particolare rilevanza sociale ed economica in relazione alla situazione occupazionale locale ed alla situazione produttiva del settore, comprovati dalla Direzione provinciale del lavoro - Servizio ispezione del lavoro territorialmente competente, e, comunque, per periodi contributivi non superiori a quelli stabiliti dall'articolo 1, commi 3 e 5, della citata legge n. 223 del 1991, con riferimento alla concessione per i casi di crisi aziendali, di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale. Tali criteri sono poi ulteriormente specificati nella Direttiva ministeriale n. 1 del 2001.

C'è però da dire che tra la transazione previdenziale e queste ulteriori eccezioni al vincolo di puntuale adempimento degli "*obblighi relativi alla previdenza e assistenza*" (art. 2115, comma 3, cod. civ.) esiste, almeno da un punto di vista formale, una non trascurabile differenza strutturale.

Ed infatti, mentre la rateizzazione del debito contributivo o la riduzione delle sanzioni sono l'effetto di un provvedimento emesso dall'ente previdenziale all'esito di un procedimento amministrativo attivato su istanza del debitore[736], la transazione previdenziale viene proposta dal debitore e si perfeziona, eventualmente, con un accordo tra le parti.

Ond'è che, per un verso, l'art. 2115, comma 3, cod. civ., in quanto norma sanzionatoria di atti di autonomia negoziale, può avere un impatto diretto esclusivamente sulla transazione previdenziale[737] (e non sugli ulteriori strumenti di rimodulazione degli obblighi contributivi). Ma, per altro verso, e direi ancora prima, la differente natura degli strumenti ora considerati porta necessariamente a chiedersi se, ed in qual misura, la transazione previdenziale possa, sebbene la legge la qualifichi come un accordo, effettivamente essere considerata alla stregua di un atto di autonomia negoziale.

5. La transazione previdenziale come contratto ad oggetto pubblico.

Il ragionamento che può portare ad ipotizzare una risposta a tale quesito è chiaramente molto articolato e presuppone l'estensione dell'ambito di ricerca ad istituti e categorie del diritto amministrativo ancora oggi piuttosto sfuggenti. Ma senza aver qui pretese di trattare in modo esaustivo il tema dell'attività negoziale della pubblica amministrazione pare ragionevole affermare che la transazione previdenziale può essere qualificata alla stregua di un contratto ad oggetto pubblico (art. 11 della legge 241 del 1990[738]), intendendosi per tale quel contratto, stipulati dalla pubblica amministrazione, che ha ad oggetto un bene giuridico qualificato da norme di diritto pubblico e sottratto alla normale circolazione tra privati[739].

In tal senso appare significativo non solo il fatto che l'oggetto della transazione previdenziale sono oneri contributivi destinati a soddisfare un interesse generale (vedi *supra* al n. 3.1.), peraltro espressamente sottratti alla disponibilità dei privati (art. 2115, comma 3, cod. civ.), ma anche la circostanza che nella eventuale stipulazione dell'accordo transattivo gli enti sembrano proprio fare esercizio di poteri amministrativi, più che privatistici.

---

[736] Per quanto riguarda la rateizzazione dei contributi, basti richiamare la Circolare INPS n. 108 del 12 luglio 2013 ove si legge che "*la definizione della domanda di rateazione, all'esito dell'istruttoria compiuta sulla base della verifica del rispetto di tutte le condizioni previste, avviene con un provvedimento motivato di accoglimento, cui segue l'emissione del piano di ammortamento ovvero con un provvedimento di reiezione*". Per la riduzione delle sanzioni, invece, si veda la direttiva del Ministero del Lavoro n. 1 del 2001 che chiarisce come tale concessione sia l'effetto di "*provvedimenti concessivi del beneficio della riduzione delle sanzioni civili*" o, in modo ancora più chiaro, si veda la parte della medesima direttiva che si esprime in termini di "*potere riduttivo*".

[737] Potendo, ad esempio, comportare la nullità parziale di accordi che dispongano degli oneri contributivi, diretti e/o accessori, in violazione delle specifiche disposizioni autorizzatorie contenute nello speciale regime della transazione previdenziale riservato all'impresa insolvente.

[738] Sulla portata generale di questa disposizione, che rappresenta il riferimento normativo di una categoria di contratti che non necessariamente si esaurisce nelle fattispecie specificamente indicate da quella disposizione, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, p. 71 e ss.

[739] E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, p. 89; A. TESAURO, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1961, p. 9 e ss.; G. FALCON, *le convenzioni pubblicistiche,* Milano, 1984, p. 283 e ss.

E ciò lo si può ricavare sia dal fatto che nell'aderire all'accordo l'ente esercita prerogative che, a ben vedere, ricomprendono i poteri amministrativi (di cui si è detto qui sopra al n. 4, ed anche alla nota n. 30) di ridurre le sanzioni e di concedere rateizzazioni, sia dal fatto che la valutazione della proposta formulata dal debitore appare comunque dovuta, pur residuando un dubbio (esclusivamente imputabile all'incertezza sulla natura strettamente oggettiva e vincolante dei presupposti richiesti dal decreto ministeriale per il raggiungimento dell'accordo) sulla natura vincolata di questo tipo di attività o sulla necessità che vi sia un esercizio di discrezionalità amministrativa.

Ciò che si vuole dire è che in ogni caso, ed è questo che conta, non si tratta di autonomia perché il comportamento dell'ente, soprattutto per ciò che attiene la valutazione delle condizioni eventualmente proposte, non può certamente considerarsi libero, spontaneo. È un comportamento dovuto, pur potendosi discutere sul fatto che la conclusione di questo procedimento necessario sia o meno vincolata (vedi infra al n. 8).

Più elementi, dunque, inducono pertanto a ritenere che la transazione previdenziale sia un contratto ad oggetto pubblico cui si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11, comma 2, della legge n. 241 del 1990). Solo con ciò potendosi spiegare, tra l'altro, anche il fatto che l'art. 4, comma 2, del d.m. 4 agosto 2009 regola le conseguenze dell'eventuale inadempimento degli impegni assunti con la transazione previdenziale utilizzando categorie non proprio civilistiche ove prevede, ad esempio, che "*il mancato rispetto degli obblighi previsti nell'accordo comporta la revoca dell'accordo medesimo*" (vedi anche nota n. 13).

6. Il rapporto tra l'art. 182 ter, nuovo testo, L.F. e il d.m. 4 agosto 2009.

Per passare ad un'analisi di maggior dettaglio della nuova disciplina della transazione previdenziale occorre capire bene quali siano le fonti di riferimento che oggi regolamento l'istituto. Non è ben chiaro, infatti, il rapporto che intercorre tra il novellato art. 182 *ter* L.F. ed il decreto emesso dal Ministero del lavoro il 4 agosto 2009 proprio al fine di definire, nel previgente assetto normativo, le modalità di applicazione, i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi.

Quel decreto ministeriale era stato emanato in virtù di una esplicita previsione (art. 32, comma 6, d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 2008) contenuta nello stesso articolo che (al comma precedente) aveva riscritto l'art. 182 *ter* L.F. (art. 32, comma 5, d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 2008). Ciò non di meno risulta assai difficile sostenere che la riscrittura dell'art. 182 *ter* L.F. disposta dalla legge di stabilità per il 2017 lo abbia, se pur implicitamente, abrogato nella sua interezza.

A tal riguardo occorre infatti rimarcare non solo che l'ultima riforma nulla dice in merito alla norma primaria di rinvio (art. 32, comma 6, d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 2008), ed al decreto ministeriale della stessa attuativo, ma anche, e forse soprattutto, che il citato art. 32, comma 6, d.l. n. 185 del 2008 affidava al Ministero del lavoro il compito di definire "*le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi*".

Ond'è che, a ben vedere, la fattispecie ivi richiamata ("*accordi cui crediti contributivi*"), oltre ad essere contenuta in una disposizione (art. 35, comma 6, d.l. n. 185 del 2008 cit.) materialmente

distinta da quella che aveva modificato nel 2008 l'art. 182 *ter* L.F. (art. 35, comma 5, d.l. n. 185 del 2008 cit.) e tutt'ora in vigore, risulta, in ogni caso, assai più ampia di quella della "*transazione fiscale*" espressamente richiamata nella rubrica dell'art. 182 *ter* L.F (che l'ultima riforma ha poi modificato, coerentemente con la portata della novità legislativa, in "*trattamenti dei crediti tributari e contributivi*").

Ne deriva che, a parere di chi scrive, il rapporto tra il d.m. del 2009 ed il novellato art. 182 *ter* L.F. deve probabilmente essere risolto in termini di implicita abrogazione di quelle specifiche disposizioni contenute nel primo che risultino oggettivamente incompatibili con le novità successivamente introdotte nel riformato art. 182 *ter* L.F.

E ciò, oltre che per una ragione di prevalenza della fonte primaria novellata (art. 182 *ter* L.F.) sulla fonte regolamentare secondaria, anche per via della prevalenza che va accordata alla fonte cronologicamente successiva[740] (art. 182 ter L.F., come modificato dall'art. 1, comma 81, legge n. 232 del 2016). La cui entrata in vigore (gennaio 2017), per un verso, modifica indirettamente la portata della norma primaria di rinvio alla decretazione ministeriale (art. 32, comma 6, d.l. n. 185 del 2008), ciò in quanto quella norma di rinvio nel nuovo assetto normativo certamente non può affidare alla decretazione del ministero del lavoro il potere di introdurre regolamentazioni in contrasto con altre norme primarie, e, per altro verso, supera comunque ogni previgente regolamentazione incompatibile per effetto della loro implicita abrogazione[741].

---

[740] Può essere interessante capire se il d.m. del 2009 viene direttamente abrogato dalla novella legislativa o se quest'ultima interviene sulla norma primaria di rinvio (il comma 6 dell'art. 32 del d.l. 185 del 2008). I principi generali che governano i rapporti gerarchici tra le fonti, prevedono che nel caso in cui si verifichi il contrasto tra due norme, una delle quali sia al tempo stesso gerarchicamente sovraordinata e cronologicamente successiva, il principio gerarchico e quello cronologico concorrono: la norma anteriore e inferiore può essere considerata abrogata in quanto anteriore (principio cronologico) o invalida in quanto inferiore (principio gerarchico), in tal senso l'opinione di R. GUASTINI *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 116. Sugli altri casi in cui i due principi citati possono interferire o concorrere tra loro, si vedano V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1993, p. 195 e ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, p. 11 e ss; N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 2012, p. 113 e ss. Ulteriore spunto potrebbe derivare dal fatto che il d.m. 4 agosto 2009 potrebbe aver ecceduto la delega che gli era stata attribuita dall'art. 32, comma 6 del d.l. n. 185 del 2008; in tal caso, il comma 3 del d.m. potrebbe ritenersi invalido in quanto lesivo del principio gerarchico alla luce del fatto che le esclusioni dallo stesso previste appaiono in contrasto con la legge da cui origina. Per un approfondimento sulla illegittimità dei regolamenti ministeriali ad integrazione vedasi L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni Costituzionali*, 1990, p. 7 e ss; U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione della legge n. 400 del 1998*, in *Dir. Pubb*., 1996, p. 79; A. A. Cervati, *A proposito di "regolamenti delegati", e delegificazione, in una attribuzione di potestà normativa all'esecutivo che suscita molti interrogativi,* in *Giur. Cost*., 1995, p. 1848 e ss.

[741] Le varie limitazioni previste dal d.m. 4 agosto 2009, e dalle circolari degli enti previdenziali emesse ai sensi dell'art. 5 dello stesso d.m., finivano, secondo alcuni autori, per rendere arduo l'accesso alla transazione previdenziale. Il problema principale sarebbe rappresentato dall'effettiva incidenza e vincolatività della disciplina introdotta dal suddetto d.m., in quanto quest'ultimo decreto doveva essere emanato per definire "*le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi*", ed invece avrebbe fissato ulteriori condizioni e limitazioni di natura sostanziale (facendo emergere un possibile contrasto con l'art. 182 *ter* L.F.). È per queste ragioni che in dottrina e in giurisprudenza si è andato diffondendo l'orientamento per il quale la disciplina dettata dal D.M., in quanto contraria a disposizioni di legge di rango superiore, può essere disapplicata dal Giudice Ordinario ai sensi dell'art. 5, L. 20 marzo 1865, n. 2264, all. E. In particolare, si sostiene che il D.M., nella parte in cui stabilisce percentuali minime di pagamento dei crediti in esso considerati, è viziato da violazione di legge in quanto in contrasto con il contenuto di norme primarie, quali gli artt. 160, 182 *ter*, comma 1, 184 e 186, L.F., norme, queste, che consentono il pagamento parziale del credito privilegiato nella misura consentita dal valore del bene posto dalla legge a garanzia del credito (Trib. Monza 22 dicembre 2011; in dottrina v. L. DEL FEDERICO, *Questioni controverse sulla transazione fiscale*, in *Corr. Trib*., 2010, 2379 ss.; nelle opinioni F. MARENGO, in F. MARENGO - A. LA MALFA, *La transazione fiscale e previdenziale*, Rimini, 2010, 281 e di M. GALARDO, op. cit., p. 110, l'art. 4 del d.m. 4 agosto 2009 avrebbe limitato moltissimo ed in maniera ingiustificata la possibilità per l'imprenditore di procedere alla ristrutturazione della componente del proprio passivo costituita da esposizioni nei confronti dell'INPS e dell'INAIL.

7. Il nuovo limite della falcidiabilità dell'importo realizzabile in caso di liquidazione del patrimonio del soggetto insolvente.

Seguendo questa logica, il d.m. del 2009 sembra ormai superato per effetto della riscrittura dell'art. 182 ter L.F. in almeno due punti chiave.

In primo luogo pare dubbia la compatibilità tra la nuova disciplina della transazione previdenziale ed il divieto posto dal decreto ministeriale di stipulare accordi aventi ad oggetto i "*crediti dovuti in esecuzione delle decisioni assunte dagli organi comunitari in materia di aiuti di stato*" (art. 1, comma 3, lett. b) del d.m. 2009). Ciò in quanto il nuovo criterio di falcidiabilità dei contributi previdenziali è stato inserito proprio a valle di una sentenza della Corte di Giustizia[742] che, come visto, afferma la compatibilità con la disciplina comunitaria della legislazione fallimentare italiana interpretata nel senso che consente, nell'ambito di un concordato, il pagamento parziale un tributo di rilevanza comunitaria all'esito di una attestazione che tale debito non riceverebbe, in caso di liquidazione del patrimonio del soggetto insolvente, un trattamento migliore).

In secondo luogo, e qui l'abrogazione del d.m. del 2009 pare decisamente più chiara, sembrano definitivamente superati i restrittivi criteri di falcidiabilità del debito contributivo posti dall'art. 3 del d.m. del 2009. Ciò nel senso che, nella logica che emerge dalla stessa giurisprudenza comunitaria[743], il limite esterno massimo della riduzione del debito è ormai fissato, per tutti i debiti contributivi, senza distinzione tra capitale e accessori, nella quota realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione. Ovviamente tenuto conto della collocazione preferenziale dei crediti in questione e, per quanto riguarda la quantificazione del ricavabile, alla luce di quanto previsto dalla relazione effettuata da un professionista indipendente in possesso dei requisiti di legge (art. 67, terzo comma, lettera d, L.F).

7.1. Segue: gli ulteriori parametri per il trattamento del debito contributivo, differenziati per i crediti previlegiati e i crediti chirografari.

Nell'ambito di tale limite esterno, invalicabile, operano poi ulteriori parametri di natura comparativa che impongono alle parti di questa eventuale transazione di non trattare i crediti contributivi in modo deteriore a quanto disposto per altre classi di crediti specificatamente individuale dalla norma. In particolare, la seconda parte del primo comma dell'art. 182 *ter* fa riferimento ai crediti assistiti da privilegio e a quelli chirografari, prevedendo due distinti regimi.

Se il credito è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie che lo assistono, non possono essere inferiori o meno vantaggiose rispetto alle condizioni offerte ai crediti che godono di un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti previdenziali. La disposizione prevede, dunque, la possibilità di alterare la graduatoria dei privilegi ammettendo che un creditore di contributi previdenziali possa essere soddisfatto non integralmente, se trattato in modo

---

Critici sul contenuto del D.M. 4 agosto 2009, E. MATTEI, op. cit., p. 561 ss.; E. STASI, op. cit., p. 1195; V. ZANICHELLI, op. cit., p. 377 ss). Si è poi già detto degli orientamenti per i quali la transazione previdenziale non costituiva un subprocedimento necessario all'interno del concordato preventivo. Le questioni qui poste sembrano, oggi, definitivamente superate dalla riscrittura dell'art. 183 *ter* L.F.

[742] CG 7 aprile 2016 C – 546/2014 (Degano Trasporti S.a.S).

[743] CG 7 aprile 2016 C – 546/2014 (Degano Trasporti S.a.S).

non deteriore rispetto ai creditori privilegiati di grado successivo. Si tratta, quindi, di una norma di carattere eccezionale che pone una deroga al principio della inalterabilità della graduazione[744].

Allo stesso modo, la norma in esame prevede una regolamentazione specifica anche per i crediti previdenziali chirografari prevedendo che il trattamento degli stessi, nel caso di suddivisione in classi dei chirografari, deve essere equiparato a quello riservato alla classe trattata in modo più favorevole, introducendo così un limite legale alla composizione delle classi creditorie.

7.2. Segue: la natura privilegiata o chirografaria dei crediti previdenziali.

L'applicazione di tali regole richiede che venga rapidamente chiarito se e in che misura un credito contributivo, potenzialmente coinvolto in una transazione previdenziale, debba essere considerato privilegiato o chirografario.

Ai sensi dell'art. 2753 cod. civ. godono di privilegio generale sui mobili del datore di lavoro i crediti "*derivanti dal mancato versamento dei contributi ad istituti, enti o fondi speciali, compresi quelli sostitutivi o integrativi, che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti*". La formula è assai ampia e, soprattutto, ben diversa da quella utilizzata dall'art. 2754 cod. civ. ove si chiarisce, per i contributi destinati a regime diversi da quello della IVS, che il privilegio in questione riguarda solo i "*crediti per contributi dovuti*" e non quelli "*derivanti dal mancato versamento degli stessi*".

Pur tuttavia l'inevitabile dubbio che la formulazione dell'art. 2753 cod. civ. alimenta sulla natura privilegiata o meno degli accessori dei crediti contributivi destinati ad alimentare il regime IVS è sciolto, almeno per chi ritiene che gli accessori del credito siano tanto gli interessi che le sanzioni (perché altrimenti le sanzioni per omessa contribuzione al regime IVS dovrebbero sempre godere di privilegio), dall' art. 2754 cod. civ.

In quest'ultima disposizione è infatti chiarito che il privilegio generale in questione si estende agli accessori, anche per quanto riguarda i contributi destinati al regime IVS, solo nella misura del cinquanta per cento dei medesimi. E ciò in modo del tutto coerente con quanto previsto anche dal successivo art. 2778 cod. civ. nella parte in cui inserisce al primo posto della gradazione dei privilegi i crediti per contributi destinati al regime IVS e all'ottavo posto i crediti destinati ad altri regimi previdenziali nonchè, nella misura del cinquanta per cento, gli accessori di tutti i regimi contributivi[745].

7.3. Segue: crediti previdenziali e classi omogenee di crediti (e creditori).

Un problema interpretativo tutt'altro che scontato è quello che riguarda i criteri di trattamento dei creditori previdenziali per i quali la legge, nel caso in cui il credito sia privilegiato, impone,

---

[744] Questa l'opinione di G. BOZZA, op. cit., p. 377.

[745] Per Trib. Lucca 23 novembre 2002 "*ai sensi dell'art. 2778 c.c., i crediti per contributi ad istituti che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, indicati dall'art. 2753 c.c., sono assistiti da privilegio di primo grado; i crediti per accessori relativi ai suddetti contributi sono assistiti, limitatamente al cinquanta per cento del loro ammontare, da privilegio di ottavo grado, i crediti dello Stato per imposta sul valore aggiunto sono assistiti da privilegio di diciannovesimo grado*". Sul punto è anche utile ricordare l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla "*non estensione del privilegio alle soprattasse se non nelle ipotesi espressamente previste e cioè in materia di Iva e di Invim, da intendersi come disposizioni eccezionali e non applicabili in via analogica ad ipotesi tributarie diverse*" (Cass. Sez. Un., n. 5246 del 6 maggio 1993; Cass. n. 838 del 24 gennaio 1995).

come visto, un trattamento non inferiore a quello riservato ad altri creditori che hanno "*una posizione giuridica e interessi economici omogenei*".

In alcuni commenti emerge il tentativo di sostenere, forse in modo eccessivamente semplicistico, la natura omogenea della posizione giuridica e degli interessi di tutti gli enti pubblici[746].

Ma, a ben vedere, il problema di fondo è che la valutazione di omogeneità più che riferita alla posizione giuridica ed all'interesse economico dell'ente creditore dovrebbe essere apprezzata più che altro con riguardo alla specifica natura del credito di cui parliamo.

Ond'è che, per quanto riguarda i crediti previdenziali, tenuto conto degli artt. 2 e 38 Cost., la valutazione di omogeneità in questione potrebbe imporre di trattare questi crediti al pari di altri crediti che possono vantare analoga rilevanza costituzionale. Ciò con la possibile conseguenza che i crediti previdenziali dovrebbero avere lo stesso trattamento dei crediti fiscali (dotati di pari rilevanza costituzionale in ragione della previsione contenuta nell'art. 53 Cost.[747]) e, se esistono, degli altri crediti, di rilevanza costituzionale, funzionali ad un analogo interesse generale.

Da questo punto di vista c'è da evidenziare che per effetto del novellato art. 182 *ter* risulta rafforzata la percezione della natura pubblicistica dei crediti in questione in quanto la falcidia del debito contributivo (e di quello fiscale) richiede pur sempre l'adesione dell'ente creditore, pur residuando dubbi sulla discrezionalità valutativa dell'ente, e non può essere a quest'ultimo imposta (come, invece, prima poteva avvenire mediante l'approvazione a maggioranza del piano concordatario e la conseguente meccanica applicazione della gradazione dei privilegi di cui all'art. 2778 cod. civ.) (vedi *supra* al n. 3).

8. Transazione previdenziale e discrezionalità dell'amministrazione.

Gli ulteriori criteri che dovrebbero accompagnare la valutazione dell'ente previdenziale rispetto all'ipotetico accordo transattivo, superate le questioni che attengono alla quantità della riduzione, restano quelli definiti dall'art. 4 del d.m. 4 agosto 2009[748] ed in diverse circolari emanate

---

[746] In particolare, questa è l'opinione offerta da V. ZANICHELLI, op. cit., 268.

[747] Il principio della capacità contributiva rappresenta, secondo l'opinione di consolidata dottrina, l'elemento fondante il sistema tributario italiano. Tale norma sancisce sia la doverosità del concorso dei privati alle spese pubbliche sia l'universalità dell'obbligo tributario che, alla luce dell'art. 3 della Cost., riguarda indistintamente tutti i soggetti parte della collettività. Per un approfondimento si vedano L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, p. 408 e ss.; E. DE MITA, *Fisco e costituzione*, I, Milano, Milano, 1987, p. 93 e ss.; G. MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria*, Torino, 1991. Può ritenersi ampiamente condivisa la ricostruzione che individua il fondamento giuridico delle prestazioni tributarie - e la loro rilevanza costituzionale - nell'appartenenza del singolo alla collettività organizzata, inquadrando il dovere tributario tra quelli inderogabili di cui all'art. 2 della Costituzione.

[748] In particolare, all'art. 4 del citato d.m. sono stati individuati i criteri valutativi nel rispetto dei quali gli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria possono accedere alla proposta di transazione. Tali criteri sono rappresentati: dall'idoneità dell'attivo ad assicurare il soddisfacimento dei crediti anche mediante prestazione di eventuali garanzie (M. GALARDO, op. cit., ritiene che la richiesta della prestazione di eventuali garanzie reali debba essere limitata ai soli casi in cui il contribuente richiede il pagamento dilazionato); il riconoscimento formale ed incondizionato del credito per contributi e premi con annessa rinuncia a tutte le eccezioni connesse con lo stesso credito; la correntezza nel pagamento dei contributi e premi dovuti per i periodi successivi alla presentazione della proposta di accordo; il versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti (l'Inps ha fornito una propria interpretazione ritenendo che il versamento debba essere richiesto non solo ai fini dell'accesso alla dilazione del pagamento dei crediti contributivi ma anche ai fini del pagamento parziale degli stessi, tenuto conto che il loro mancato versamento configura il reato di cui all'art. 2, comma 1 bis, del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463); l'essenzialità dell'accordo ai fini della

dagli enti proprio in applicazione di quel decreto[749].

Ne deriva che, fermo restando l'obbligo di avviare la procedura di valutazione della proposta di accordo, a mio giudizio ineliminabile se non a forte rischio di responsabilità erariale di chi si assume la responsabilità di evitare l'attivazione di questo procedimento, e quindi anche di apprezzare la stima del patrimonio del soggetto insolvente effettuata dal professionista indipendente per quantificare il ricavabile in caso di liquidazione, il processo di concreta valutazione della convenienza dell'accordo transattivo risulta scandito da un'ulteriore procedimentalizzazione, assai dettagliata, che potrebbe far pensare all'assenza di qualsiasi forma di discrezionalità degli enti previdenziali in merito alla possibilità di accettare o meno la proposta di riduzione del debito.

Pur tuttavia, da questo punto di vista resta da segnalare che il testo del DM del 2009 offre chiari spunti interpretativi di segno contrario nella parte in cui (art. 4) stabilisce anche che gli Enti "*possono accedere*" alla proposta di accordo.

La questione, di grande rilevanza, giacchè la soluzione prescelta è destinata a cambiare in profondità il senso applicativo dell'istituto in questione, è incerta.

Considerato il dettaglio dei vincoli normativi che rendono accettabile la transazione, a partire dai livelli massimi dell'eventuale riduzione, e ricordato che il contratto in questione ha un oggetto pubblico ed è stipulato nell'esercizio di poteri amministrativi (vedi *supra* al n. 5), la discrezionalità dell'Ente dovrebbe essere esclusa dal principio di imparzialità che deve connotare l'agire della pubblica amministrazione (art. 97 Cost[750]) e, di conseguenza, dalla necessità che non vi siano differenziazioni tra posizioni giuridiche sostanzialmente omogenee.

Per altro verso, a favore di un margine di discrezionalità dell'ente si potrebbe in qualche modo invocare non solo la sentenza della Corte Cost. n. 7 del 2017 - nella parte in cui per gli enti privatizzati che gestiscono forme obbligatorie di previdenza enfatizza, nell'ambito del modello mutualistico, l'autonomia gestoria e la responsabilità di gestione[751] - ma anche l'esistenza, se pur

---

continuità dell'attività dell'impresa e di ogni possibile salvaguardia dei livelli occupazionali. Per osservazioni critiche sui criteri ora esposti, giudicati eccessivamente restrittivi, M. GALARDO, op. cit., p. 110 e di F. MARENGO, A. LA MALFA, op. cit., p. 279.

[749] In ragione di quanto previsto dall'art. 5 del d.m. 4 agosto 2009 al decreto stesso sono seguite due circolari, rispettivamente dell'Inps (circolare n. 30 del 2010) e dell'Inail (circolare n. 8 del 2010). In dottrina ci si è interrogati riguardo l'efficacia esterna di tali circolari in ragione del rinvio ad esse contenuto nel decreto. L'opinione dominante, confermata anche dalla giurisprudenza, ritiene però che tali circolari non sono vincolanti e possono, quindi, essere disapplicate dal giudice.

[750] Opinione opposta è quella espressa da G. FERRANTI, G. ANDREANI, L. MIELE, C. RAVAZZIN in *Fiscalità della crisi d'impresa*, Milano, 2014, secondo i quali in virtù del principio enunciato dall'art. 97 Cost., la Pubblica Amministrazione può valutare in concreto la convenienza della proposta concordataria, essendo autorizzata ad accoglierla in virtù della sua convenienza. In modo simile, G. LA CROCE, op. cit. ritiene che la Pubblica Amministrazione agirebbe nel decidere se accettare o meno la proposta di transazione esercitando la propria autonomia amministrativa.

[751] Con la sentenza appena richiamata la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della L. 7 agosto 2012, n. 135, nella parte in cui prevede che le somme derivanti dalle riduzioni di spesa ivi previste siano versate annualmente dalla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per i dottori commercialisti ad apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato. In particolare, la incostituzionalità della previsione normativa risiederebbe nella compressione di un principio di sana gestione finanziaria, come quello inerente alla natura mutualistica degli enti privatizzati di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 509 del 1994, la quale non risulterebbe proporzionata all'alternativa di assicurare un prelievo generico a favore del bilancio dello Stato. Secondo i giudici della Consulta, "*l'ingerenza del prelievo statale rischia di minare quegli equilibri che costituiscono elemento indefettibile dell'esperienza previdenziale autonoma";* il sistema privato "*merita di essere preservato da meccanismi – quali il prelievo a regime in esame – in grado di scalfirne gli assunti di* base". La Corte si è quindi espressa esplicitamente a difesa dell'autonomia degli enti previdenziali privati osservando che la disposizione censurata opera "*in deroga*

nell'ambito dei criteri posti dall'art. 4 del d.m. del 2009, di un certo margine di apprezzamento soggettivo da parte dell'ente.

Ciò per arrivare a sostenere, in altri termini, che la decisione finale se accettare o meno l'accordo transattivo richiede comunque l'esercizio di una manifestazione di "discrezionalità tecnica", da esercitare nel confine delimitato da norme di legge[752] e assoggettabile al sindacato giurisdizionale unicamente con riferimento alla sua ragionevolezza, logicità, contraddittorietà ed incongruenza[753].

Ma se in concreto si considerano i criteri di valutazione che impone l'art. 4 del d.m. del 2009 emerge, almeno a parere di chi scrive, che gli elementi affidati alla prudente analisi dell'ente previdenziale (vedi nota n. 42) sono spiccatamente oggettivi e, pertanto, essendo verificabili in quanto sussistenti o no, dovrebbero escludere l'esercizio di discrezionalità. Se quei requisiti sono riscontarti come esistenti, pertanto, l'ente dovrebbe aderire alla proposta di accordo di transazione previdenziale. Ciò a condizione, ovviamente, che la riduzione sia contenuta nei limiti massimi sin qui descritti (vedi nn.7; 7.1.; 7.2.; 7.3.) e che, fermi questi limiti invalicabili, non si intenda affermare la discrezionalità del creditore dei contributi nella valutazione dell'entità della riduzione del credito e/o della dilazione dei tempi di pagamento.

9. Transazione previdenziale e tutela della posizione previdenziale del singolo lavoratore.

Resta, infine, da verificare l'impatto dell'insolvenza (per i contributi omessi ma prescritti), e della eventuale transazione previdenziale (per i contributi omessi e non prescritti), sulla posizione previdenziale del singolo lavoratore.

---

all'ordinario regime di autonomia della Cassa, in parte alterando il vincolo funzionale tra contributi degli iscritti ed erogazione delle prestazioni previdenziali". In conclusione, secondo la Corte costituzionale, "*la scelta di privilegiare, attraverso il prelievo, esigenze del bilancio statale rispetto alla garanzia di vedere impiegato il risparmio di spesa corrente per le prestazioni previdenziali non è conforme né al canone della ragionevolezza, né alla tutela dei diritti degli iscritti alla Cassa*".

752 D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; S. CASSESE, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003; per ulteriori approfondimenti E. MATTEI, *La transazione fiscale negli accordi e nel concordato preventivo*, in *Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco*, Torino, 2011.

753 Il Giudice potrà inoltre verificare che non sussistano errori di fatto o che la decisione sia priva di motivazione, ma seguendo questa impostazione non potrà mai intervenire nel merito del giudizio espresso dalla Pubblica Amministrazione (Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisdiz. 25 giugno 1990, n. 186; TAR Lazio Roma, sez. I, 3 aprile 2008 n. 2828). A seconda della qualificazione che si vuol dare alla discrezionalità amministrativa, resta da chiarire quale sia la tutela giudiziale esperibile nel caso in cui la richiesta di "transazione previdenziale" non venga accettata dagli enti proprio in ragione dell'esercizio della appena richiamata discrezionalità. Se si trattasse effettivamente di discrezionalità tecnica, il sindacato del giudice, come visto, avrebbe dei margini di intervento limitati. Per l'individuazione del Giudice competente, è utile però partire dalla disciplina prevista in caso di diniego opposto dall'Amministrazione alla proposta di transazione fiscale. In tal caso, si ritiene competente il Giudice tributario in ragione della natura dell'oggetto della transazione fiscale che è di natura tributaria, basata su una verifica fondata sull'interpretazione e sull'applicazione di norme tributarie (Commissione Tributaria Provinciale Milano - Sez. 25 -Sentenza 1541/25/14 del 14.02.2014). Parallelamente, si potrebbe giungere alla conclusione che il diniego posto dall'ente alla transazione previdenziale possa essere impugnato dinanzi al Giudice del Lavoro in ragione di quanto previsto dall'art. 442 c.p.c. che testualmente recita: "*Nei procedimenti relativi a controversie derivanti dall'applicazione delle norme riguardanti le assicurazioni sociali, gli infortuni sul lavoro, le malattie professionali, gli assegni familiari nonché ogni altra forma di previdenza e di assistenza obbligatorie, si osservano le disposizioni di cui al capo primo di questo titolo. Anche per le controversie relative alla inosservanza degli obblighi di assistenza e di previdenza derivanti da contratti e accordi collettivi si osservano le disposizioni di cui al capo primo di questo titolo*". Alla luce del tenore letterale della norma appare plausibile ritenere che la competenza, in caso di diniego dell'ente alla proposta di transazione previdenziale, rientri nella competenza del Giudice del Lavoro.

Per quanto riguarda i contributi non versati ma prescritti, che certamente non possono diventare oggetto della transazione previdenziale, la legge offre una speciale tutela per il lavoratore, ma solo con riferimento al regime IVS, tramite una sorta di meccanismo di contribuzione figurativa. Ma ciò solo a condizione, bene inteso, che il lavoratore non abbia ottenuto una rendita vitalizia e sia rimasto insoddisfatto all'esito della procedura di insolvenza. Ed infatti, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 80 del 1992, *nel caso in cui il datore di lavoro sottoposto ad una delle procedure di cui all'art. 1, comma 1* [fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa ovvero procedura dell'amministrazione straordinaria]*, abbia omesso, in tutto o in parte, di versare i contributi per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti e non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione, il lavoratore interessato, a condizione che non vi sia stata costituzione della rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, e il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto in esito a una delle procedure indicate, può richiedere al competente istituto di previdenza e assistenza obbligatoria che ai fini del diritto e della misura della prestazione vengano considerati come versati i contributi omessi e prescritti*"[754].

Per i crediti contributivi non prescritti, ed oggetto di un'eventuale transazione previdenziale, invece, la tutela del lavoratore resta affidata alla operatività del principio di automaticità delle prestazioni giacché, ad oggi, manca una previsione di legge che consideri coperta da contribuzione figurativa la quota di contribuzione previdenziale eventualmente rinunciata dall'ente previdenziale con l'accordo raggiunto ai sensi dell'art. 182 *ter* L.F.

Da un punto di vista generale il tema è in parte attenuato dal fatto che l'operatività del principio di automaticità della prestazione è stato esteso anche al regime di IVS, se pur, ovviamente, nei limiti dei contributi non prescritti[755].

Ma non si può escludere che ove non operi il principio di automaticità della prestazione la disciplina del trattamento del debito contributivo dell'impresa insolvente presti il fianco a qualche profilo di incostituzionalità, per violazione artt. 3 e 38 Cost., ove l'accordo transattivo sottoscritto dall'ente previdenziale finisca per pregiudicare la posizione previdenziale del lavoratore.

---

[754] Su questa disposizione, applicabile alle sole omissioni contributive relative ai periodi successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 80 del 1992, si rinvia a A. VALLEBONA*, La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro*, op. cit., 72 ss.

[755] L'art 27 r.d.l. n. 636 del 1939 ha introdotto nel nostro ordinamento il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali, inizialmente limitato alle "*prestazioni dell'assicurazione per la tubercolosi, dell'assicurazione per la disoccupazione e dell'assicurazione per la nuzialità e la natalità*" (l'assicurazione per la nuzialità e la natalità è stata soppressa dall'art. 24 l. 860 del 1950) e, successivamente, con le modifiche apportate dall'art. 40, L. 30 aprile 1969, n. 153, e dall'art. 23 ter d.l. 30 giugno 1972, n. 267, anche a quelle riferite "*alle prestazioni di vecchiaia, invalidità e superstiti*". Se i contributi sono prescritti a tutela del lavoratore subordinato è prevista dall'art. 13 della Legge 1338/62 la costituzione di una rendita vitalizia pari alla pensione o quota di essa adeguata all'assicurazione obbligatoria che sarebbe spettata al lavoratore in relazione ai contributi omessi o, ancora, l'azione risarcitoria nei confronti del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2116 c.c. Il principio di automaticità delle prestazioni opera anche in riferimento agli eventi di malattia e di infortunio in base all'art. 67 del D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (si veda anche l'art. 59, comma 19, l. 27 dicembre 1997, n. 449).

La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*

Bruno Caruso

1. I giuristi del lavoro e la rappresentanza degli interessi oggi. Una messa a fuoco della prospettiva di indagine. 229

2. La rappresentanza degli interessi nel contesto della disintermediazione. 231

2.1. Disintermediazione e re-intermediazione: triplice ambito di rilevanza del fenomeno per il diritto del lavoro 232

3. La disintermediazione nelle relazioni industriali e la crisi di rappresentanza delle tradizionali organizzazioni degli interessi. 236

3.1 Il livello aziendale: crisi del sindacato e dell'associazione datoriale. La contrattazione territoriale. 236

3.2. Disintermediazione e partecipazione diretta dei lavoratori in azienda. 237

3.3. La negoziazione aziendale a "sostegno istituzionale" come controtendenza ai fenomeni di disintermediazione sociale? 238

3.4. La disintermediazione aziendale: una prima conclusione. 240

4. La disintermediazione e le regole sindacali: l'uso distorto del *referendum*. 241

5. Nuove prospettive di (re)intermediazione? Il tema delle regole sindacali. 243

5.1. La legge *ferenda*: frammentazione negoziale e associazionismo datoriale 245

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 326/2017

1. I giuristi del lavoro e la rappresentanza degli interessi oggi. Una messa a fuoco della prospettiva di indagine.

Nello studio della rappresentanza degli interessi, il campo di osservazione dei giuslavoristi si è tradizionalmente rivolto all'organizzazione sindacale. La tradizionale partizione della disciplina (tra cui il diritto sindacale) e lo spazio preminente riservato nei manuali istituzionali all'analisi dell'associazionismo sindacale ha finito per produrre nell'immaginario collettivo dei giuslavoristi una identificazione tra rappresentanza collettiva e rappresentanza organizzata del lavoro.

Si è trascurato, invece, lo studio dell'associazionismo imprenditoriale (in qualche modo riconosciuto come campo elettivo degli studi sociologici e/o di relazioni industriali) e del pluriverso dell'associazionismo del lavoro autonomo. Ciò è avvenuto in ragione di una giustificata un tempo, ma ormai superata, simmetria tra tipo sociale egemone (il lavoro subordinato industriale massificato), fattispecie giuridica di riferimento (l'art.2094 c.c.) e le forme storiche di rappresentanza di tale lavoro (l'organizzazione dei sindacati nella variante nazionale della prevalenza del modello confederale e del canale unico a livello aziendale).

Sul piano strutturale, tre fenomeni rendono una tale prospettiva - che è stata, al contempo, euristica e prescrittiva - ormai insufficiente:

a) la frammentazione interna ed esterna del lavoro subordinato. Essa produce una moltiplicazione, senza precedenti, dei modelli di lavoro subordinato e una proliferazione di schemi di lavoro semindipendente[756], con conseguente effetto di articolazione dei modelli giuridici di inquadramento; si tratta di figure sociali (oltre che di sottotipi giuridici) che trovano difficoltà di rispecchiamento e rappresentanza nel sindacalismo tradizionale.

b) La rilevanza delle dinamiche di azione, trasformazione e anche di rappresentanza delle imprese, che diventano cruciali per comprendere gli stessi problemi di rappresentanza del lavoro nell'impresa. Circolano importanti studi di economisti e giuristi del lavoro che vanno chiaramente in questa direzione[757].

c) Infine, la crisi del lavoro autonomo e dei ceti medi alla ricerca, oggi, di nuovi (vecchi?) modelli di rappresentanza collettiva.

C'è pure un dato storico contingente che impone l'allargamento dell'orizzonte di studio del giuslavorista oltre l'orizzonte tradizionale della rappresentanza sindacale. È il tema delle nuove regole di rappresentanza e rappresentatività che riguardano, o dovrebbero riguardare, pure le associazioni datoriali come del resto già avvenuto in altri ordinamenti (per esempio in Francia)[758].

---

[756] Sul tema della frammentazione del lavoro subordinato e dei riflessi sull'inquadramento professionale si rinvia a uno studio di prossima pubblicazione: B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*.

[757] Cfr. J. PRASSL (*The Concept of Employe*r, OUP, Oxford, 2015, p. 145 ss.), ove una ricostruzione funzionalista del concetto di datore di lavoro; id. *Autonomous Concepts in Labour Law? The Complexities of the Employing Enterprise Revisited,* in A. BOGG, C. COSTELLO, ACL DAVIES, J. PRASSL (a cura di), *The Autonomy of Labour Law,* OUP, Oxford, 2015. M. AOKI, *Corporations in Evolving Diversity,* OUP, Oxford, 2015. B. AHLERING, S. DEAKI, *Labor Regulation, Corporate Governance, and Legal Origin: A Case of Institutional Complementarity*, in *L&S R*, 4 2007, pp. 865 ss.

[758] La riforma della rappresentatività datoriale nell'ordinamento francese è derivata dal combinato disposto di diversi interventi normativi: legge 5 marzo 2014, n. 288 (*Loi n. 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale*); legge 17 agosto 2015, n. 994 (*Loi n. 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi*) e *(Loi n. 2016-1088*

Su questo dato concordano tutte le proposte di riforma in campo e per la prima volta si vedono coagulate le posizioni di tutte le confederazioni che contano[759].

Questo ampliamento del raggio di attenzione del giuslavorista sulla rappresentanza datoriale, non implica tuttavia, come già a suo tempo osservato da Gaetano Vardaro[760], un appiattimento teorico dello studio dell'associazione datoriale sugli schemi di lettura e di ricostruzione dell'organizzazione sindacale. Il problema sistematico non può essere ridotto alla riconduzione dell'associazione datoriale sotto l'ombrello protettivo dell'art. 39 1 comma della Cost. - questione per altro di scarsa rilevanza pratica[761].

Nella letteratura che si occupa del tema vi è ormai consapevolezza che le organizzazioni degli interessi del lavoro e dell'impresa si presentano come universi concettuali e fenomenici diversi che si incontrano, ormai occasionalmente, quando svolgono una funzione ancora importante ma in via di profondo cambiamento, ovvero la rappresentanza negoziale di livello nazionale e/o territoriale. Onde in questo caso l'utilità a fini meramente euristici di una considerazione unitaria.

Ma allorché si seguono altri percorsi - per esempio lo studio della funzione della rappresentanza politica o lobbystica o l'attività di assistenza tecnica e di servizio agli associati (considerata in crescita come peso ed importanza anche in prospettiva)[762] l'oggetto di indagine non può che divaricarsi anche per i giuslavoristi e non solo per i sociologi. Le caratteristiche strutturali e funzionali dei due modelli di associativismo - sindacale e datoriale - di logica di azione collettiva ma anche dell'attività di lobbying politica, di servizio, oltre che i metodi di autofinanziamento, sono profondamente diverse e impongono chiavi di lettura differenziate[763].

---

du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, c.d. *Loi Travail)*. Sulla riforma francese si v. F. GUARRIELLO, *Suggestioni per la riforma della contrattazione collettiva: dalla Francia all'Italia*, in *Quad. rass. sind*., 2016, n. 1, p. 187; con particolare riferimento alla riforma della rappresentatività datoriale cfr. *M. VITALETTI, Rappresentanza datoriale e contratti collettivi nazionali. Riflessioni intorno al modello francese*, in *DLRI*, 2017, n. 1; *M. LE FRIANT, La misurazione della rappresentatività datoriale: una riforma difficile ma necessaria*, in *DLRI*, 2017, n. 1.

[759] Si rinvia al documento unitario (CGIL, CISL, UIL) *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per uno sviluppo fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro,* 14 gennaio del 2016. Il dato politico più rilevante è che anche la Cisl, l'organizzazione notoriamente più refrattaria a riconoscere l'opportunità di una legge sindacale, ancorché 'leggera', ha sottoscritto il documento. Inequivoche ormai le posizioni di dirigenti nazionali espresse in interviste ad organi di stampa nazionale: si veda intervista a G. PETTENI, *Rappresentanza, ora serve una legge; sì a una norma che recepisca il testo unico del gennaio 2016*, apparso sul *Corriere della sera* del 16 aprile 2017; M. BENTIVOGLI, *Primo maggio, premiamo le aziende migliori*, intervista sul *Corriere della sera* del 29 aprile 2017.

[760] G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *DLRI*, 1988, p. 208.

[761] Il tema è ampiamente trattato in una recente monografia: V. PAPA, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, Torino, Giappichelli, 2017.

[762] In questo senso si v. L. BELLARDI, *L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?,* in in *DLRI*, 2016, n. 3, p. 403 ss.

[763] Si ricorda a tale proposito che alcuni studiosi di organizzazione di interessi professionali riconducono al sindacato italiano funzioni sempre più differenziate e articolate. Per i sindacati, di adesione identitaria, di rappresentanza contrattuale, di assistenza tecnica e giuridica a diversi livelli, di agenzia parastatale di certificazione, di azienda di servizi di mercato, ecc. Per le associazioni datoriali, invece altre funzioni: a) la formulazione di "linee di azione" per gli associati; b) la rappresentanza degli interessi imprenditoriali nei riguardi dello Stato e delle sue articolazioni; c) la rappresentanza nei riguardi dei mezzi di comunicazione e dell'opinione pubblica; d) l'erogazione di prestazioni specialistiche in favore dei soci; e) la contrattazione collettiva; f) la composizione delle controversie economiche. Si tratta di attività riconducibili, in sintesi, a funzioni di rappresentanza tecnica, politica e offerta di servizi associativi. In argomento cfr. M. CARRIERI, P. FELTRIN, *Al bivio*. *Lavoro sindacato e rappresentanza nell'Italia di oggi,* Donzelli, Roma, 2016; P. FELTRIN-S. ZAN, *Imprese e rappresentanza. Ruolo e funzioni delle associazioni imprenditoriali*, Carocci, Roma, 2015.

Anche i fattori di crisi dei due modelli organizzativi sono diversi: per la maggiore associazione datoriale italiana, Confindustria, per esempio, una delle ragioni acclarate di crisi è il tentativo, non riuscito, di amalgamare la rappresentanza di interessi diversi: quelli della grande e piccola impresa, da un lato, e delle ex imprese pubbliche, dall'altro[764].

Per il sindacato italiano la crisi di rappresentatività non ha unica spiegazione e andrebbe analizzata articolatamente: incapacità soggettiva, vale a dire la difficoltà di rispecchiare gli interessi di nuove categorie di soggetti, giovani precari, professionisti. Ma anche fattori oggettivi: la questione demografica e la crisi economica - che ha colpito soprattutto la manifattura industriale, nel cui ambito il sindacato era particolarmente radicato[765].

2. La rappresentanza degli interessi nel contesto della disintermediazione.

C'è un elemento di contesto generale che impone non solo un allargamento dell'orizzonte di indagine ma anche una riflessione di merito sul futuro della rappresentanza degli interessi non solo del lavoro ma anche datoriale. L'osservazione di contesto riguarda la c.d. disintermediazione. Termine che, come tutte le parole di moda, coglie insieme elementi effimeri, ma anche di reale cambiamento.

Il fenomeno della disintermediazione concerne, come è noto, aspetti diversi, riferibili all'economia, alla finanza, alla politica[766], all'informazione, alla cultura e ha a che vedere anche con le nuove tecnologie del web[767]. Per quel che riguarda i giuslavoristi, con questo termine si fa riferimento al fenomeno della crisi delle grandi organizzazioni degli interessi. Alcuni profili di questa crisi porterebbero oltre i limiti di questo scritto, per cui se ne accennerà soltanto.

Per esempio, alla disintermediazione, è riconducibile la crisi del metodo della concertazione sociale di tipo triangolare o bilaterale. Se un tempo il ruolo delle grandi organizzazioni sindacali e datoriali, come strumenti di raccolta e mediazione degli interessi nell'arena politica, era universalmente riconosciuto come indispensabile, secondo alcuni osservatori e *opinion makers*, tale ruolo oggi sarebbe percepito come un costo non più sostenibile, sia dai governi sia dai cittadini.

Come ha scritto Stefano Zan, la disintermediazione degli interessi «non è più un'ipotesi, una teoria, una prospettiva ma una prassi comportamentale particolarmente significativa che nei fatti ha già distribuito benefici tangibili a diverse categorie»[768]. Secondo Zan, sarebbero da ricondurre a

---

[764] Si v. I. CIPOLLETTA, *Le due anime di Confindustria*, in *Italianieuropei*, 2014, n. 5, p. 165; S. ZAN, *Declino della rappresentanza e disintermediazione degli interessi*, *Italianieuropei*, 2014, n. 5; R. DEL VECCHIO, *Una certa idea di Confindustria*, in M. CARRIERI, T. TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 419 ss.

[765] Si rinvia alla recente indagine di M. CARRIERI, P. FELTRIN, *Al bivio*, cit.; M. FRANCHI, *Il sindacato al tempo della crisi,* Ediesse, Roma, 2015.

[766] M. ALMAGISTI, A. ZANON, *I partiti tra personalizzazione della politica e disintermediazione dei rapporti sociali, in Italianieuropei*, 2014,5, pp-170-177.

[767] G. COGO, *Disintermediare per crescere: la PA al passo decisivo*, @EGOV, 2015. E. MACCHIAVELLO, *Peer-to-peer lending: la tutela dell'utente online tra innovazione finanziaria, disintermediazione e limiti cognitivi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015, n. 2, p. 221-293; N. BUSTO, *Bitcoin tra "disintermediazione" e "iper-intermediazione"*, in *Ciberspazio e diritto,* 2016, n. 3, *pp. 309-324;* G. RONCAGLIA, *Disintermediazione,* in *Italianieuropei,* 2011*,* p. 154; id. *La cultura nell'era culturale,* in *Italianieuropei*, 2011, p. 26; CENSIS, *Gli effetti della disintermediazione digitale: cultura on demand e bibliografia personalizzata, 2015*, p. 75.

[768] S. ZAN, *Declino della rappresentanza e disintermediazione degli interessi,* in *Italianieuropei,* 2014, pp. pp-146-147; si v. pure M. CARRIERI, *Declino o rideclinazione: i sindacati alla prova,* in *Italianieuropei,* 2014, 5, p. 158 ss.; P. FELTRIN, *Oltre la retorica dei corpi intermedi: i costi sociali dell'associazionismo forte,* in *Italianieuropei,* 2014, 5, p. 151 ss.; G. DE RITA, *I rischi del decisionismo senza corpi intermedi,* in *Il corriere della sera*, 22.03.2016.

pratiche di disintermediazione gli 80 euro in busta paga, pari a quasi due rinnovi contrattuali, nemmeno richiesti dal sindacato; i 36 mesi e le 5 proroghe per i contratti a termine senza causale, che gli imprenditori mai si sarebbero sognati di chiedere e rispetto ai quali il sindacato ha elevato flebili proteste; ma pure il dimezzamento del contributo camerale, non richiesto da nessuno e che stravolge l'intero sistema a oggi gestito dalle associazioni imprenditoriali, senza che queste abbiano minimamente protestato. Ma pure alla c.d. disintermediazione, che avrebbe sostituito la concertazione politica, sarebbe da ricondurre la riduzione di privilegi di altre categorie (magistrati, dirigenti pubblici, sindacato del pubblico impiego).

Con queste forme di disintermediazione, coesistono, tuttavia, fenomeni in controtendenza: la vicenda dell'abolizione dei *voucher*, sotto minaccia del referendum abrogativo indetto dal sindacato, potrebbe essere letta come una smentita della ormai affermata irrilevanza dell'organizzazione degli interessi sugli interventi di politica del lavoro e nella negoziazione politica.

2.1. Disintermediazione e re-intermediazione: triplice ambito di rilevanza del fenomeno per il diritto del lavoro

Al di là dei citati effetti di elisione della concertazione sociale, la disintermediazione, come chiave di lettura di fenomeni in corso, potrebbe avere una triplice rilevanza. Si può fare riferimento:

1) in primo luogo, alle relazioni negoziali tradizionali di livello nazionale e aziendale, ove si intravedono sia chiare tracce di disintermediazione e di crisi della rappresentanza, sia, come si accennerà, fenomeni in controtendenza. In questo ambito diventa particolarmente rilevante il discorso (*infra* § 4) delle regole giuridiche della rappresentanza e, per quel che riguarda in particolare la rappresentanza sindacale, l'uso o l'abuso di certi strumenti di partecipazione come il referendum.

2) Un secondo fenomeno riconducibile alla disintermediazione, come sintomo ed effetto, insieme, della crisi della rappresentanza del lavoro si colloca invece fuori dai tradizionali rapporti tra impresa e lavoro. È il tema (al quale si può solo accennare in questa sede) dei nuovi rapporti di lavoro fortemente individualizzati, emergenti nell'economia della condivisione. Rapporti che generano, a ridosso di una oggettiva disintermediazione del tradizionale rapporto di lavoro subordinato, nuove domande di rappresentanza e mediazione collettiva, allo stato inevase dalla rappresentanza sindacale, per così dire, di vecchio tipo. Si tratta del fenomeno, sempre più oggetto dell'attenzione dei giuslavoristi, del lavoro tramite piattaforma, con i connessi effetti: di individualizzazione estrema delle relazioni di lavoro (un universo di micro imprenditori senza impresa); di incertezza di qualificazione dei rapporti trilaterali che esso genera (il portale, il cliente e il lavoratore) e ovviamente di crisi della rappresentanza sindacale, in ragione del fatto che i suoi moduli tradizionali non si attagliano a queste nuove modalità di lavoro. Nella *share economy*, il lavoro non necessita di intermediazione del sindacato, né l'impresa dell'associazione datoriale, perché tutto, apparentemente, è affidato all'incontro diretto tra clienti/consumatori e lavoratori, collegati e mediati da una piattaforma che genera algoritmi. Il caso *Foodora* sembrerebbe smentire tale realtà di fatto - con la produzione di peculiari forme di reintermediazione[769] - mentre il

[769] Foodora GmbH è una società a responsabilità limitata con sede a Berlino di proprietà della Rocket Internet, impresa di servizi internet che con la sua rete di società ha più di 30.000 impiegati che operano in 110 Paesi. Foodora è già leader nel settore del *food delivery* e in forte espansione. È presente in dieci Paesi, in contatto con quasi 6.000 ristoranti e può contare su oltre 750 *riders*, i

caso *Uber* ha prodotto come reazione una recrudescenza del sindacalismo professionale di tipo tradizionale, con l'organizzazione di recenti scioperi dei tassisti nelle grandi città italiane[770], a dimostrazione che il fenomeno della c.d. uberizzazione dell'economia è molto più complesso e articolato da quel che appare dalla vulgata mediatica. Gli studiosi del fenomeno segnalano che ogni piattaforma ha le sue dinamiche giuridiche differenziate di disintermediazione e di reintermediazione individuale, per cui appare anacronistico proporre forme di rappresentanza e negoziazione collettiva isomorfiche, mutuate dalle categorie merceologiche tradizionali. Per altro, una cosa è Uber o Foodora, ove permane pur sempre una dimensione di scambio materiale (in termini di servizi intermediati) e la relazione di lavoro e di rappresentanza diventa più leggibile in termini tradizionali, altro sono le piattaforme in cui lo scambio è puramente virtuale (per es. TaskRabitt) e la dimensione della prestazione del lavoro si colloca per così dire fuori dalla piattaforma, nel rapporto puramente individualizzato tra utente e prestatore[771].

Al di là dei fatti di cronaca, si può solo dire che le esperienze più interessanti di nuova rappresentanza di tale lavoro non standard, provengono non tanto dai nuovi modelli di sindacato militante, diffuso nel territorio (il modello sindacale *organising* che richiama il movimento *occupy wall street*

---

corrieri bici-muniti. I *riders* non sono assunti, ma lavorano con la formula della ritenuta d'acconto fino a 5 mila euro, passata questa soglia – mentre da una società concorrente, Deliveroo, si deve aprire una partita Iva - da Foodora si opera con lo strumento delle co.co.co. Di recente, i giovani lavoratori - il cui rapporto di lavoro richiama quello dei *pony express* - hanno dato luogo ad una protesta collettiva, conclusasi con un riconoscimento di regolamentazione migliorativa del rapporto e con l'impegno di alcune forze politiche di portare il caso in parlamento. Per alcuni approfondimenti giornalistici: J. SALATI, *Foodora, il primo sciopero della sharing economy,* in *La stampa,* 9.10.2016; I. GIUPPONI, *Non sono lavoretti, è capolarato digitale,* in *Left*, 4.03.2017; F. CANCELLATO, *Il consumatore conta più dell'elettore: perché il caso Foodora è una piccola rivoluzione*, in Linkiesta.it del 10.10.2016; D. DI VICO, *Foodora e il cibo a domicilio: La differenza la fa l'algoritmo,* in *Corriere economia*, 23.1.2017; id., *Regole (finalmente) per i ciclisti del cibo,* con intervista a T. Treu, in *il Corriere della sera*, 10. 4.2017. Nell'intervista rilasciata al *Corriere della sera* quest'ultimo ha preso una chiara posizione nel senso della opportunità di una regolazione: «La magistratura è all'inizio nell'esame di questi casi. Le sentenze internazionali invece considerano Uber non solo una piattaforma di distribuzione bensì un vero datore di lavoro. Tutti gli indicatori di comando sembrano molto simili a quelli del lavoro subordinato ed è chiaro che qualcosa bisogna fare. […] La partita Iva è un mero strumento fiscale, non ci dice niente sul carattere del rapporto di lavoro, quanto sia eterodiretto o autonomo. […] Del resto anche la legislazione del lavoro autonomo con lo Statuto si sta muovendo in questa direzione riconoscendo malattia, maternità, preavviso, sicurezza e tempi di pagamento. E un tentativo di combinare garanzie e flessibilità e può essere lo schema da adottare per i fattorini. L'importante è lavorarci per tempo senza far finta, come fa Uber, che il problema non esista». Con riguardo al tema della reintermediazione, interessante il riferimento alla soluzione belga, ove si è dato luogo alla costituzione di una struttura cooperativa che gestisce collettivamente le prestazioni di lavoro e che funge, ad un tempo, da struttura di rappresentanza e di negoziazione uniforme delle condizioni contrattuali con i datori esterni, ma anche da impresa in forma cooperativa che aggrega le domande dei singoli lavoratori. È il caso di Smart, prima una Onlus e poi una vera cooperativa, che ha assunto i lavoratori della piattaforma e fatturato le loro prestazioni ai datori occasionali di lavoro. In questo modo si garantiscono tutele ai lavoratori, trasparenza fiscale, tempestività nei pagamenti, in cambio di una commissione del 6,5%. La pratica si è estesa dal 2015 anche ai *riders* di Deliveroo e di Take it easy belghe. Smart ha negoziato con le due società un orario minimo di 3 ore di lavoro, incassa il pagamento delle prestazioni dei ciclisti e corrisponde ai fattorini-ciclisti la retribuzione, oltre a garantire alcune tutele fondamentali. In Italia Smart.it ha cominciato a organizzare grafici, traduttori e *freelance* con lo stesso meccanismo. Ha già 650 soci-dipendenti, trattiene una percentuale più alta (8,5%), li paga entro 30 giorni - nel 2017 diventeranno dieci - e garantisce loro malattia, disoccupazione, maternità e previdenza.

[770] Sulla vicenda Uber – che ha condotto al blocco del servizio da parte dell'ordinanza del Tribunale di Roma, emessa su ricorso delle associazioni di categoria dei tassisti e poi sospesa, oltre che allo sciopero dei tassisti contro il governo -, si veda N. Rampazzo, *Rifking e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'accesso,* in *Dir.inf.,* 2015, p. 917; *Uber e NCC, meno vincoli. I taxi preparano la guerra*, in *Il messaggero*, del 21 marzo, 2017; O. GIANNINO, Dal nodo licenze all'offensiva Uber: il futuro è in ritardo, il Messaggero del 22.01. 2017.

[771] J. PRASSL, M. RISAK, *Uber, TaskRabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork,* in *CLLPJ,* 2016, 3, p. 619, ss.; V. DI STEFANO, *The Rise of the "Just-in-time workforce": on demand work. Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig Economy",* in *CLL&PJ,* 2016, n. 3, p. 471 ss. E. DAGNINO, *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on demand economy,* in *DRI,* 2016, p.137. Sulle proposte di legge di regolazione del lavoro nella share economy, si veda E. DAGNINO, *Proposta di legge sulla sharing economy: il grande assente è il lavoratore,* in http://www.bollettinoadapt.it/, 4 marzo 2016.

che in Italia ha portato qualche sindacalista vintage a rispolverare e riproporre i consigli di zona degli anni 70)[772]. Ma vengono dalla Germania con il sindacato Ver.Di, molto operativo tra i nuovi lavoratori autonomi e non standard (i cd. *crowdworkers*), con schemi di rappresentanza innovativi e di qualche successo nel settore dei servizi e dell'economia cognitiva[773]. Questo modello di lavoro indipendente di prima e seconda, o forse anche terza generazione, pone inediti profili di rappresentanza che meritano ormai una osservazione secondo schemi di analisi e concettualizzazione che non possono più essere tratti semplicisticamente dai moduli conosciuti della rappresentanza sindacale e datoriale di tipo industriale[774].

3) Il terzo fenomeno di contesto, a cui si può in tale caso solo accennare, va invece in controtendenza rispetto ai processi di disintermediazione a cui si è fatto da ultimo cenno. È un fenomeno che si radica nella crisi dei ceti medi, sotto pressione per i mutamenti tecnologici e per gli effetti della globalizzazione, spesso in situazione di forte depauperamento, di riduzione di status sociale, e di nuova dipendenza economica. Ceti una volta privilegiati e portatori di istanze e ideologie individualistiche, oggi invece in piena riscoperta di bisogno di tutela ed identità collettiva[775].

Questi ceti in crisi (il c.d. "popolo delle partite Iva", molto differenziato al proprio interno)[776] propongono esigenze di rappresentanza dei propri interessi nell'arena politica e nei confronti degli

---

[772] Intervento di G. SATERIALE, *Che sindacato per il nostro futuro?,* in *Il Diario del lavoro*, 11.11.2016.

[773] G. HAAKE, T*rade unions, digitalisation and the self-employed – inclusion or exclusion? Transfer,* 2017, 23(1), pp. 63-66. In generale sulle strategie di rinnovamento sindacale, si v. G. MURRAY, *Union renewal: what can we learn from three ecades of research? Transfer,* 2017, 23(1), pp. 9-29. A. Mathers, Solidaires*, unitaires et démocratiques: social movement unionism and beyond?. Transfer,* 2017, 23(1)*,* pp. 79-88. M. MARTINEZ LUCIO, S. MARINO, H. CONNOLY, *Organising as a strategy to reach precarious and marginalised workers. A review of debates on the role of the political dimension and the dilemmas of representation and solidarity,* in *Transfer*, 2017, n. 1, pp. 31-46. In Italia il dibattito sulla rappresentanza dei lavoratori precari si concentra sul dilemma tra strutture di rappresentanza specifica o strutture generaliste e di riconduzione delle domande dei precari nella contrattazione generale, G. BALLARINI, R. PEDERSINI, *La rappresentanza degli outsiders in Italia, in Europa,* in *QRS quaderni,* 2005, p. 161; S. FERRARIO, *Rappresentanza, organizzazione e azione sindacale di tutela del lavoro autonomo caratterizzato da debolezza contrattuale ed economica,* in *RGL*, 2009, I, p. 47 ss. Per la posizione della CGIL, in ragione di dissidi interni sui modelli di rappresentanza dei precari (*In-flessibili e Unirec i contratti che dividono,* in Il manifesto 26 marzo 2013), si v. l'intervista a C. Treves di A. Sciotto, *CGIL: Includere, ma senza ambiguità,* in *Il manifesto*, del 26.3.2013. Secondo la ricerca *Giovani, lavoro e rappresentanza*, realizzata nell'ambito del rapporto giovani dell'istituto Toniolo, in collaborazione con la Fim Cisl lombarda, risulterebbe che il 63% dei giovani chiede nuove modalità di rappresentanza collettiva. Ne riferisce F. Matta sul sito Linkiesta.it 11.05-2017.

[774] Interessante pure l'esperienza del movimento di rappresentanza dei lavoratori *freelance* negli USA, la Freelancers Union (FU), animato da Sara Horowitz, si v. S. BOLOGNA, *Knowledge workers. Dall'operaio massa al freelance,* Asterios Editore, 2015.

[775] Tra i 140 e 150 tra ordini professionali, enti e sindacati di diverse professioni hanno aderito ad una giornata/manifestazione di protesta il 12 maggio 2017, indetta da tre ordini romani (avvocati, ingegneri e architetti) per chiedere il ripristino dell'obbligo di rispetto delle tariffe professionali e dei minimi abrogato con provvedimenti del 2016 e del 2012 (la rivendicazione del c.d. equo compenso). I commercialisti hanno indetto uno sciopero qualche mese fa contro la manovra della legge di stabilità sulla c.d. semplificazione, mentre la protesta ora si concentra contro la manovra che ostacola il recupero dell'Iva. Si v. l'intervista al presidente dell'ordine dei commercialisti, *Fanno cassa su noi commercialisti,* su *Il giornale* dell'11.05.2017. Nel territorio nazionale si contano circa 2.727 ordini territoriali. Tra le rivendicazioni il vaglio di una rappresentanza delle consulte delle professioni; che si tratti di relazioni spesso vittime-carnefice, ove non è chiaro chi svolga l'uno o l'altro ruolo, è dimostrato dal fatto che contemporaneamente si è avviata la polemica contro le difficoltà di accesso dei giovani alle professioni libere e che stigmatizza il trattamento economico irrisorio di stagisti e praticanti: B. SEVERGNINI, *La generazione 300 euro al mese,* in *Il Corriere della sera*, 7.05.2017. Sulle ragioni del malessere del mondo delle professioni si veda M.C. DE CESARI, *Un malessere delle categorie che ha più di un motivo. Albi e istituzioni,* in *Il sole 24 ore* del 10 maggio 2017. Il numero dei professionisti in circolazione oggi in Italia è molto elevato rispetto ai fabbisogni di mercato e ciò genera concorrenza al ribasso non regolata: si veda la tabella riportata dal quotidiano lavoro de *Il sole 24 ore* del 15 maggio 2017, con il relativo commento di F. Barbieri, A. Cherchi, B.L. Mazzei e V. Uva.

[776] Se una macro distinzione, con riguardo al sistema di rappresentanza si dovesse fare, si potrebbero distinguere, da un lato, i lavoratori autonomi con rappresentanza ordinistica, che danno luogo a rappresentanze ed attività para-sindacali e para-negoziali anche

apparati amministrativi: si veda la recente legge sul lavoro autonomo[777] e la campagna per l'equo compenso appena rilanciata. È il fenomeno (nuovo per le motivazioni e le dimensioni che sta assumendo)[778] che si potrebbe definire della proliferazione, spesso concorrenziale, dell'associazionismo senza associati, posto che alla frammentazione delle sigle e alla riconosciuta funzione para-negoziale (i c.d, accordi economici nazionali), non corrisponde alcun criterio discretivo di misurazione della rappresentatività reale di tipo associativo[779].

---

di tipo lobbystico istituzionale: soltanto i commercialisti, per esempio, contano circa 8 associazioni con funzioni *lato sensu* sindacali – tra cui può citarsi l'ANCAL, associazione nazionale commercialisti area lavoro, di recente costituzione. Si tratta del mondo delle professioni un tempo definite "liberali", gestite dagli organi professionali sia per il governo della professione nel mercato, sia per gli aspetti di deontologia professionale, e con tradizionali istituzioni previdenziali attraverso il sistema delle casse private: costoro potrebbero essere definiti, socialmente, i lavoratori autonomi in senso stretto (ad essi faceva riferimento il codice civile all'art. 2229: il lavoro autonomo intellettuale distinto dal lavoro autonomo manuale - art. 2222). Dall'altro lato, si collocano i lavoratori autonomi socialmente "generici" (il popolo delle partite Iva in senso proprio). A tali lavoratori è stata riconosciuta la possibilità di dar luogo a forme associative para-ordinistiche ma di natura privata con la legge n. 4 del 2103 (*Disposizioni in materia di professioni non organizzate in ordini e collegi*). Tale distinzione è in qualche modo considerata dalla legge sul lavoro autonomo appena approvata: l'art. 5 contiene una delega al governo per la previsione di atti pubblici che possono essere demandati ad appartenenti alle professioni organizzate in ordini e collegi. L'art. 6 contiene pur esso una delega al governo per estendere alcune prestazioni sociali, oltre la previdenza e la sanità integrativa, specificamente ai professionisti iscritti a ordini e collegi attraverso il sistema degli enti privati. Tale distinzione ha già innescato polemiche e contrasti. Si v. la posizione critica della presidente del CoLAP, Coordinamento Libere Associazioni: *Autonomi e partite Iva*, in *Il corriere della sera* del 15 maggio 2017. Da notizie di stampa, tali disposizioni, non previste nel testo approvato dal Consiglio dei ministri nel gennaio 2016, sarebbero state messe a punto dalla presidenza dell'ANPAL: M. C. DE CESARI, *Ai professionisti la promessa di funzioni pubbliche,* in *Il quotidiano del lavoro*, 16 maggio 2017.

[777] La legge sul lavoro autonomo - definitivamente approvata dal Senato della Repubblica il 10 maggio 2017 e rubricata *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato* - contiene provvedimenti a tutela dei pagamenti, misure di welfare a tutela di gravidanza, malattia e infortunio, deducibilità delle spese di formazione, misure di politica attiva mirate, tutela dei crediti maturati nei confronti dei clienti sia come tempistica che come adeguamento del tasso di interesse moratorio (all'8%), ecc.; ma dà anche via libera ad una delega per attribuire funzioni pubblicistiche agli iscritti agli ordini. Nello stesso provvedimento è stata anche riconosciuta l'indennità di disoccupazione ai precari della ricerca. Nonostante le organizzazioni dei lavoratori autonomi considerino la legge carente per quel che concerne la mancanza della tutela economica connessa all'equo compenso, i commenti, nel dibattito politico-giornalistico sono per lo più positivi. Si v. l'intervista a M. Calderone, *Riconosciuto un ruolo ma serve l'equo compenso,* in *Il sole 24 ore* dell'11.05.2011; C. CARBONI, *La riforma da forza ad un nuovo mondo. La risposta al mondo che cambia,* in *Il sole 24 ore*, 11 maggio 2107; si v. ancora G. Stella - presidente di Confprofessioni - *Determinante l'alleanza di tutte le partite IVA,* in *Il sole 24 ore* del 11 maggio. Secondo M. Del Conte, considerato tra i "padri" del c.d. Jobs Act degli autonomi, per la prima volta si ha un «diritto del lavoro autonomo cioè una tipologia di lavoro subordinato con diritti e tutele costruite su misura» (intervista apparsa su *La Repubblica* del 11.05.2017, *Autonomi, c'è la legge,* ove si riportano i giudizi positivi della galassia dell'associazionismo del lavoro autonomo, Confassociazioni, Confprofessioni, Acta, Alta partecipazione, Adepp - associazione degli enti di previdenza e assistenza dei professionisti). Secondo l'articolo, che cita dati Istat, i lavoratori autonomi nel 2016 erano 5 ,4 milioni, di cui meno della metà i non imprenditori, destinatari del nuovo Statuto. Sempre secondo i dati riportati nell'articolo, tra questi ultimi, sarebbero in continua crescita le c.d. partite Iva: nel solo mese di marzo 2017 ne sono state aperte 56.361 (il 9% in più sull'anno precedente. Il 71 % riferibile a persone fisiche, il 42% al Nord, il maggior numero nel settore del commercio e quasi la metà da uomini under 35, la fascia d'età con l'incremento più significativo). Mette in rilievo la novità dell'esordio della tutela nei confronti del lavoro autonomo anche *Il Manifesto* del 11.05.2017, *I freelance sono lavoratori: ora lo dice anche una legge*, di R. Ciccarelli.

[778] I giuslavoristi si sono occupati poco delle dinamiche collettive del lavoro autonomo e hanno mostrato una certa ritrosia a qualificare come sindacali le attività associative e negoziali (gli accordi economici nazionali) delle professioni autonome. Se ne sono occupati soprattutto a ridosso di vicende riguardanti azioni di autotutela collettiva (gli scioperi degli avvocati) con riguardo all'applicabilità della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali; certamente hanno escluso dall'alveo del proprio interesse gli ordini professionali con funzioni pubblicistiche di regolazione della professione; v. A. TOPO, *Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo,* in *LD, 1997,* p. 211-212

[779] La legge 14 gennaio 2013, n. 4 - al contrario, per esempio, della legge sulle associazioni ambientaliste riconosciute, ove, all' art. 13 della l. n. 349 del 1986, si prevedono criteri di rappresentatività: presenza in almeno 4 regioni, continuità dell'azione ambientale svolta e sua rilevanza esterna - non prevede alcun criterio di selezione rappresentativa. Con essa si pone, all'esterno, soltanto il divieto di rappresentanza esclusiva: art. 2 comma 1 «Coloro che esercitano la professione di cui all'art. 1, comma 2, possono costituire associazioni a carattere professionale di natura privatistica, fondate su base volontaria, senza alcun vincolo di rappresentanza esclusiva, con

Si tratta, comunque, come si diceva, di un fenomeno in netta controtendenza rispetto alla disintermediazione ed anzi di una vera e propria "ri-feudalizzazione sociale", generata da ceti in crisi, che produce schemi - tra il vecchio e il nuovo - di rappresentanza di *status*, para istituzionale, a difesa e protezione professionale e corporativa. Esso genera indifferentemente richieste di riconoscimento pubblicistico (la corsa all'ordine professionale e dunque alla rappresentanza categoriale, a fondamento pubblicistico-corporativo con funzioni di regolazione della concorrenza interna e di autogoverno); ma anche a modelli associativi para-sindacali con funzioni molto ibridate di negoziazione di interessi, di pressione politico/lobbistica su governi e parlamento, ma anche con funzioni di erogazione di servizi e di assistenza tecnica.

3. La disintermediazione nelle relazioni industriali e la crisi di rappresentanza delle tradizionali organizzazioni degli interessi.

Con riguardo alle tradizionali relazioni negoziali tra impresa e lavoro subordinato, campo elettivo di osservazione dei giuslavoristi, si registrano due fenomeni di disintermediazione. Uno di tipo strutturale, dipendente dalle nuove strategie organizzative dell'impresa, con ricadute sia sull'organizzazione sindacale, sia sulle associazioni datoriali (§ 3.1.). L'altro riferito alle regole formali, che riguarda soprattutto l'organizzazione sindacale e i suoi moduli canonici di rappresentanza (§§ 5, 5.1.).

3.1 Il livello aziendale: crisi del sindacato e dell'associazione datoriale. La contrattazione territoriale.

Con riguardo al dato strutturale, si fa riferimento alle strategie organizzative e produttive di impresa. In tal caso, i fenomeni che generano potenziale disintermediazione, sono, da un lato, la tendenza al decentramento negoziale; in tal caso più sul versante della rappresentanza datoriale. Dall'altro, i nuovi modelli di organizzazione del lavoro con partecipazione diretta dei lavoratori nell'impresa cognitiva; in tal caso più sul versante della rappresentanza dei lavoratori.

Con riguardo al decentramento negoziale non si può che ribadire, in questa sede, quanto sostengono gli studi in materia: vale a dire che più si decentra il sistema negoziale, meno importante diventa il ruolo della associazione datoriale. La rappresentanza negoziale delle imprese, pur facendo parte del *core business* associativo delle organizzazioni datoriali, sta, infatti, attraversando una fase di progressivo sbiadimento, a causa delle crescenti spinte in direzione di una aziendalizzazione della contrattazione collettiva. Come è noto, infatti, la rilevanza delle funzioni negoziali diviene proporzionalmente inferiore nei sistemi a prevalente contrattazione decentrata, soprattutto se di tipo mono-datoriale (*single-employer bargaining systems*)[780].

---

il fine di valorizzare le competenze degli associati e garantire il rispetto delle regole deontologiche, agevolando la scelta e la tutela degli utenti nel rispetto delle regole sulla concorrenza». E all'interno, obblighi di trasparenza, di democrazia associativa, di efficienza e di osservanza di obblighi deontologici; art. 2 comma 2: «Gli statuti e le clausole associative delle associazioni professionali garantiscono la trasparenza delle attività e degli assetti associativi, la dialettica democratica tra gli associati, l'osservanza dei principi deontologici, nonché una struttura organizzativa e tecnico-scientifica adeguata all'effettivo raggiungimento delle finalità dell'associazione».

[780] Così V. PAPA, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, cit., p. 22; L. BELLARDI, *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva: le interferenze reciproche*, in L. BORDOGNA-R. PEDERSINI-G. PROVASI (a cura di), *Lavoro, mercato, istituzioni. Scritti in onore di Gian Primo Cella*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 359 ss.; L. BELLARDI, *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva*, in M. CARRIERI-T. TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino,

Va tuttavia segnalato, come dato di attualità, in controtendenza rispetto ai descritti fenomeni di decremento del ruolo negoziale dell'associazione datoriale a livello aziendale, l'accordo siglato tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del luglio 2016 sui premi di risultato anche nelle pmi prive di rappresentanze sindacali, che valorizza il ruolo delle associazioni territoriali di Confindustria [781].

Diverso il discorso sulla contrattazione territoriale, che potrebbe funzionare in controtendenza rispetto al fenomeno della disintermediazione datoriale[782]. La contrattazione territoriale presuppone infatti la presenza di associazioni di intermediazione delle imprese, la cui rappresentatività potrebbe essere misurata a livello nazionale e non necessariamente territoriale (quello della misurazione della rappresentatività datoriale a livello territoriale è notoriamente uno dei problemi degli accordi territoriali di prossimità).

È da dire per altro che, pure alla luce dell'esperienza dei patti territoriali, la contrattazione territoriale tende più a prefigurare il modulo della rappresentanza politico-istituzionale delle associazioni datoriali nazionali presenti nel territorio mentre è un dato di tendenza che le organizzazioni datoriali territoriali tendono più che altro a specializzarsi nell'assistenza tecnica e di servizio alle piccole e medie imprese del territorio.

3.2. Disintermediazione e partecipazione diretta dei lavoratori in azienda.

Con riguardo al fenomeno della partecipazione dei lavoratori, con effetto di disintermediazione sul versante sindacale, la situazione è altrettanto articolata. Le ricerche sul campo rilevano che nei settori più avanzati dalla manifattura ma non solo (l'industria 4.0)[783], si registrano fenomeni

---

Bologna, 2013, p. 244 ss.; V. PAPA, *Struttura contrattuale e rappresentanza datoriale. Gli effetti del decentramento sulle peak associations*, in *DLM*, 2016, n. 2. Più in generale, con riguardo agli effetti riflessi del posizionamento dell'asse contrattuale – a livello centrale o decentrato – sul sistema di relazioni industriali e sugli assetti di potere interni alle organizzazioni di rappresentanza: DUE-J. S. MADSEN-L. K. PETERSEN-C. S. JENSEN, *Adjusting the Danish model: Towards centralized decentralization*, in C. CROUCH-F. TRAXLER (a cura di), *Organized Industrial Relations in Europe: What Future?* Aldershot, Avebury, 1995; F. VAN WAARDEN, *The organizational power of employers' association: Cohesion, comprehensiveness and organizational development*, in C. CROUCH-F. TRAXLER (a cura di), *Organized Industrial Relations in Europe: What Future?* Aldershot, Avebury, 1995, p. 46 ss.

[781] A queste ultime è stato infatti attribuito il compito di stimolare le aziende di minori dimensioni a introdurre forme di salario variabile fiscalmente incentivato. Per l'accordo territoriale, che dovrà essere autonomamente sottoscritto dalle associazioni territoriali, è già pronto un modello base. Le aziende, già associate a Confindustria o che conferiranno espresso mandato e che si avvarranno dell'accordo territoriale, lo applicheranno, inviando, anche con modalità informatiche, una comunicazione scritta ai lavoratori dichiarando l'istituzione del premio di risultato. Nella comunicazione bisognerà precisare, tra l'altro, la composizione del premio e gli indicatori adottati, oltre alle sue modalità di corresponsione, ivi compresa l'eventualità che il premio possa essere erogato, in tutto o in parte a scelta del lavoratore, tramite prestazioni di welfare aziendale.

[782] In questo senso si v. soprattutto L. BELLARDI, *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva*, cit.

[783] L'Industria 4.0 è u fenomeno connesso alla trasformazione tecnologica che ha assunto una formidabile accelerazione, di tipo incrementale esponenziale , nel primo decennio del nuovo secolo; compendia l'utilizzo di tecnologie differenziate: robot autonomi, realtà aumentata, *i-cloud*, vale a dire una gigantesca nuvola informatica, *big data* e sicurezza informatica, Internet delle cose, iperconnessione degli oggetti attraverso i *Radio frequency devices*, integrazione dei sistemi orizzontali e verticali, simulatori di interi processi e non solo di macchine, produzione additiva, nano tecnologie, nuovi materiali (il grafene). Al cuore di *Industry 4.0* c'è la messa in rete delle diverse fasi e aree della fabbrica: lo sviluppo di nuovi prodotti, la produzione, la logistica e il rapporto con la clientela. Non si tratta, pertanto, di una nuova macchina, ma piuttosto nell'integrazione di varie forme di automazione intelligente nell'industria, con l'accelerazione dei processi innovativi, oggi spesso dispersi in mille rivoli. La letteratura incomincia sul tema a essere corposa: si v. K. SHAWB, *The Fourth Industrial Revolution,* World Economic Forum, 2016; G. BERTA, *Produzione intelligente,* Einaudi, Torino, 2014. A. ARRIGHETTI, F. TRAÙ, N*uove strategie delle imprese italiane*, Donzelli, Roma, 2013; M. MAGATTI (a cura di), *La nuova borghesia produttiva,* Guarini & Associati, Milano, 2015; MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *A Future that works: Automation, Employment and Productivity,*

sempre più diffusi di coinvolgimento diretto dal basso dei lavoratori, spesso su iniziativa del *management*, non solo al di fuori della mediazione della rappresentanza sindacale, ma di ogni organismo di rappresentanza dei lavoratori[784]. I lavoratori cognitivi, con forte autonomia operativa e anche decisionale, vengono coinvolti in problemi produttivi, alcuni di tipo strategico. Il che finisce per impattare anche sulla regolazione della prestazione di lavoro, con schemi di trattamento retributivi individualizzati e incentivanti (il lavoro subordinato a progetto) e con moduli di orario altrettanto individualizzati (l'orario non più come misuratore universale della retribuzione e la regolamentazione individuale del lavoro agile incentivata per legge)[785].

Per quel che interessa la rappresentanza, l'esito potrebbe essere, in questi settori produttivamente strategici, quello dell'instaurarsi di relazioni di lavoro dirette tra singoli lavoratori e *management* a livello d'azienda, con fuga o marginalizzazione di fatto della rappresentanza sindacale, anche di tipo elettivo (RSU).

3.3. La negoziazione aziendale a "sostegno istituzionale" come controtendenza ai fenomeni di disintermediazione sociale?

Occorre, in questa sede, ricordare che in Italia, ma non solo, le tendenze alla disintermediazione sociale vengono contrastate attraverso il sostegno istituzionale e legislativo a forme più tradizionali di relazioni contrattuali di livello aziendale (a forte tasso di intermediazione). Una chiave di lettura di una serie di interventi normativi recenti - di sostegno istituzionale alla negoziazione di

---

McKinsey&Company, 2017; *The learning Factory,* DAAD, 2016; AA.VV., #*SindacatoFuturo in Industry 4.0,* Fim Cisl, 2014; ASSOLOMBARDA, *La strada verso la Manifattura 4.0,* a cura del Centro Studi e Area Industria e Innovazione, Ricerca, 2016.

[784] L. PERO, L. CAMPAGNA, *Partecipare per crescere,* in *Mondoperaio*, 2011, n. 7. L. PERO, A. PONZELLINI, *Il nuovo lavoro industriale tra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, in *La partecipazione incisiva,* in M. CARRIERI, P. NEROZZI, T. TREU (a cura di), Bologna, il Mulino, 2015. La diffusione di modalità informali di partecipazione diretta in fabbrica è confermata da indagini di Federmeccanica; ne dà conto C. TUCCI, *Operai più coinvolti nell'impresa, Tra riunioni e lavoro in team, le tutte blue hanno più peso decisionale,* in *Il sole 24 ore*, 5.05.2017.

[785] Il lavoro agile è definito in positivo e in negativo dalla norma di apertura del Capo II della nuova legge sul lavoro autonomo, riguardante l'oggetto e la finalità del provvedimento normativo. Così si legge nell'art. 18 della legge (*Lavoro agile*) «1. Le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva. 2. Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa». Si tratta, pertanto, di una modalità di erogazione della prestazione di lavoro subordinato (non di un autonomo contratto) connotata da flessibilità spazio temporale e ha natura volontaria. Dell'utilità della sua espressa regolamentazione legale si è dubitato da più parti; ipotesi di lavoro agile sono già previste dai contratti individuali e collettivi. L'elemento più innovativo si concentra nel riconoscimento (*ex* art. 19) del diritto alla disconnessione, mirato a impedire una saturazione dei tempi di vita del "lavoratore agile". Si tratta di un istituto introdotto in Francia e in quel caso considerato inutile. Nella legge italiana, al contrario che in Francia, ove si prevedono disposizioni di dettaglio, la norma è configurata più come un principio mirato a garantire il diritto di non utilizzare le apparecchiature che servono allo svolgimento agile della prestazione lavorativa senza che dà ciò possano derivare effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro e sulla retribuzione. Per una analisi del ddl si rinvia a Pietro Ichino secondo il quale la legge appesantirebbe le forme di lavoro agile con costi di transazione superflui a partire dalla formalizzazione per iscritto delle modalità di esercizio del potere direttivo: *Bene sul lavoro autonomo, ma troppo piombo nelle ali del "lavoro agile",* http://www.pietroichino.it/?p=45008.

secondo livello - potrebbe essere proprio quella del sostegno indiretto alla mediazione sindacale o comunque alla rappresentanza dei lavoratori a livello aziendale[786].

Si pensi all'art. 8 sugli accordi di prossimità[787], alla legislazione di sostegno fiscale alla negoziazione di produttività di secondo livello (si annunciano ulteriori interventi di decontribuzione)[788], alla contrattazione sul welfare aziendale[789]; ma anche all'art. 51 del d.lgs 81/2015, con il rinvio generalizzato ai contratti di ogni livello posti in essere dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con riguardo a tutte le disposizioni oggetto di rinvio legale nello stesso decreto.

Di rilievo è l'apparente paradosso del sostegno contrattuale alla partecipazione diretta del lavoratori con ulteriori incentivi (art. 55 del D.L. n. 50/2017).[790] Da un lato si incentiva la partecipazione dei lavoratori attraverso un rapporto diretto, non mediato dalla rappresentanza, nella gestione della organizzazione del lavoro con l'obiettivo di incremento della produttività; dall'altro, questo processo di individualizzazione nella gestione della prestazione di lavoro viene in qualche modo mediato e validato dalla contrattazione collettiva di secondo livello. Con un apparente ossimoro si incentiva, dunque, allo stesso tempo, mediazione sindacale e individualizzazione delle relazioni di lavoro.

Si tratta di interventi che – come si diceva - possono essere letti come controtendenza, in tal caso istituzionalmente generata, rispetto ai processi di disintermediazione sociale. L'esito possibile di questa tendenza di sostegno legislativo alla rappresentanza sindacale potrebbe essere quello di un modello di rappresentanza di tipo istituzionale (alla francese); un sindacato debole ma

---

786 Si rinvia in argomento a B. CARUSO, *"The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, 2016, n. 2.

787 Cfr. art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148.

788 Da parte dei tecnici del governo nelle prossime leggi di stabilità sono annunciati specifici interventi di sgravi fiscali a vantaggio delle imprese e non solo dei lavoratori, sulla negoziazione in materia di welfare aziendale. Si veda l'intervista a Marco Leonardi sulla *Repubblica Affari&finanza* del 24 aprile 2017.

789 Cfr. soprattutto la legge di stabilità per il 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*), in particolare v. l'art. 1 – commi da 182 a 189.

790 Si legge nella disposizione citata che «per le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, con le modalità specificate nel decreto di cui al comma 188, è ridotta di venti punti percentuali l'aliquota contributiva a carico del datore di lavoro per il regime relativo all'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti su una quota delle erogazioni previste dal comma 182 non superiore a 800 euro. Sulla medesima quota, non è dovuta alcuna contribuzione a carico del lavoratore. Con riferimento alla quota di erogazioni di cui al presente comma è corrispondentemente ridotta l'aliquota contributiva di computo ai fini pensionistici. 2. La disposizione di cui al comma 1 opera per i premi e le somme erogate in esecuzione dei contratti di cui all'articolo 1, comma 187, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto. Per i contratti stipulati anteriormente a tale data continuano ad applicarsi le disposizioni già vigenti alla medesima data» (art. 55, commi 1-2, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, *Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*). Il recente intervento legislativo riconosce una forte riduzione dei costi contributivi (riduzione di 20 punti percentuali dell'aliquota applicabile sul datore di lavoro e azzeramento della quota a carico del lavoratore, su una somma massima di 800 euro) per i premi di risultato erogati dalle aziende che realizzano forme di coinvolgimento paritetico dei lavoratori. Questo incentivo si cumula con le norme fiscali già esistenti che, in presenza dello stesso presupposto, garantiscono l'applicazione di una tassazione agevolata (con imposta sostitutiva del 10%) sui premi di risultato (fino a un valore massimo di 4 mila euro). Si v. G. FALASCA, *Produttività, vantaggi extra con coinvolgimento effettivo,* sul *Quotidiano lavoro* de *Il sole 24 ore* del 15.05.2017.

fortemente sostenuto dalla legge. In tal caso, mutuando Bruno Manghi, il sindacato (grazie al supporto dello stato) declinerebbe crescendo[791].

L'effetto di questo sostegno istituzionale alla mediazione sindacale a livello aziendale e alla contrattazione di secondo livello potrebbe tuttavia essere controintuitivo se si guarda al versante dell'associazionismo datoriale. Il sostegno istituzionale allo spostamento di *focus* negoziale verso l'azienda potrebbe avere come effetto la marginalizzazione (se non la crisi) della funzione negoziale delle associazioni di rappresentanza datoriale (nell'impresa raramente il *management* si fa rappresentare o assistere dall'associazione datoriale). Onde il fenomeno – che riguarda anche Confindustria - dell'accentuazione della funzione di assistenza tecnica all'impresa nei territori come compensazione del peso minore della funzione di negoziazione.

3.4. La disintermediazione aziendale: una prima conclusione.

Al di là della contraddittorietà dei fenomeni analizzati, con riguardo alla funzione di rappresentanza negoziale in azienda delle tradizionali organizzazioni di interessi e del sindacato in particolare, deve segnalarsi un dato politico. Il coinvolgimento diretto e disintermediato dei lavoratori in azienda è teorizzato come la nuova frontiera delle relazioni industriali da forze politiche che nel loro programma di governo considerano definitivamente eclissato il ruolo delle rappresentanze di interessi[792]. In un blog di un noto comico/politico è scritto «la presenza e l'incidenza del lavoratore nella governance della propria impresa va disintermediata» e che «difendere il lavoratore significa anche promuovere forme nuove di democrazia e partecipazione sui luoghi di lavoro»[793].

Questo potrà valere per il futuro delle relazioni industriali nel nostro paese con riguardo al potenziale indebolimento delle dinamiche di sostegno istituzionale alla contrattazione e alla rappresentanza in azienda, prima evidenziate, nel caso in cui questa opzione politica dovesse prevalere. La piattaforma Rousseau incombe, come ci ricorda Dario Di Vico[794], anche sull'arena sindacale e non solo politica. Non è, dunque, un caso che dai settori sindacali più avveduti[795], si metta bene in

---

791 Il riferimento all'arguto *pamphlet* di Bruno Manghi pubblicato dal Mulino nel 1977 - e già allora costruttivamente, ma impietosamente, critico nei confronti dei limiti di azione e di organizzazione del sindacato confederale italiano - è contenuto nel volume di M. CARRIERI, P. FELTRIN, *Al bivio, op. cit.,* p. 57 e attribuibile a Feltrin: «Appare improbabile che quasi quarant'anni fa Bruno Manghi […] avesse immaginato il futuro del sindacalismo così come poi si è davvero svolto. Certo, all'epoca, il titolo del suo libro fu a un tempo azzeccato e profetico: onore al merito! Non fosse altro perché ancora oggi, decennio dopo decennio, la profezia mantiene intatta la sua forza: il sindacato sembra aver fatto propria la *mission* indicata nel titolo – non nel contenuto del libro di Manghi, e con ammirevole tenacia preterintenzionale persegue l'obiettivo di *declinare crescendo*».

792 Si veda l'editoriale critico di M. Mascini sulla strategia del Movimento cinque stelle nei confronti del sindacato in *il Diario del lavoro* del 12 maggio 2017 «Le proposte del movimento sono per lo più intrise del desiderio di disintermediazione. Non lo dicono apertamente, ma questa è la realtà. I sindacati sono visti come un "vecchio orpello" di cui chiaramente vorrebbero sbarazzarsi. Gli esponenti del movimento nella Commissione Lavoro della Camera hanno chiarito che una volta al potere "non scioglieranno i sindacati" (bontà loro!), ma certamente li rinnoveranno. Sono per questo arrivati ad affermare che nei luoghi di lavoro il rapporto tra lavoratori e azienda non deve necessariamente passare attraverso i sindacati: meglio un confronto diretto tra impresa e dipendenti, una forma di "*one to one*"».

793 Sarebbe questo uno dei passaggi "programmatici" principali contenuti nel *Programma Lavoro del Movimento 5 Stelle*, pubblicato online il 10 aprile 2017 sul blog di Beppe Grillo.

794 D. DI VICO, *L'Opa dei cinquestelle sul mondo del lavoro*, in il *Corriere della sera*, del 30 aprile 2017; L. SAVIA, *La mossa anti-sindcati nel programma 5 stelle: via le incrostazioni; nuove forme di democrazia in azienda*, in *Il corriere della sera*, 11 aprile 2017.

795 M. BENTIVOGLI, *Abbiamo rovinato l'Italia? Perché non si può fare a meno del sindacato,* Castelvecchi, Roma, 2016. Una efficace sintesi delle posizioni contenute nel volume, nell'articolo, *Manifesto per una rivoluzione sindacale (e facciamo presto)*, Il Foglio del 12 aprile 2017.

evidenza la rivoluzione culturale che deve investire l'organizzazione sindacale per evitare la possibile eclissi di ruolo e funzione dei soggetti collettivi nei contesti più avanzati.

4. La disintermediazione e le regole sindacali: l'uso distorto del *referendum*.

Al di là dei fenomeni strutturali, organizzativi e produttivi, a cui si è fatto sinora riferimento, processi di disintermediazione possono essere generati anche da regole e istituti propri della democrazia e della rappresentanza sindacale.

Anche in tal caso si registrano fenomeni contraddittori. La recente vicenda Alitalia può essere certamente letta come un uso distorto di uno strumento di democrazia diretta quale il referendum; ma anche come abdicazione del sindacato alla propria funzione di intermediazione e rappresentanza. Con riguardo al predetto effetto distorsivo è evidente che una decisione di pochi, i lavoratori interessati[796], ha finito per avere effetti su grandi numeri e su una questione di interesse generale – ad elevata intensità di investimenti pubblici già impiegati per salvare il vettore nazionale e il suo destino industriale - sottratta al management naturale e affidata ai commissari. È paradossale, a tale proposito, anche l'effetto preterintenzionale di commistione tra strumenti di decisione sindacale e di *corporate governance*.

Con riguardo a ciò che più interessa, vale a dire il tema della disintermediazione sindacale, risulta evidente come le OO.SS. abbiano finito per affidare la soluzione di una vicenda industriale, ad alto tasso di complessità tecnica e finanziaria, alla decisione diretta dei lavoratori, tramite la secca alternativa tra un "sì" e un "no", in ciò deresponsabilizzandosi e rinunciando alla democrazia di mandato. Un episodio di evidente crisi della democrazia rappresentativa che è il modello tipico della democrazia sindacale, sostituita non certo da un modello di democrazia deliberativa, ma di tipo sostanzialmente plebiscitario. Di populismo sindacale ha parlato, autocriticamente, la segretaria della Cisl mentre per nulla avvertita dell'effetto di disintermediazione sindacale che si è finito per generare sembra la segretaria della Cgil[797].

Al di là delle qualificazioni che trovano il tempo che trovano, il quesito reale in termini teoria della rappresentanza in generale, e sindacale in particolare, è se il referendum e altri istituti di democrazia diretta possano essere utilizzati come una sorta di ordalia. Ciò soprattutto per decisioni ad alto tasso di complessità, dove la dinamica degli interessi si colloca in larga misura fuori dal perimetro degli interessi di chi vota, e che pertanto non ne potrebbe disporre.

Sul piano delle regole di rappresentanza e democrazia sindacale è da tempo noto agli studiosi che una cosa è individuare nel referendum uno strumento flessibile di ausilio alla funzione di rappresentanza sindacale: vale a dire, la possibilità del suo uso consultivo preventivo o confermativo, ovvero la possibilità della sua reiterazione, qualora il negoziatore ne consideri il risultato frutto di asimmetria informativa, ovvero ancora come fase finale di una deliberazione ben più complessa

---

[796] A. ALESINA, F. GIAVAZZI, *Il referendum Alitalia, se pochi decidono per tutti*, in *Il corriere della sera*, 26 aprile 2017.

[797] Intervista a S. Camusso di E. Marro, *Coinvolgere la Cassa depositi, poi intesa con un socio europeo,* in *Il corriere della sera*, 27 aprile 2017*; intervista* di A. Furlan su *la Repubblica* del 28 aprile 2017, *Un errore il referendum, no al populismo sindacale.*

e articolata[798]. Un'altra considerare il referendum, con la rigidità del suo esito, come lo strumento ordinario e fisiologico della deliberazione sindacale, in tutto sostitutivo degli strumenti di democrazia di mandato [799].

Per altro la scelta di affidare al referendum la decisione su questioni complesse (si pensi all'effetto di apprendista stregone prodotto dall'ex premier britannico con la Brexit), non è solo proprio della democrazia sindacale ma è sintomo della curvatura plebiscitaria anche della democrazia politica e quindi sintomo di crisi della sua forma classica, come ci ha spiegato un politologo che

---

[798] Sugli strumenti di democrazia sindacale si v. B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso,* Angeli, Milano, 1992; più di recente M. CARRIERI, P. FELTRIN, *Al Bivio, op. cit.*

[799] Da segnalare almeno altre due vicende sindacali che denotato, quanto meno, la necessità di una regolamentazione prudente e dagli esiti certi della consultazione referendaria nella negoziazione c.d. di crisi o concessiva. Il primo, meno noto alla cronaca, riguarda il Consorzio Cara di Mineo, centro di accoglienza di immigrati assurto agli onori delle cronache non propriamente per fatti sindacali. Nell'autunno del 2015, anche a seguito di noti fatti di cronaca giudiziaria, si era prodotta una sensibile e stabile contrazione del numero degli ospiti con conseguente crisi aziendale. Raggiunto in sede amministrativa un accordo di solidarietà, come misura sostitutiva del ricorso ai licenziamenti collettivi, la Cgil, sotto pressione per la concorrenza di un sindacato autonomo rappresentativo di una minoranza di lavoratori, ma con maggiore anzianità di servizio e con aspettative di una favorevole applicazione dei criteri di scelta legali, decideva di sottoporre a referendum confermativo l'intesa. I lavoratori, scarsamente informati, rifiutavano l'accordo per pochi voti, con la conseguenza del ricorso, da parte del Consorzio, alla misura drastica di licenziamento collettivo di un rilevante numero di lavoratori, tra cui molti aderenti al sindacato autonomo che aveva indotto anche la Cgil a sottoporre il contratto gestionale alla consultazione referendaria. Tutti i ricorsi dei lavoratori, di impugnativa dei licenziamenti, sono stati respinti dal Tribunale di Caltagirone con ordinanze seriali: si v. Trib. Caltagirone ord. del 1 luglio 2106 e del 24 ottobre 2107, est. Gasperini, con nota di M. MILITELLO, *Licenziamento collettivo per riduzione del personale. La libertà dell'an e i vincoli del quomodo,* in *RIDL*, 2017, II p. 251 ss. Senza il referendum quei lavoratori avrebbero mantenuto il proprio posto di lavoro. L'altra vicenda è più nota alla cronaca, e ha dato luogo a un pronunciamento del Tribunale di Roma (decr. Trib. Roma 22 aprile 2017), che ha respinto in quel caso un ricorso *ex* art. 28 della Cgil. Si tratta della complessa vicenda dei licenziamenti del *call center* Almaviva, con esiti diversi nella sede di Roma (ove i licenziamenti per rifiuto dell'accordo da parte della Rsu) e di Napoli (misure sostitutive per accettazione dell'accordo da parte della Rsu). Dalla motivazione del Tribunale si evince *in vitro* l'uso, se non strumentale e opportunistico, sicuramente generatore di incertezze del referendum in quell'occasione: «il sindacato si duole del rifiuto della società di attendere l'esito del referendum tra i lavoratori lamentando che l'azienda avrebbe "scaricato" sul sindacato la responsabilità dei licenziamenti "sfruttando il dissenso manifestato (alle 3 di notte) dalle RSU"». Si osserva in proposito nel decreto del giudice romano che, invero, non risultava «alcuna richiesta di interruzione delle trattative in corso per attendere la consultazione dei lavoratori. Lo si evince chiaramente dal comunicato sindacale del 22 dicembre 2016 nel quale la SLC CGIL afferma che: "la situazione che si è determinata questa notte è stata la manifesta lacerazione che ha attraversato tutta la delegazione delle RSU […] sia quella di Napoli che ha deciso per il sì sia quella di Roma che ha deciso per il no… spetta alle RSU la titolarità dell'accordo e ciò che ha prodotto l'accettazione del percorso per Napoli e l'avvio della possibilità dei licenziamenti per il sito di Roma". Del resto lo stesso sindacato ricorrente non chiarisce in ricorso quando la richiesta di attivazione della procedura di consultazione dei lavoratori sarebbe stata formulata […], anzi risulta proprio dall'affermazione contenuta nell'atto introduttivo che la consultazione è avvenuta successivamente alla conclusione dell'accordo del 22 dicembre». Una sintesi giornalistica del caso Almaviva si può leggere nel Sole 24 ore del 29 aprile 2017, *I licenziamenti Almaviva superano l'esame del giudice,* di M. Pri. Una forte critica alle oscillazioni referendarie della Cgil sul caso Almaviva, in R. ROSATI, *Processare la deriva referendaria dei sindacati. Gli accordi aziendali vanno sostenuti. Cosa dice la condanna della CGIL sul caso Almaviva,* in *Il Foglio* del 2.05.2017. Di interesse anche la posizione, in tema, del segretario della Fim Cisl M. BENTIVOGLI, *Contro l'illusione democratica del "cittadino totale "che vota su tutto,* in *Il Foglio* del 27 aprile 2017, di cui vale la pena riportare alcuni passaggi: «chi crede che si possa fare una trattativa vera "come portavoce" non sa cosa è un negoziato vero e complesso. È il momento in cui bisogna prendersi le proprie responsabilità fino in fondo. Nelle intese aziendali la firma dei rappresentanti è vincolante. A volte abbiamo organizzazioni che hanno persino paura a dare indicazione di voto, nascondendosi dietro il "voto dei lavoratori". E così ogni volta, dalla Zanussi, alla Brexit, all'Almaviva, quando si fanno i conti con la realtà delle conseguenze del voto, il commento più diffuso è: "Io non credevo che…»; da cui l'esperienza in concreto di sindacalista sul campo: «Nella mia esperienza personale ho vivo il ricordo, negli stessi anni (primo decennio del terzo millennio ndr), in un'azienda della provincia bolognese in cui firmammo un accordo unitario "tutto a prendere" sulla mensilizzazione del salario: alla prima votazione lo bocciarono, confesso che insieme al funzionario della Fiom, rispiegammo per ben quattro volte e per altre volte rifacemmo votare, a distanza di pochi minuti e l'accordo passò alla quasi unanimità». L'articolo merita una lettura per intero; nel suo corpo opportunamente si ricorda che il primo referendum a memoria storica, dalle conseguenze disastrose, fu quello che condusse alla salvezza di Barabba, per volontà del popolo.

non finiremo mai di rimpiangere, Giovanni Sartori[800]. Concepito come una ordalia, il referendum rispecchia un fenomeno collettivo, ma in una dimensione di fatto che si pone al margine dell'azione collettiva e soprattutto della democrazia rappresentativa classica.

Come ha lucidamente rilevato Nadia Urbinati[801] la democrazia del web che è la trasfigurazione elettronica della democrazia plebiscitaria tramite referendum - con delega di decisioni complesse (che implicano assunzioni di responsabilità che vanno ben oltre gli interessi immediati) a coloro che sono coinvolti - va nella direzione opposta alla classica idea di partecipazione democratica, la quale mette al centro della decisione il cittadino informato, ma che affida alla pratica dei corpi intermedi la funzione complessa di mediazione e compromesso e alla fine la decisione finale.

In sintesi democrazia del web e democrazia sindacale referendaria possono essere considerati entrambi fenomeni di deresponsabilizzazione e alla fine allocabili tra gli emergenti fenomeni di disintermediazione.

5. Nuove prospettive di (re)intermediazione? Il tema delle regole sindacali.

In controtendenza con i fenomeni accennati – e in direzione di u forme di re-intermediazione sociale classica – si colloca la questione delle nuove regole della rappresentanza sindacale previste dal TU del 2014. Se è vero infatti che le regole giuridiche non determinano i fenomeni, possono sicuramente coadiuvarli e, in tal caso, possono operare come ausilio di processi di rafforzamento della rappresentanza e di contrasto alla cattiva disintermediazione.

Chi ha studiato da presso il sistema sindacale nel pubblico impiego in Italia[802] non esclude che alla base della tenuta del tasso di iscrizione sindacale e di un sistema abbastanza efficiente di concentrazione della rappresentanza, ci sia anche il sistema di rilevazione legale della rappresentatività, basata sul mix iscrizioni/elezioni.

Nel settore privato le regole del TU di rilevazione della rappresentatività non decollano, come ormai riconoscono le stesse confederazioni promotrici, in ragione del fatto che la misurazione del doppio fattore di rappresentatività è di natura volontaria e non prevista dalla legge. Senza meccanismi di incentivazione istituzionale, regolati dalla legge, e soprattutto senza una

---

[800] G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1989. Sulla crisi della democrazia si rinvia a S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti, Mondadori*, Milano, 2017 e alla pessimistica analisi di R. SIMONE, *Come la democrazia fallisce, Garzanti*, Milano, 2015. Per un controcanto, E. MAURO- G. ZAGREBELSKY, *La felicità della democrazia, un dialogo,* Laterza, Bari, 2011. In tempi di crisi della democrazia, sempre utile e stimolante ritornare a un classico di tale vicenda, J. ORTEGA GASSET, *La ribellione delle masse,* Milano, Se, 2011 (prima edizione italiana: J. ORTEGA GASSET, *La ribellione delle masse*, Il Mulino, Bologna, 1962).

[801] N. URBINATI, *Democrazia in diretta*, Feltrinelli, Milano 2013, pos. 160 dell'ebook la quale si pone fondate domande: «Come sarà la democrazia rappresentativa in diretta, ovvero con la partecipazione via web, senza partiti e con la rete che sia mezzo diretto di informazione…? Come essere certi che la maggioranza sia ancora il centro propulsore della democrazia se l'opinione è comunque opera delle minoranze più attive, quelle che partecipano con più assiduità nel web e/o nelle piazze? Come scongiurare il rischio che il "il popolo sovrano", che la democrazia rappresentativa aveva normativizzato con procedure e regole bene congegnate, venga a identificarsi con "la folla" o la massa indistinta dei più rumorosi, di coloro che usano la voce più fortemente o più professionalmente di altri? In sostanza come proteggere l'uguaglianza politica all'interno di un moto di opinione che premia cha la voce più alta o sta più di altri su Twitter o Facebook?».

[802] Ampi riferimenti in M. CARRIERI, P. FELTRIN, *Al bivio, op. cit.,* p. 111 ss.

organizzazione tecnica e amministrativa all'altezza della complessità della procedura di rilevazione dei dati, il sistema è destinato a non decollare.

La rilevazione misurata della rappresentatività è operazione, come l'esperienza del p.i. dimostra, alquanto complessa. Nel settore privato lo è ancor di più in ragione del fatto che occorre misurare anche la rappresentatività datoriale, problema che non si pone nel settore pubblico in ragione della rappresentanza necessaria conferita all'Aran. Ne consegue che, nel settore privato, appare condizione necessaria la mobilitazione di forti risorse istituzionali a tale scopo; quale organismo pubblico debba farsene carico (il Cnel, l'Aran o il Ministero del lavoro) è questione oggetto di discussione, ma non decisiva[803].

Una tale mobilitazione di risorse difficilmente potrà avvenire su basi volontarie posto che, per altro, non si capisce per quali ragioni, in assenza di obblighi legali, le istituzioni pubbliche si dovrebbero far carico delle risorse istituzionali per garantire meccanismi volontari di rilevazione della rappresentatività di soggetti privati. Oltre a questi argomenti di ragion pratica, milita a favore di un intervento di recezione legislativa, ortopedica delle regole sindacali volontarie, l'esigenza di generalizzare e adattare il modello del TU oltre i soggetti collettivi che hanno stipulato accordi in tal senso; ma milita anche l'esigenza di orientare la rappresentanza sindacale nell'impresa verso una generalizzazione, in tutti i settori, del modello elettivo unitario (la Rsu) rendendo la Rsa di fatto residuale; ciò anche mediante una serie di penalizzazioni istituzionali di quest'ultima, per esempio sulla quantità dei diritti sindacali.

Per quanto riguarda il modello di legge sindacale, dopo la fine della prospettiva di riforma costituzionale, a maggior ragione in campo rimane soltanto il modello di intervento leggero[804], ispirato al metodo riflessivo di regolazione dell'autoregolazione sindacale; con alcuni correttivi necessari in ragione della previsione dell'*erga omnes* per la contrattazione aziendale e della contrattazione integrativa della legge e augurandosi che le regole sindacali non concedano molto alla deriva referendaria.

In controtendenza rispetto ai fenomeni di disintermediazione si porrebbe anche la riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, nel caso in cui dovessero essere oggetto di

---

[803] M. CARRIERI, P. FELTRIN (*Al bivio*, cit.), optano per l'Aran ma sottovalutano, da sociologhi, che in tal caso l'Aran dovrebbe essere normativamente e istituzionalmente ri-posizionata, trasformandola da soggetto di rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche, in agenzia terza di governo del sistema pubblico/privato di gestione del sistema di rappresentanza e rappresentatività sindacale e datoriale e, in prospettiva, di agenzia di governo delle relazioni industriali, modello ACAS britannico. Nel progetto Freccia rossa si privilegia per questa funzione l'apparato del Ministero del lavoro.

[804] Si fa riferimento alla proposta di intervento neo-riflessivo sul sistema sindacale avanzata dal gruppo Freccia rossa; cfr. AA.VV., *Proposta di intervento legislativo in materia sindacale (Gruppo Freccia Rossa)*, in *RIDL*, 2015, n. 4, III, p. 205 ss. In argomento cfr. pure i ben più "impegnativi" – e per questo motivo, probabilmente, difficilmente attuabili – propositi di legificazione sindacale contenuti, rispettivamente, nella proposta presentata dai giuristi afferenti alla rivista *Diritti lavori mercati* (AA.VV., *Proposta di legge. Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori*, in *DLM*, 2014, n. 1; AA.VV., *Guida alla lettura della proposta di legge*, in *DLM*, 2014, n. 1) nonché nell'elenfantiaco progetto di riforma dell'intera materia sindacale contenuto nella Carta dei diritti proposta dalla Cgil (*Carta dei diritti universali del lavoro – Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori*).

recepimento normativo le proposte mirate ad affidare soltanto a organizzazioni sindacali con una certa dote di rappresentatività misurata il potere di proclamare scioperi legittimi[805].

5.1. La legge ferenda: frammentazione negoziale e associazionismo datoriale

A conclusione delle riflessioni sin qui condotte sulla coesistenza di fenomeni multipli ed eterogenei di disintermediazione e di ri-intermediazione, si possono evocare gli effetti di ulteriore reintermediazione virtuosa che potrebbero essere prodotti da una regolamentazione legislativa della rappresentanza, in direzione di una possibile razionalizzazione della struttura contrattuale nazionale. Come è ormai noto, il sistema negoziale a livello nazionale è oggi frammentato in più di 800 contratti nazionali di categoria (con un aumento del 44% dal 2013)[806]; a ciò si accompagna l'inedito fenomeno di una certa e ancora limitata diffusione, dopo il caso Fiat, della contrattazione aziendale di primo livello che, per definizione, nega la rappresentanza negoziale della associazione datoriale. Molti studiosi individuano un nesso circolare tra frammentazione della struttura contrattuale e proliferazione di associazioni nazionali di rappresentanza di imprese che vanno alla ricerca di ambiti contrattuali sempre più ristretti e, per così dire, sartoriali (a misura di micro settore o microcomparto)[807].

Il fenomeno è la riproposizione in Italia di quanto avvenuto in Germania (in origine in modo più ordinato oggi meno[808]) con gli accordi in deroga e il tentativo di governo di tale fenomeno attraverso le clausole di apertura[809]. È il fenomeno della fuga imprenditoriale dal contratto collettivo standard di categoria e dalla sua pretesa di regolazione uniforme rispetto alla diversificazione tipologica e geografica delle imprese, in ragione dei noti fenomeni del mutamento della configurazione della catena di valore e dello spezzettamento delle strutture economiche. Questo ha come conseguenza, per le imprese, che vincoli negoziali standard e di lunga durata appaiono, in questo mutato contesto, come lacci fastidiosi.

Tale fenomeno è la cartina di tornasole di esigenze imprenditoriali non soddisfatte dal sistema di contrattazione nazionale uniforme, poco flessibile, e dalla rappresentanza categoriale tradizionale. In Italia la legge, per i noti vincoli impeditivi costituzionali, non potrebbe certo spingersi sino ad una razionalizzazione della struttura della contrattazione nazionale attraverso il meccanismo

---

805 Sul collegamento tra proclamazione di sciopero nei s.p.e. e verifica della rappresentatività sindacale, di recente, G. PINO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, *Omnia Trattati Giuridici*, UTET, Milano, 2017, p. 2138 ss. e ivi i riferimenti ai Ddl presentati in corso della XVII Legislatura: A.S. n. 550 (Sen. Di Biagio); A.S. n. 1286 (Sen. Sacconi ed altri); A.S. n. 2006 (Sen. Ichino ed altri).

806 In ambito extrascientifico: R. QUERZÈ, *La Babele degli 809 contratti nazionali, solo un terzo firmati da Cgil Cisl e Uil,* in *Il Corriere della sera*, del 16.04. 2017.

807 La connessione tra strategie di frammentazione rappresentativa sul versante datoriale e moltiplicazione degli strumenti contrattuali categoriali – anche nella predetta funzione di edificazione di micro-settori *ad hoc* – è ben illustrata in una ricerca a cura dell'Ufficio studi della Cisl (cfr. Cisl-Dipartimento Lavoro Formazione Contrattazione Ufficio Studi, *Numeri e qualità del lavoro sotto la lente*, 2015, n. 2). In argomento, si v. G. OLINI, *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, 2016, n. 3, p. 417 ss.; V. PAPA, *Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, in *DLRI*, 2017, n. 1.

808 T. DIETERICH, *Autonomia collettiva: vecchio modello, nuova realtà,* in *GDLRI,* 2016, 4, p 557 ss.

809 Accanto alle clausole di apertura, nel sistema tedesco, si è assistito alla creazione di forme di associazionismo senza vincoli contrattuali (con le *ohne Tarifbindung*). Sugli effetti della diffusione delle forme di associazionismo senza contrattazione: T. HAIPETER, *Unbound' employers' associations and derogations: erosion and renewal of collective bargaining in the German metal working industry*, in *IRJ,* 2011, n. 2, p. 174); S. LEHNDORFF-T. HAIPETER, *Decentralisation of Collective Bargaining in Germany: Fragmentation, Coordination and Revitalisation*, in *EL*, 2014, n. 1, p. 45 ss. In argomento v. M. VITALETTI, *La crisi della rappresentanza dei datori di lavoro. Brevi note comparatistiche tra sistema italiano e tedesco, in* L. CORAZZA, L. NOGLER *(a cura di), Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli,* Franco Angeli, Milano, 2012, p. 528.

dell'estensione *erga omnes* degli effetti dei soli contratti categoriali posti in essere da certe associazioni dotate di rappresentatività acclarata. E tuttavia il riconoscimento di criteri formali di rappresentatività datoriale potrebbe costituire una spinta, certo non decisiva, ma importante verso un ricompattamento della struttura negoziale, con la potenziale conseguenza di ostacolare - ma probabilmente non di impedire del tutto - il processo di crisi della rappresentanza negoziale delle associazioni datoriali.

Flexicurity e oltre*

Tiziano Treu

1. Le origini e le prime teorizzazioni della flexicurity. 248
2. Le esperienze originarie e le guidelines europee. 249
3. Le criticità e l'impatto della crisi. 249
4. Indicazioni per una correzione di rotta. 251
5. La presa di posizione del Consiglio Europeo del 2009 e la ricerca Eurofound. 252
6. Un cambio di paradigma: le flessibilità interne a fine di job retention. 253
7. Le diverse dimensioni della flexicurity. 254
8. Misure specifiche per gruppi di soggetti e di aziende. 256
9. Gestione tripartita della flexicurity. 257
10. Coinvolgimento delle imprese nelle misure di sicurezza "esterne". 258
11. Gli squilibri della flexicurity italiana. 260
12. Interventi per il riequilibrio: servizi all'impiego e politiche attive. 262
13. Nuovi utilizzi della flessibilità interna. 265
14. Considerazioni conclusive. 267

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 135/2017

1. Le origini e le prime teorizzazioni della flexicurity.

La flexicurity con le misure che la compongono ha costituito per quasi vent'anni l'elemento centrale della strategia europea dell'occupazione. Nonostante questa fortuna politica la formula è stata fin dall'inizio oggetto di interpretazioni diverse della sua definizione concettuale e ancora più di valutazioni opposte circa le modalità della sua applicazione e circa i suoi effetti socioeconomici. Le controversie non sono state sopite dalla continuità e dalle esperienze, tanto più che la tenuta del modello nelle sue diverse versioni è stata sottoposta negli ultimi anni al test della crisi economica.

In realtà gli obiettivi e l'idea stessa di flexicurity hanno riferimenti teorici che si prestano a letture divergenti.

Il dibattito originario sulla flessibilità e sulla flexicurity è influenzato dalle teorie economiche di ispirazione neoclassica, largamente avallate dalle principali organizzazioni internazionali (OECD, World Bank, IMF), secondo cui l'obiettivo principale delle politiche del lavoro è di ridurre la legislazione protettiva del lavoro (EPL) come presupposto necessario per superare le rigidità del mercato del lavoro e (quindi) per creare più occupazione. Secondo tali teorie la riduzione delle tutele legislative del lavoro sarebbe stata compensata da politiche di workfare consistenti in ammortizzatori sociali, peraltro di durata e portata limitate, condizionati alla ricerca e all'accettazione di nuovi impieghi.[810]

Nel corso degli anni '90 questa visione doveva essere soggetta a critiche e lasciare il posto a opinioni più articolate in sede scientifica e negli stessi organismi internazionali, secondo le quali la regolazione del mercato del lavoro, o almeno certe forme di regolazione non sono necessariamente ostative all' efficienza e anzi possono essere necessarie non solo per proteggere i lavoratori e per garantire un corretto funzionamento del mercato del lavoro, ma anche per assicurare la stabilità e la produttività del sistema tramite la partecipazione dei lavoratori e la costruzione del consenso.[811]

In questo contesto si inserisce la prima elaborazione teorica della flessicurezza che intende superare le strette contrapposizioni deregolazione vs regolazione e flessibilità vs sicurezza, per affermare invece la possibilità di perseguire simultaneamente buoni livelli di flessibilità nel mercato e di sicurezza dell'occupazione.[812]

---

[810] Cfr. OECD (1994), *The OECD Jobs Stady, Facts, Analyses, Strategies*; OECD (2002), *Implementing the OECD Jobs Strategy: Lessons from Member's Countries Experience,* Economics Department Working Papers, Paris, OECD.

[811] W. Streeck (1992), *Social institutions and economic performance*, Studies Leibfried and Man, Muffels, 2008; P. Auer, *La flexicurity nel tempo della crisi,* DRI, 2011, p. 37 ss.; Esping- Andersen, M. Regini, (ed.), 2000, *Why Deregulate labour markets?*, Oxford University Press; e in generale, le mie considerazioni sulle implicazioni per il Diritto del lavoro e il welfare, T. Treu, *Labor law and sustainable development,* WP D'Antona, Int. 130/2016. Cfr. per il cambiamento della posizione degli organismi internazionali Word Bank 2014, Doing business2015. Going beyond efficiency, (Washington DC, International Bank for reconstruction and development), p.231 ff.; ID2015, *Doing business.*
Measuring regulatory quality efficiency, (Washington DC, International Bank for reconstruction and development), p.247 ff.

[812] Cfr. la elaborazione originaria di T. Wilthagen, *A new paradigm for labour Markets policy research?*, WZB, (Wissenschafts-zentrum Berlin), Discussion Paper, FS I, 1998, p. 98- 102; Wilthagen and Tros, The concept of "flexicurity": a new approach to regulating employment and labour markets, Transfer, 10(2), 2004, p. 166-186 ; Muffels Rja, Wilthagen T., *Flexicurity: a new Paradigm for the analysis of labor Markets and policies challenging the Trade –off between Flexibility and Security*, Social Compass, 7, 2013, p. 111-122. Cfr.

2. Le esperienze originarie e le guidelines europee.

La persuasività di questa elaborazione teorica doveva appoggiarsi sulle esperienze di successo, di paesi come Danimarca e Olanda[813] che in quel periodo, fine anni '90, uscivano dalla sindrome dell'Eurosclerosi, mantenendo sia buoni risultati sul piano economico, sia un alto grado di regolazione normativa e di stabilità sociale favorito, in particolare, da un equilibrio fra flessibilità esterna del lavoro, welfare generoso e strumenti di politica attiva del lavoro.

Negli anni successivi il concetto di flexicurity doveva essere assunto formalmente nelle guidelines comunitarie con una serie di successive specificazioni, riassunte in particolare nel documento *Towards Common principles of flexicurity more and better jobs through flexibility and security* (Luxembourg, 2007), della Commissione e approvate con non pochi emendamenti dal Consiglio Europeo del dicembre 2007.

La articolazione del concetto rifletteva le diverse modalità con cui la strategia era applicata nei vari contesti nazionali, giusta il carattere di soft law di questa come di tutte le guidelines europee in materia di occupazione.[814]

Le indicazioni dei documenti europei hanno comportato un progressivo ampliamento della definizione di flexicurity - peraltro con il consenso delle parti sociali e/o del governo -, anche per rispondere alle critiche rivolte al termine e alle sue implicazioni politiche. La conseguenza è stata di accrescere la polivalenza o l'ambiguità delle politiche incluse in queste guidelines; anzi si è detto, da configurarla più come una lista della spesa onnicomprensiva che come una strategia organica. [815] Fatto si è che l'ombrello degli otto principi comuni approvati dal Consiglio europeo nel 2007 ha permesso a ogni paese dell'Unione di creare il proprio sistema di flexibility. Questa del resto è una criticità ricorrente del Metodo Aperto di Coordinamento (MAC) e in genere degli approcci di soft law[816]: ove la inclusività e spesso l'ambiguità degli obiettivi proposti sono tali da appianare i motivi di discussione a vantaggio di soluzioni favorevoli a tutte le parti e inoltre di rendere difficilmente verificabili e criticabili i risultati.

3. Le criticità e l'impatto della crisi.

Nel merito poi si è criticata, sia da parte sindacale sia di esperti anche non prevenuti, la distanza fra la retorica dei documenti europei e le pratiche sostanziali della flexicurity, specie in alcune versioni nazionali, fra cui *in primis* l'Italia e altri paesi mediterranei, dove l'allentamento delle regole protettive del lavoro per favorire la flessibilità non si è accompagnato con la predisposizione

---

l'elaborazione originaria di T. Wiltaughen, F. Tros, *The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour market*, in *Transfer*, 2004, n.2, p. 166-187; il numero monografico n.3/2007 di DLM, *La flexicurity in Europa*; B. Glazier, *La strategia europea per l'occupazione nella tempesta*, cit, p. 60 ss.; P.K. Madsen, *Reagire alla tempesta. La flexicurity danese e la crisi*, in DRI, 2011, p. 78 ss.; P. Auer, *La flexicurity nel tempo della crisi,* ivi, p. 49 ss.

[813] J. Visser- Hemerijck, 1997, *A dutch miracle: Job growth, Welfare reform and corporatism in the Netherlands,* Amsterdam Univ. Press.

[814] Roccella- Treu, *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, 2016, p. 22 ss., p. 180 ss.

[815] Auer P., *La flexicurity nel tempo della crisi*, in DRI, n.1/XXI, 2011, p. 37 ss.; L. Calmfors, *Flexicurity, an answer or a question?,* Swedish Institute for European policy studies, (SIEPS), 6. 2007, p. 1 ss.

[816] Cfr. sulle origini e gli sviluppi del MAC, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, p. 22 ss, p. 48 ss.

di effettive reti di sicurezza sul mercato del lavoro, come progettato nei prototipi danese e olandese.[817]

Il sopravvenire della crisi economica e occupazionale ha accentuato i motivi di critica nei confronti delle politiche nazionali del lavoro sviluppate negli anni; in particolare ha aggravato i dubbi circa la loro capacità di garantire il promesso equilibrio fra la flessibilità dei rapporti di lavoro introdotta in molte legislazioni nazionali e la sicurezza dell'occupazione, se non del posto di lavoro.

Il rallentamento della crescita e delle dinamiche occupazionali con l'aumento dei tassi di occupazione ha messo in discussione gli stessi capisaldi della strategia di flexicurity presenti nelle esperienze originarie del centro-nord Europa: il "triangolo d'oro" consistente nella combinazione, di alta flessibilità del mercato del lavoro, welfare generoso per i disoccupati e politiche attive dell'impiego, per favorire la reimpiegabilità.

In particolare la persistenza nel tempo di alti tassi di disoccupazione ha reso difficile la rapida reintegrazione dei lavoratori estromessi da un posto di lavoro in altre occupazioni, indebolendo la fiducia nella capacità del sistema di compensare i danni della flessibilità esterna con un efficace sostegno alle transizioni e gettando un'ombra sull'assunto di queste strategie che equipara la occupabilità (concetto potenziale) alla effettiva continuità se non del posto almeno dell'occupazione.

Tanto più che la stessa crisi economica ha ristretto lo spazio fiscale necessario per rafforzare le protezioni dei lavoratori, in particolare per prolungare il loro sostegno al reddito per tutto il tempo necessario a completare la transizione al reimpiego. Per gli stessi motivi si è indebolita la capacità delle organizzazioni sindacali di sostenere una gestione concordata delle flessibilità in azienda e in certa misura anche degli strumenti di sicurezza e ricollocazione sul mercato del lavoro.

Inoltre le modifiche in atto nelle realtà produttive incidono profondamente anche sulle traiettorie professionali degli individui nel corso della vita e richiedono forme innovative di sostegno alla continuità occupazionale delle persone nella varietà dei percorsi lavorativi. Come si è sintetizzato, la stabilità del mercato del lavoro sarà caratterizzata da una combinazione di contratti di lavoro con uno (o più di uno) datore di lavoro, diversi periodi di "non lavoro" – come la disoccupazione, obblighi familiari o di formazione -, e attività su base temporanea – come il part time e il lavoro a orario ridotto -, durante i quali la remunerazione e l'occupabilità sono, almeno parzialmente, mantenuti. [818]

Le ricerche in materia hanno catalogato i modelli di flesicurezza adottati dai diversi paesi in gruppi che riflettono in buona misura i diversi assetti generali delle politiche del lavoro e di welfare.[819]

---

[817] P. Auer, *La flexicurity,* cit., p. 49 ss.

[818] P. Auer*, La Flexicurity,* cit., p. 54.

[819] Eurofound, *The second phase of flexicurity and analysis of pratices and policies in the member states, Luxembourg 2012*, p. 13 ss.; vedi le analisi comparative di R. Muffels, C. Crouch, T. Wilthagen, *Flexibility and security: national social models in transitional labour markets,* Transfer, 2014, p. 102 ss.; tale analisi sostiene la tesi che le politiche di flexicurity sono un ponte – o una via intermedia – fra i modelli sociali liberisti dei paesi anglosassoni, caratterizzati da debole potere legislativo e (ridotto) *workfare* e i sistemi tradizionali dell'Europa continentale, caratterizzati da rigida regolazione dei rapporti di lavoro, basso turnover e buon welfare per i *core workers.*

Stando alle guidelines europee le politiche dei diversi paesi avrebbero dovuto introdurre misure capaci di correggere, specie in risposta alla crisi, le criticità del proprio modello. I primi bilanci di ricerca non danno indicazioni univoche al riguardo ma non sembrano sostenere questa ipotesi; anzi confermano il peso rilevante del contesto politico, economico e sociale specifico di ogni singolo paese, mostrando un significativo effetto *path dependency*.[820] Tale conferma non può sorprendere data la centralità delle strategie di flexicurity nelle politiche di tutti i paesi e quindi la loro reattività ai contesti nazionali e nello specifico agli assetti delle relazioni di lavoro e industriali.

4. Indicazioni per una correzione di rotta.

Nonostante queste diversità le analisi più attente segnalano la necessità di correzioni di rotta non marginali e la necessità di ridefinire gli obiettivi e i contenuti delle strategie a cui far seguito una nuova strumentazione normativa e organizzativa.[821] L'equilibrio fra flessibilità e sicurezza non può funzionare se viene concepito come statico, cioè quasi come una compensazione fra entità date, la sicurezza nel posto e la occupabilità nel mercato, come si assume nelle versioni originarie della flexicurity, perché l'equilibrio viene alterato in radice degli squilibri occupazionale. La correzione di rotta proposta da varie parti per superare questa concezione riduttiva delle strategie di flessicurezza, implica che siano modificati l'obiettivo e il contesto in cui esse si collocano, rimettendo al centro la ricerca di un più elevato livello di occupazione stabile e di qualità (*decent work,* secondo l'espressione dell'OIL). Si tratta di un cambio di orientamento che coinvolge l'insieme delle politiche economiche e di sviluppo prima ancora di quelle dell'occupazione.

La esigenza di sostenere politiche economiche finalizzate al rilancio dello sviluppo sostenibile e dell'occupazione è riconosciuta anche nei documenti ufficiali, europei,[822] ma è stata largamente contraddetta dalle politiche restrittive e di austerità prevalenti nell'Unione, che hanno avuto ricadute negative nei singoli stati membri, specie nelle aree deboli dei paesi mediterranei. Correggere queste condizioni di contesto è dunque una precondizione per rimediare agli squilibri strutturali fra due aspetti della flexicurity.

La rinnovata enfasi sull'obiettivo di sostenere l'occupazione di buona qualità ha sollecitato proposte per individuare contenuti e strumenti della flexicurity innovativi rispetto alle prassi finora prevalenti.

La diversità delle misure ascritte alla strategia risponde alle eterogeneità delle condizioni dei paesi membri e delle istanze dei vari gruppi di soggetti e di imprese. Ma in tanto questa molteplicità di interventi può sottrarsi alle critiche di disorganicità e di frammentazione incoerente in quanto il

---

[820] Cfr. la ricerca di Eurofound, cit., p. 18 ss., p. 73.

[821] P. Auer, *La flexicurity*, cit., p. 51 ss.; G. Schmid, *Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transizionali del lavoro,* in DRI, 2011, spec. p. 17 ss., p. 24 ss.; B. Gazier*, La strategia europea per l'occupazione nella tempesta: il ripristino di una prospettiva a lungo termine*, ivi, p. 66 ss.; I. Schumann, *Labour law reforms in Europe: adjusting employment protection legislation for the work?*, ETUI, Work Paper 2014.02, p. 51 ss.; J. Heyes, *Flexicurity in crisis. European labour policies in a time of austerity,* Eur. J. Ind. Rel., 2013, p. 71 ss.

[822] Vedi i vari documenti analizzati da M. Roccella, T. Treu, *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., p. 36 ss.; fino alla cd. Strategia di Europa 2020 avviata dal Consiglio Europeo del 25-26 marzo 2010; col relativo bilancio del 5 marzo 2014, e da ultimo il documento sui *Social pillars* presentato da Juncker, 2017.
Sulle contraddizioni fra le indicazioni ufficiali di Europa 2020 sulle politiche del lavoro e le pratiche di austerity imposte spesso al di fuori di percorsi istituzionali dei trattati vedi T. Treu*, Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi,* DLRI, 2013, p. 602 ss.

disegno e l'implementazione delle varie misure siano effettivamente finalizzate all'obiettivo di promuovere la continuità dell'occupazione, quando non è perseguibile la stabilità del posto di lavoro.

Per altro verso si è rilevato che le misure sui due versanti della flessibilità e della sicurezza devono essere fra loro coordinate – in modo dinamico - allo stesso obiettivo, superando l'assunto, spesso prevalente ma rivelatosi illusorio, che ogni incremento della flessibilità del rapporto possa trovare compensazione in interventi di rafforzamento delle tutele sul mercato del lavoro. [823]

5. La presa di posizione del Consiglio Europeo del 2009 e la ricerca Eurofound.

Queste criticità si sono state oggetto di esame esplicito dal documento del Consiglio Europeo "*Flexsicurezza in tempi di crisi, dell'8 giugno 2009", c*he ha affrontato il problema se e come la strategia di flexicurity concepita nei periodi di performance economiche e occupazionali relativamente buone possa funzionare anche nei tempi di crisi.

Particolarmente significativa al riguardo è la presa di posizione finale del Consiglio Europeo che indica la necessità di "mantenere la occupazione, dove possibile, per es. 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 alle aziende"[824]

La conclusione del documento riafferma che la flexicurity è ancora lo strumento più importante e adeguato nel contesto di difficoltà economica. Come ha rilevato un attento commentatore, non poteva ritenersi diversamente dato l'investimento politico in questa strategia attuato dalla Commissione e il suo successo nelle istituzioni politiche europee.[825] Ma aggiustamenti su aspetti non marginali della strategia sono indicati nella conclusione del Consiglio sopracitata e sono ispirati all'obiettivo di riequilibrare flessibilità e sicurezza nonché alla necessità di mantenere il sostegno da parte dei sindacati.

---

[823] R. Muffels, C. Crouch, T. Wilthagen*, Flexibility and security*, cit., p. 108. Un accenno invero generico a una fase due della flexicurity che permetta di gestire meglio le transizioni economiche si trova anche nel documento *Europa 2020*, cit., p. 18. Si ritiene che anche gli indicatori più adatti a misurare la performance dei vari paesi circa l'equilibrio fra flessibilità e sicurezza siano carattere dinamico, (R. Muffels, T. Wilthagen, H. Chung*, The state of affairs of flexicurity, a dinamic perspective*, paper for the DG employment of the European Commission, 2010: indicatori di mobilità volontaria e involontaria fra diversi lavori, fra contratti temporanei e contratti a tempo indeterminato, passaggio a occupazioni più stabili e passaggio a maggiore sicurezza di reddito.
Gli a. sottolineano l'importanza delle culture e dei valori nell'influenzare il rapporto fra flessibilità e sicurezza; in particolare la fiducia nelle possibili forme di mobilità volontaria e nella stessa gestione degli ammortizzatori sociali. Il che avvalora la impraticabilità, sostenuta anche dalla Commissione, di imporre modelli unici di flexicurity nei diversi paesi; Y. Algan, P. Cahuc, 2006*, Civic attitudes and the design of labor market institutions; which countries can implement the danish flexicurity model?,* CEPR discussione Paper n. 5489, rilevano la difficoltà di gestire il rapporto fra flessibilità e sicurezza in paesi, come l'Italia, con scarso spirito civico.

[824] Council of the European Union, *Flexicurity in time of crisis*, cit.

[825] P. Auer, *Flexicurity*, cit., p. 52: il quale osserva che per questo motivo un cambio di orientamento non era realisticamente da attendersi neppure a fronte di prove empiriche evidenti che mettessero in discussione l'impianto della strategia.

Una serie di indicazioni rilevanti nello stesso senso si possono desumere dalle *policies* e pratiche più recenti di alcuni stati membri analizzate in un documento di ricerca ad opera dalla Fondazione di Dublino sulla "seconda fase della flexicurity". [826]

6. Un cambio di paradigma: le flessibilità interne a fine di job retention.

I dati di questa ricerca segnalano la presenza di misure innovative su entrambi gli aspetti della strategia, in diversi paesi sia pure in misure e combinazione diversi. Il messaggio centrale è che essi segnano un cambio di enfasi, o addirittura di paradigma come si esprime il rapporto, in base al quale si attribuisce crescente rilievo alle misure di flessibilità esterna rispetto sia a quelle di flessibilità esterna, largamente utilizzate negli anni passati, sia alle stesse misure tradizionali di sostegno al reddito, dei servizi all'impiego e di politiche attive. [827]

Tale riorientamento della strategia sembra rispondere alla criticità principale sopra rilevata riguardante la difficoltà di queste misure di assicurare gli obiettivi dichiarati: sostegno al reddito sufficiente a coprire i periodi di transizione lavorativa, e prospettive credibili di reimpiego ad opera dei servizi all'impiego e degli strumenti tradizionali di politiche attive.

Il perdurare della crisi ha l'effetto di sommare le debolezze di entrambi gli strumenti. Riduce la capacità dei centri, pubblici e privati, all'impiego di formulare offerte tempestive e accettabili ai lavoratori disoccupati, aumentando il rischio per questi di rimanere senza reddito. D'altra parte evidenzia il profilo non promozionale ma sanzionatorio della condizionalità propria delle politiche attive tradizionali che lega la fruizione degli ammortizzatori all'attivazione dei beneficiari.

Il cambio di rotta indicato dal Consiglio implica che l'obiettivo di rafforzare la sicurezza e la continuità dell'occupazione deve essere perseguito anzitutto nel corso e all'interno del rapporto di lavoro, non solo quando questo si è introdotto a seguito di crisi aziendali con licenziamenti individuali e/o collettivi.

È da segnalare che le misure segnalate dalla ricerca di Eurofound non sono incentrate sulla regolazione del rapporto in sé, né sulla modalità e sui motivi della sua legittimità: temi su cui negli anni recenti si sono concentrati gli interventi legislativi, in senso deregolatorio, soprattutto in alcuni paesi, dall'Italia, alla Spagna, alla Grecia.

Il merito della disciplina dei licenziamenti presenta ancora variazioni significative nei vari paesi: sulle cause giustificative del licenziamento individuale, sul controllo e sulle procedure dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale, sui poteri del giudice relativi all'accertamento della legittimità del licenziamento e al tipo di rimedio per quelli illegittimi; sulla dimensione e sulla certezza dei costi per l'impresa di una decisione dichiarata illegittima.

Alcuni paesi hanno introdotto modifiche nelle tutele, in particolare riducendo i costi dei licenziamenti "ingiustificati" o alzando la soglia dimensionale delle imprese cui applicare la legislazione produttiva. In altri casi si sono rese più stringenti le procedure per i licenziamenti collettivi, con il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali; e nel caso dell'Olanda, sono state riproposte forme

---

[826] Eurofound, *The second phase of flexicurity*, cit.

[827] Eurofound, *The second phase of flexicurity*, cit., p.73.

di controllo amministrativo. La materia dei licenziamenti resta dunque controversa, anche se non nella misura in cui ha travagliato il dibattito italiano.[828]

Ma non è questa l'area di intervento più significativo delle misure riportate nella ricerca Eurofound. La maggior parte di tali misure si è diretta non a regolare/limitare il licenziamento al fine di consolidare la tenuta del rapporto ed evitarne la fine, ma a modificare la disciplina dei rapporti di lavoro con l'obiettivo di rafforzarne gli elementi di stabilità, di ridurre la segmentazione contrattuale e di contenere le manifestazioni della precarietà.

Si tratta ancora di segnali parziali che non comportano una vera inversione di tendenza rispetto alle misure derogatorie tuttora diffuse. Ma qualche intervento significativo in controtendenza è segnalato dai documenti europei. In alcuni paesi, ad es., sono introdotti o reintrodotti limiti al ricorso ai contratti a termine (Italia, Germania). Qualche correzione si è registrata nella disciplina del part time con l'obiettivo di meglio garantire la libertà di scelta del lavoratore e il passaggio da part time a lavoro a tempo pieno.

Per altro verso è stato reso più conveniente con agevolazioni fiscali il ricorso ai contratti a tempo indeterminato e la stabilizzazione dei contratti a termine, come è avvenuto con le leggi italiane di bilancio per il 2016-2017.[829]

Una serie di misure legislative sono state adottate riguardo al lavoro autonomo, cd. economicamente dipendente, con l'obiettivo di rafforzarne alcune tutele, in parte assimilabili a quelle del lavoro subordinato, riguardanti diversi aspetti della disciplina del rapporto, (non quella dei licenziamenti). Ma le misure più significative in tema di flexicurity sono quelle che modificano le regole e le condizioni d'uso della flessibilità a fini di "*retention*", cioè dirette a rafforzare la continuità e la stabilità del rapporto di lavoro.

7. Le diverse dimensioni della flexicurity.

Le misure introdotte in tale direzione sono numerose: la ricerca Eurofound ne recensisce 230 fra i vari paesi[830]. Esse riguardano una o più delle quattro dimensioni della flessibilità comunemente considerate nei documenti e nelle prassi europei. Oltre alla flessibilità esterna concernente la disciplina delle assunzioni e dei licenziamenti, qui rilevano in particolare: la flessibilità interna, cd. numerica, relativa ai regimi di orario flessibile; la flessibilità funzionale, riguardante la modifica delle mansioni e l'adozione di forme flessibili di organizzazione del lavoro; la flessibilità salariale e del costo del lavoro.

---

[828] Per panoramica sui licenziamenti in UE, v. M. Pedrazzoli, (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, F. Angeli, 2016; J. Rojot, *Security of employability,* in R. Blanpain ed., *Comparative labor law and Industrial Relations,* in *Industrialized Market economies*, Kluwer, 2014, p. 517 ss.

[829] Per un primo bilancio di queste misure v. T. Treu, *Libro dell'anno del diritto. Prime considerazioni sulla riforma del lavoro*, in *Libro dell'Anno del diritto*, Treccani, 2017, p. 335 ss. La diversificazione dei tipi contrattuali è una tendenza presente in vari paesi europei ma con scelte alquanto diverse sia quanto al numero dei tipi sia quanto alla loro disciplina, in particolare nell'area intermedia fra lavoro dipendente e autonomi: v. per le scelte recenti italiane, T. Treu, *Il riordino dei tipi contrattuali nel Jobs Act*, DLRI, 2015, p. 155 ss.

[830] Eurofound, *The second phase of flexicurity*, cit., p. 21.

Queste misure sono utilizzate con varia frequenza. La flessibilità salariale risulta quella più usata più dalle parti sociali con l'intervento dei pubblici poteri, peraltro insieme ad altre misure. Essa consiste in riduzioni del costo del lavoro o in sostegni al reddito per favorire il mantenimento in servizio di lavoratori coinvolti in situazioni di crisi, per agevolare l'assunzione o sostenere la continuità del lavoro, specie di gruppi e soggetti svantaggiati, per compensare l'adibizione di certi lavoratori a mansioni inferiori, per favorire il passaggio di lavoratori anziani a lavori più leggeri.[831]

Quasi tutti questi interventi sul costo del lavoro sono congiunti con altre misure di flessibilità. I casi di flessibilità esterna qui rilevanti riguardano soprattutto interventi di sostegno all'outplacement, spesso con coinvolgimento delle parti sociali, e per altro verso forme di pensionamento graduale o anticipato. Di questi parlerò più avanti.

Fra le misure di flessibilità interna le più utilizzate con l'avallo legislativo e/o di contratti collettivi sono quelle riguardanti i regimi di orario e la mobilità professionale, che sono state sperimentate con successo in primis nell'ordinamento tedesco. L'esperienza di questo paese ha dimostrato che l'uso sistematico di queste forme di flessibilità è servito ad aumentare la capacità delle aziende di reagire agli shock esterni della crisi e alla variabilità della domanda. E ha comportato conseguenze positive sia per la produttività aziendale sia per la stabilità dell'occupazione, in quanto la possibilità di applicare regimi flessibili degli orari e di variare le posizioni dei dipendenti in ragione delle esigenze produttive ha permesso alle imprese di evitare o di ridurre il ricorso a forme di flessibilità esterna, cioè l'utilizzo diffuso di contratti temporanei e i licenziamenti per motivi economici.

La ratio comune a queste forme di flessibilità interna è di promuovere le transizioni da posto a posto di lavoro all'interno dell'impresa senza passare per periodi di disoccupazione.

Inoltre la gestione delle flessibilità interne, numeriche e funzionali, si è arricchita di condizioni ulteriori che ne hanno incrementato la efficacia nel sostenere la continuità (e la qualità) dell'occupazione dei dipendenti.

Le esperienze di vari paesi segnalano in particolare che la capacità di *retention* delle stesse misure ha avuto maggiore possibilità di successo quando la introduzione e la gestione delle flessibilità interne non sono avvenute per iniziativa unilaterale dell'azienda, ma realizzate sulla base di intese collettive e con la partecipazione attiva dei lavoratori interessati.[832]

Inoltre la finalizzazione occupazionale delle misure di flessibilità interna è stata favorita quando queste non sono rimaste isolate, ma si sono inserite in un quadro di politiche attive operanti all'interno dell'azienda; comprendenti forme di flessibilità organizzativa accompagnata con piani di formazione per la riqualificazione dei dipendenti coinvolti non estemporanei ma orientati agli stessi obiettivi di riposizionamento strategico dell'impresa e sostenute dal consenso e dalla partecipazione dei dipendenti. Inoltre il complesso di tali misure aziendali viene di frequente agevolato da sostegni pubblici di vario genere, non solo finanziamenti delle attività formative, ma sostegno al reddito dei dipendenti (*income security*) per i periodi necessari all'attuazione dei piani

---

831 Eurofound, *The second phase of flexicurity*, p. 50 ss.

832 Eurofound, *The second phase of flexicurity*, cit., p. 71 ss.

di riqualificazione del perdonale e di riposizionamento dell'impresa. Le condizioni e la durata di tali interventi sono rapportati agli obiettivi e possono richiedere periodi anche prolungati di formazione con sospensione del lavoro. Sono segnalate forme di training anticiclico per periodi di due anni più due, durante i quali è riconosciuta la possibilità di ricevere la indennità di disoccupazione.[833]

Anche le formule attuative e di finanziamento sono diverse. Talora sono simili ai nostri contratti di solidarietà difensiva più che alla cassa integrazione. In ogni caso si caratterizzano per la integrazione fra sospensione del lavoro con garanzia totale o parziale della retribuzione, formazione e politiche finalizzate al reimpiego nella stessa azienda o al di fuori, con preferenza per le aziende del gruppo ovvero per aziende del territorio.

L'intervento pubblico comprende talora la possibilità riconosciuta all'impresa di assumere a condizioni favorevoli lavoratori temporanei per sostituire i dipendenti posti in aspettativa per fini di riqualificazione.

8. Misure specifiche per gruppi di soggetti e di aziende.

Gli interventi sono spesso differenziati (*targeted*) a seconda dei diversi gruppi di soggetti, per evitare ulteriori segmentazioni del mercato del lavoro,[834] con misure specifiche di sostegno per i gruppi particolarmente colpiti dalla crisi e/o dalle riorganizzazioni produttive: giovani, donne ed ora anche anziani.

Qui basti ricordare come le misure di flessibilità per questi gruppi spesso si raccordino con le politiche del lavoro generali ad esse dirette, ad es. nel caso delle lavoratrici si integrano con misure di conciliazione fra lavoro e vita personale, di vario tipo con part time agevolato con diritto di ritorno al full time; *smart work* da casa; *flexible time schedules*; turni speciali; con provvidenze per la cura dei bambini e della famiglia, con la promozione di opportunità di carriera e di sviluppo personale, di iniziative imprenditoriali, con misure per sostenere il ritorno al lavoro dopo le interruzioni per maternità, ecc.

Gli interventi per i lavoratori anziani sono inseriti in programmi di *active ageing* che comprendono una varietà di misure, da orari flessibili alla riduzione di lavoro, alla rotazione su posti diversi e più leggeri anche consulenziali, forme mirate di riqualificazione professionale, ad attività di tutoring di giovani per il trasferimento d conoscenze, fino a programmi di promozione della salute.

Nel caso dei giovani la gravità della situazione occupazionale ha motivato la approvazione di specifici progetti europei, in particolare la cd. Garanzia Giovani, applicati variamente nei diversi paesi, diretti a incentivare la loro entrata nel mercato del lavoro con forme contrattuali anche flessibili e a termine, nonché con contratti misti di formazione lavoro, stage e *work experience* in alternanza, fino all'apprendistato.[835]

---

[833] Eurofound, *The second phase of flexicurity*, cit., p. 44. ss.

[834] Questa è una critica sollevata sia da osservatori esperti che dal sindacato europeo ETUC, 2007, v. Eurofound, *The Second Phase od flexicurity*, cit., p. 27; Tangian A., *Defining the flexicurity index in application to European countires,* WSI Diskussionpapier, p. 122; 2006, 2009; a rispondere a questa critica si rivolgono le proposte del Consiglio Europeo del 2009, sopra ricordate.

[835] Vedi M. Roccella, T. Treu*, Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, cit., p. 193 ss.

Interventi specifici sono stati previsti in alcuni Stati per introdurre forme di flessibilità concertata e assistita nelle piccole imprese; in particolare attraverso la costituzione di un "*labor pool*"[836] fra imprese diverse abilitato ad attivare una gestione condivisa delle situazioni di crisi, iniziative per il rafforzamento aziendale e la riqualificazione dei lavoratori. Iniziative simili potrebbero avvalersi in Italia dello strumento di recente introdotto del "contratto di rete" fra imprese; tale contratto potrebbe stabilire di mettere in comune risorse umane e finanziarie per attuare piani condivisi di riposizionamento aziendale e di riqualificazione dei dipendenti.[837]

La ricerca europea indica come nelle politiche di molti paesi siano spesso incluse misure diverse da quelle tradizionalmente considerate sotto il titolo di flexicurity, dai prepensionamenti, allo *smart work*, a programmi di *job enrichment*, congedi e indennità supplementari per fronteggiare bisogni personali dei lavoratori, non solo malattia, maternità ma anche progetti di sviluppo individuale, fino a incentivi diretti a ridurre la segmentazione delle posizioni di lavoro e a promuovere la parità occupazionale.

9. Gestione tripartita della flexicurity.

L'efficacia di queste misure di flessibilità si fonda su rapporti fra le parti aziendali improntati alla collaborazione e si avvale sovente della partecipazione e del sostegno pubblico. Esse costituiscono un esempio innovativo di gestione tripartita delle politiche del lavoro all'interno delle aziende. La formula tripartita storicamente sviluppatasi negli anni per la regolazione di molte questioni del lavoro a livello nazionale, e persino sovranazionale, mostra così di essere utilizzabile anche all'interno delle imprese.

La ricerca citata rileva come l'esperienza della flexicurity sottolinei l'importanza della collaborazione fra istituzioni pubbliche e parti sociali nel disegno e nella implementazione di queste strategie[838]

Queste esperienze assumono un rilievo di sistema, sia perché segnalano una persistente utilità delle relazioni industriali pur nelle difficoltà presenti, sia perché mostrano che le intese e le prassi collettive aziendali possono avere rilevanza non solo nelle singole imprese ma possono contribuire ad obiettivi di rilevanza generale, come la stabilità e la qualità dell'occupazione.

Questa impostazione partecipativa e tripartita è significativa per l'istituzione delle varie misure di flexicurity e ancor più per l'effettività della loro applicazione. Alcuni paesi (tipico il caso della Finlandia) hanno costituito comitati stabili tripartiti di flexicurity sia in azienda sia a livello di categoria, con il compito di valutare le misure necessarie per affrontare nel tempo le sfide della crisi e

---

836 Un progetto finlandese promuove forme di cooperazione in pool fra piccole aziende anche per favorirne la internazionalizzazione, Eurofound, *The second phase of flexicurity,* cit., p. 32.

837 T. Treu, (a cura), *Contratto di rete. Trasformazioni del lavoro e reti di impresa,* W. Kluwer, 2015.

838 Eurofound, *The second phase of flexicurity*, cit. p. 71. Anche le recenti valutazioni dell'OIL sull'impatto delle misure anticrisi mostrano che la combinazione fra dialogo sociale e intervento statale ne migliora l'efficienza sulla ripresa, *World of work*, Report 2011, *Making Market work for jobs*, Editorial, ILO, 2011.

del cambiamento dei rapporti di lavoro, con l'obiettivo di meglio bilanciare flessibilità e sicurezze.[839]

Il monitoraggio e il controllo delle prassi attuative sono decisive, perché le varie flessibilità servano effettivamente all'obiettivo dichiarato e non si risolvano esse stesse in fattori di squilibrio, tanto più in questo periodo storico dove il contesto generale ha ridotto il potere sindacale. L'efficacia dei controlli richiede l'intervento congiunto delle parti sociali accompagnato dall'azione di sostegno e ispettiva dei poteri pubblici.[840]

La decisione del Consiglio europeo sopra richiamata sottolinea non solo la importanza di finalizzare le misure di flessibilità interna a obiettivi di *job retention,* ma anche la necessità di rafforzare a tal fine i nessi fra flessibilità interna e sicurezza, rafforzando le tutele del reddito dei lavoratori anche nelle transizioni interne dell'impresa, al fine di rendere sostenibile la flessibilità.

Le parti sociali hanno enfatizzato questo aspetto, auspicando il rafforzamento degli strumenti pubblici di sicurezza sociale come un pilastro fondamentale della strategia di flexicurity non solo quando il lavoratore risulta disoccupato come nella visione "settoriale" della strategia, ma anche quando il rapporto è ancora in atto per prevenirne la cessazione, così da salvaguardare non solo le opportunità ma la continuità di impiego. Secondo questa impostazione tutte le misure di flexicurity sono chiamate a combinare al loro interno i due aspetti della flessibilità e della sicurezza, cioè a valutarne le sinergie al fine di preservare il posto di lavoro per quanto possibile e comunque l'occupazione.

10. Coinvolgimento delle imprese nelle misure di sicurezza "esterne".

A questo proposito la ricerca Eurofound fornisce esempi di pratiche innovative anche nell'impostazione delle misure di sicurezza esterne all'azienda.[841] Fra i provvedimenti più significativi sono quelli che coinvolgono le imprese non solo nelle misure di rafforzamento della tenuta del rapporto di lavoro ma anche nelle iniziative di ricollocazione dei lavoratori per cui non sia stato possibile evitare la fine del rapporto.

Provvedimenti in questa direzione sono stati approvati nei maggiori paesi.[842] Le modalità degli interventi sono diverse, ma implicano di solito iniziative tripartite coinvolgenti insieme le imprese,

---

[839] Eurofound, *The second phase of flexicurity*, cit., p. 23 ss.

[840] Cfr. I. Bessa, J. Tornlisson, *Established accelerated and emergent themes in flexible work arrangements*, Journ. Ind. Rel., febb. 2017, anche in relazione ai mutati rapporti di potere fra le parti.

[841] Le conclusioni del rapporto precisano che l'equilibrio va mantenuto anche nelle nuove misure di flessibilità interna rispetto a quelle sterne, perché un'enfasi eccessiva sulle prime può accrescere le difficoltà dei giovani di entrare nel mercato del lavoro, Eurofound, *The second phase of flexibility*, cit., p. 74.

[842] Ad es. la Spagna nel riformare le condizioni e le procedure dei licenziamenti collettivi ha previsto che ove questi riguardano più di 50 lavoratori l'azienda deve offrire loro un piano di outplacemet anche tramite un'agenzia specializzata. Così in Francia, la legge 28 luglio 2011 ha istituito il contratto di sicurezza professionale (CSP), inteso a favorire il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori assoggettati procedura di licenziamento collettivo. Cfr. ulteriori informazioni in T. Treu, (a cura), *Employability per persone e imprese*, Guerini, Milano, 2013, p. 16, p. 61 ss. .I lavoratori minacciati dalla disoccupazione a causa di un riassetto aziendale o al termine di un rapporto di formazione professionale hanno diritto a beneficiare dell'incentivazione per la partecipazione a interventi di trasferimento a condizione che: tali interventi siano realizzati da parti terze; il datore di lavoro fornisca un contributo economico adeguato; gli interventi previsti siano finalizzati all'inserimento dei lavoratori nel mercato del lavoro; agli interventi si applichi un sistema di controllo della qualità.

le organizzazioni sindacali e le istituzioni pubbliche del mercato del lavoro. Alle imprese si richiede di sostenere la ricollocazione dei dipendenti sia con contributi finanziari, sia con una partecipazione attiva nella definizione e implementazione del piano nei suoi contenuti spesso complessi.[843]

Le varie esperienze nazionali mostrano che il successo dei processi di outplacement dipende non solo dal sostegno finanziario, con fondi pubblici e privati ma dalla qualità dei servizi di accompagnamento e dalla loro rispondenza alle esigenze dei lavoratori e delle imprese interessate. Si tratta di attività di orientamento, di recuperi formativi, di riqualificazione professionale, di consulenza alla ricerca di impieghi alternativi, anche di lavoro autonomo, di aiuti alla mobilità anche geografica.

Il coinvolgimento delle imprese è importante per responsabilizzarle non solo alla decisione ma alla condizione dei processi dove possono apportare la loro conoscenza delle competenze dei lavoratori coinvolti, delle condizioni del mercato del lavoro, del settore e/o del territorio. Per organizzare al meglio tali attività si è istituita talora all'interno delle aziende interessate a esuberi, una unità indipendente dedicata specificamente a favorire le transizioni dei lavoratori ad altri impieghi dipendenti o autonomi; o si sono previste agenzie di trasferimento specializzate in grado di offrire schemi di transizione alle piccole e medie imprese di un dato territorio.[844]

Le risorse possono provenire sia dalla stessa azienda, che attiva il processo, sia da istituti ed enti pubblici di diverso tipo (nazionali e territoriali). I contributi pubblici sono anch'essi diversificati a seconda del tipo e della durata della crisi; sono per lo più contenuti entro tetti o percentuali determinati, calcolati sul costo complessivo, o talora per ogni lavoratore coinvolto. D'altra parte sono condizionati a una contribuzione economica del datore di lavoro che è ritenuta essenziale non solo come partecipazione a un costo sociale da esso originato, ma anche per responsabilizzarlo nella gestione e nell'esito del processo.

La responsabilizzazione delle aziende in tale direzione si accompagna talora con la istituzione o il rafforzamento di *reemployment units "*specializzate", con presenza spesso tripartita di agenzie pubbliche, che forniscono un insieme di servizi, riqualificazione, matching di competenze, forme di sostegno non solo del reddito, ma anche motivazionale e psicologico.[845]

L'approccio è ben diverso da quello tradizionale nei paesi mediterranei che fa carico al datore di lavoro mantenere in azienda dipendenti in esubero anche per periodi prolungati sopportandone parte dei costi. [846]

---

[843] L'obbligo esplicito in capo alle aziende interessate a licenziamenti collettivi di adottare misure di outplacement è stato previsto nel ddl a firma Treu- Castro – Treu (AS. 3007, 2014), ma questa proposta è stata lasciata cadere mentre si è puntato sul contratto di ricollocazione, affidato alla gestione dei Centri Pubblici per l'Impiego (CPI) e delle agenzie del lavoro.

[844] T. Treu (a cura), *Employability*, cit., p. 16. ss.

[845] Cfr. ulteriori informazioni in T. Treu, *Employability,* cit., p. 50 ss.

[846] C. Crouch, *Quanto capitalismo può sopportare la società*, Laterza, 2013, p. 90 ss. L'a. contrappone le scelte dei sistemi mediterranei a quelle della "socialdemocrazia assertiva" dove lo Stato assume gran parte degli oneri di compensare le esternalità negative del funzionamento del mercato del lavoro e di ridurre la precarietà dei lavoratori.

Una gran parte di queste misure comprendono agevolazioni specifiche sul costo del lavoro a favore delle imprese per sostenere il reimpiego e la mobilità dei lavoratori, nell'ambito di piani sociali e di programmi di ricollocazione.

Sono anche riportati (ad es. in Austria) interventi istituzionalizzati cd. di "*implacement*" per rimediare ai problemi strutturali dei mercati locali, puntando a settori in crescita dove si registra una limitata offerta di lavoro con l'obiettivo di combinare la domanda con i bisogni delle imprese. [847]

Il sostegno al reimpiego è combinato spesso in modo esplicito a politiche di sviluppo innovativo, come nel programma di promozione delle industrie verdi, tramite servizi e sussidi alle imprese per orientarle verso queste attività e per addestrare dipendenti e lavoratori a operare nelle stesse imprese.[848]

Molte di queste pratiche innovative, sia di flessibilità interna sia di sostegno alle transizioni, comprendono come parte essenziale interventi di formazione e riqualificazione professionale. In effetti nel contesto attuale di rapida innovazione tecnologica e organizzativa gli investimenti in formazione continua si configurano sempre di più come l'elemento di raccordo fra i vari aspetti della strategia di flexicurity e la condizione necessaria per il successo delle politiche attive del lavoro.[849]

11. Gli squilibri della flexicurity italiana.

Come si è visto le indicazioni risultanti dalla ricerca Eurofound sono eterogenee e confermano la diversa capacità di reazione dei vari sistemi nazionali: del resto non solo in questa materia. È prematuro valutare la loro rilevanza per la direzione futura delle strategie di flexicurity, perché molte di queste pratiche intervengono in una fase in cui la crisi è ancora in atto sia pure con gradi diversi in ogni paese.

Ma alcune indicazioni sono significative per un riorientamento della flexicurity, specie quelle provenienti da paesi dell'Unione dove tali pratiche hanno migliorato l'equilibrio fra flessibilità e sicurezze.

Tali esperienze possono suggerire ipotesi di intervento anche nel nostro paese, ove la implementazione della strategia di flexicurity è particolarmente squilibrata, come segnalano tutte le comparazioni europee.

La ricerca Eurofound rileva che il nostro paese – come altri del gruppo mediterraneo (e dell'Europa dell'Est) - è caratterizzato da alta insicurezza e da flessibilità medio-bassa (oltre a presentare livelli medi di tassazione).[850]

---

[847] Eurofound, *The second phase of flexicurity,* cit. p. 34.

[848] Eurofound, *The second phase* of *flexicurity*, cit., p. 42 e p. 45, riporta casi del Belgio e della Bulgaria.

[849] Il rapporto *Second phase of flexicurity*, cit., p. 28, riporta una sintesi delle misure implementative nei vari paesi lungo una matrice alquanto complessa di flessicurezza, adattata dallo schema di T. Wilthagen, F. Tros, *The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labor market*, 2004, Transfer 10(2), p. 160 ss.

[850] I dati si riferiscono peraltro al 2011, periodo precedente alle recenti riforme del mercato del lavoro. La ricerca segnala anche che il nostro come altri paesi mediterranei (e dell'Europa dell'Est) presentano poche iniziative di formazione e di sviluppo e degli skills che invece sono necessarie per migliorare la occupabilità di lungo periodo dei lavoratori e la competitività delle imprese specie in periodi di incertezze e di difficoltà economiche, Eurofound, *The second phase*, cit., p. 74.

Le cause del nostro squilibrio sono risalenti nel tempo e riguardano entrambi i profili della strategia, ma soprattutto quello della sicurezza e delle politiche attive.

La introduzione di flessibilità nel nostro sistema tradizionalmente rigido è avvenuta in ritardo e attuata con provvedimenti talora squilibrati, oltre che altalenanti nel tempo per l'alternanza di maggioranze di governi diversi. Il principale squilibrio, rilevato (inutilmente) da molti, è di aver privilegiato, specie nel periodo del centro destra, forme di flessibilità al margine con il proliferare di contratti flessibili e atipici: una tendenza corretta negli ultimi anni dalle norme del Jobs Act sul il contratto a tutele crescenti e dagli incentivi alle assunzioni a tempo indeterminato.[851]

Il ritardo e la parzialità delle nostre riforme sono particolarmente evidenti negli interventi sul mercato del lavoro, relativi sia ai servizi all'impiego e alle politiche attive, sia agli ammortizzatori sociali. I nostri istituti in queste materie sono stati caratterizzati da regole e da strutture lontane dalle migliori esperienze europee, rivelatesi nel tempo gravemente distorsive dell'efficienza e della equità del nostro sistema. L'intervento del Jobs Act ha segnato al riguardo la ripresa dell'iniziativa riformatrice, riprendendo l'obiettivo di introdurre in Italia come nei maggiori paesi europei un sistema di sicurezze del reddito in caso di inattività e di disoccupazione provvisto dei caratteri dell'Universalità e accompagnato da una rete di servizi all'impiego e di politiche attive del lavoro.

Ma questo ritardo ha pesato non poco sulle condizioni del nostro mercato del lavoro aggravandone le debolezze strutturali e privando di sostegno efficace molti lavoratori, specie i più deboli, colpiti dalla crisi. Le nuove regole introdotte dal 2011 al 2014 hanno dovuto fare i conti con il mutato scenario economico alquanto più turbolento di quello degli anni '90 e del periodo in cui i paesi vicini, in primis la Germania, hanno introdotto riforme importanti della normativa del lavoro. Per di più il contesto di crisi e risorse scarse ha reso difficile, in Italia più che altrove, adeguare sia il livello delle tutele ai bisogni di sicurezza dei lavoratori accresciuti dalla crisi, sia i servizi all'impiego e alla ricollocazione.[852]

Valutazioni dell'impatto delle recenti riforme sono premature e potranno essere compiute con ragionevole attendibilità solo quando gli interventi avranno avuto applicazione per un tempo adeguato e potranno basarsi su dati di fatto significativi.[853]

Ma si può rilevare fin d'ora come la recente normativa non sia sufficiente a correggere un punto critico per l'equilibrio del nostro sistema di flexicurity. Mentre la parte del Jobs Act consistente nella regolazione e riregolazione del contratto di lavoro è proceduta a mio avviso in linea con le principali tendenze europee, sono rimaste carenti le parti della riforma riguardanti gli istituti di

---

[851] Cfr. T. Treu, *Le riforme del lavoro degli ultimi anni*, in *Annuario del Lavoro*, 2016, p. 179 ss. Per un riesame sintetico delle nostre politiche del lavoro a partire dall'avvio della strategia europea dell'occupazione, 1997.

[852] L'impianto dei Cpi è rimasto sostanzialmente immutato negli anni (5000 centri con 8.900 operatori secondo gli ultimi dati Isfol). Si tratta di un personale operativo neanche lontanamente paragonabile a quello dei paesi vicini, che hanno impiegato consistenti risorse umane e finanziarie per assistere e sostenere i lavoratori disoccupati. Per di più questo personale è distribuito in modo diseguale sul territorio nazionale, con una maggiore concentrazione nelle regioni del Sud; soprattutto possiede una scolarizzazione e qualificazione media inadeguata (60% con il solo diploma e il 27% con la laurea).

[853] Come avviene in altri paesi, in primis con le leggi tedesche cd. Hartz, la cui applicazione è stata oggetto di analisi giuridiche e di ricerche empiriche durate vari anni ad opera non solo delle istituzioni pubbliche ma dei maggiori centri di ricerca di quel paese.

sicurezza dei lavoratori, cioè le politiche attive del lavoro e i servizi all'impiego e in parte gli ammortizzatori sociali.

Ho già segnalato altrove gli elementi di continuità e di rottura del Jobs Act su questi temi. Il cambiamento significativo per l'assetto della nostra disciplina è di avere in parte spostato e in parte integrato le tutele tradizionali del diritto del lavoro, dando rilevanza alle protezioni e ai servizi sul mercato del lavoro. Tale spostamento di focus ha comportato anche un cambiamento delle tecniche di intervento: l'introduzione di flessibilità e il depotenziamento di alcune normative rigide proprie del diritto del lavoro tradizionale e, d'altra parte, la previsione di misure di sostegno alla mobilità e alla impiegabilità dei lavoratori sul mercato. Tale nuova impostazione è ricca di incognite, come hanno sperimentato anche paesi che l'hanno adottata prima di noi, perché come si è detto,[854] la "sicurezza dinamica" affidata alle politiche attive del lavoro è più difficile e rischiosa di quella statica, appoggiata sulle tutele del posto di lavoro.

Proprio per questo le carenze nell'impostazione e nella applicazione delle politiche attive del lavoro sono particolarmente gravi. Tanto più che esse operano in un mercato del lavoro e in un'economia debole, che offre da tempo opportunità di lavoro scarse e spesso di bassa qualità.

12. Interventi per il riequilibrio: servizi all'impiego e politiche attive.

Qui si tratta non solo e non tanto di completare la normativa ma soprattutto di investire in uomini e strutture organizzative e pratiche coerenti, a cominciare da una efficace organizzazione dei servizi all'impiego e delle politiche attive di lavoro.

Il recupero su questi versanti richiede di completare qualche riforma normativa già avviata, ma soprattutto, in un cambio di orientamento negli obiettivi e negli investimenti necessari a perseguirli. Significa spostare l'attenzione della riforma delle sole regole al rafforzamento delle politiche per l'occupazione.[855]

Un primo ordine di priorità è di rendere operativo il sistema di servizi e di politiche attive disegnato ma non attuato dal Jobs Act (in particolare con il decreto 150/2015). Si tratta di dare strumenti organizzativi e di risorse umane sufficienti affinché l'ANPAL possa svolgere il ruolo assegnatole di regia nazionale delle politiche attive del lavoro, sia pure basandosi su articolazioni sul territorio, come fanno le agenzie dei paesi vicini. Qui un ostacolo per raggiungere l'obiettivo, è stata anzitutto la storica sottovalutazione della sua importanza, cui si aggiunge la concorrenza delle competenze in materia fra Stato e Regioni (una condizione pressoché unica in Europa).[856]

La concorrenza delle competenze e quindi la sfasatura degli interventi ostacolano inoltre una piena integrazione fra i servizi all'impiego, che sono svolti dalle strutture decentrate controllate dalle regioni, e le decisioni che sono riservate all'INPS circa la erogazione dei sussidi di disoccupazione, compresa la possibilità di sospenderli o terminarli ogniqualvolta i beneficiari dei sussidi non si attivino nella ricerca di impiego o nella formazione. Questa divisione di ruoli rende difficile la

---

[854] L'espressione è di M. Hansenne, *Labor flexibility: the quest for competitiveness versus the need for social protection*, in *Reconciling flexibility with social cohesion*, Council of Europe publ., Luxembourg, 2006, p. 27 ss.

[855] Ho svolto più ampiamente questi argomenti in *Le riforme del lavoro*, cit., p. 179 ss. e *Prime considerazioni sulle riforme del lavoro*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2017, p. 335 ss.

[856] Cfr. sul punto in generale P.A. Varesi, *Verso il sistema nazionale*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2016, p. 361 ss.; L. Valente, *Agenzia nazionale per le politiche del lavoro*, ivi, 2017, p. 355 ss.

implementazione della cd. condizionalità delle prestazioni indennitarie previste alla attivazione dei soggetti beneficiari e contribuisce a indebolire l'obiettivo del Jobs Act di prevedere un sistema di tutele attive. Cosicché questa parte della nuova normativa continua a essere l'anello debole delle riforme del marcato del lavoro.

Uno strumento centrale per le transizioni nel mercato del lavoro di recente introdotto anche in Italia, è l'assegno di ricollocazione. Il suo disegno richiama quelli adottati in altri paesi e costituisce il principale veicolo per l'innovazione del sistema, nonché per il coinvolgimento nelle politiche attive di attori privati e pubblici.[857]

L'entrata in vigore della riforma incontra ostacoli simili a quelli riguardanti le altre politiche del lavoro ma è destinato a costituire in test decisivo per il funzionamento dell'intero sistema di politiche attive e di servizi all'impiego. La sfida è come sempre quella dell'effettività e consiste nel mettere i servizi pubblici e privati in grado di rendere accessibili questi strumenti di ricollocazione a tutti i lavoratori - dipendenti e autonomi - coinvolti in percorsi di transizione e di disoccupazione.

Un altro elemento cruciale per la credibilità di queste politiche riguarda la loro capacità di contribuire (almeno in parte) ad affrontare la drammatica disoccupazione giovanile che affligge il nostro paese anche più degli altri. Qui il cambio di rotta va oltre gli strumenti lavoristici, perché investe in pieno la qualità dello sviluppo e richiede la capacità di investire di più sui settori e sui lavori del futuro, quelli cui sono destinati soprattutto i giovani, a cominciare dai lavoratori autonomi e professionali. Su questo obiettivo occorre orientare le politiche economiche e anche il sistema degli incentivi che ora sono episodici e dispersi in mille rivoli. Le migliori esperienze dei paesi vicini mostrano che gli incentivi devono essere stabili e selettivi, con priorità per i gruppi più a rischio (giovani e disoccupati di scarsa qualifica). Inoltre in quei paesi gli incentivi sono inseriti in un quadro organico di politiche comprensive di servizi di assistenza, formazione e riqualificazione professionale, accesso al credito: si usa talora la formula evocativa, anche se datata, di "piano per l'occupazione".

Nelle politiche attive non basta il pur meritorio impegno della Garanzia Giovani. Le esperienze europee di successo indicano la importanza di investire in strumenti di transizione fra scuola e lavoro: orientamento, alternanza, tirocini e apprendistato, senza dimenticare il recupero di quelle migliaia di giovani che non hanno neppure una qualifica di base.

Gli interventi per recuperare il nostro deficit in questo campo sono diversi a seconda degli istituti: ad es. l'apprendistato professionalizzante va reso più semplice e rispondente a un modello comune in tutto il territorio nazionale nonché reso meno costoso: in molti paesi è privo di tutti gli oneri contributivi.

L'alternanza, per essere operativa, presuppone un grande sforzo organizzativo e di avvicinamento culturale fra scuole e imprese. Il che implica, ad es., formare con programmi specifici nuclei sia di tutor aziendali in grado di guidare gli studenti nelle esperienze di lavoro sia di docenti capaci di orientare i giovani nella scelta di tali esperienze.

---

[857] Cfr. in generale B. Caruso, M. Cutrone, *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione fra Europa, Stato e Regioni*, in WP D'Antona, IT 283/2015; L. Tessaroli, *Riforma dei servizi per il lavoro: assegno di ricollocazione,* in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2016, p. 368 ss.

Un piano credibile di sostegno dell'occupazione giovanile deve cominciare da questo: da un migliore raccordo fra scuola e lavoro. E deve continuare nel corso della vita, con una educazione che permetta alle persone di tenere il passo con il cambiamento delle conoscenze e delle tecnologie. Anche qui il nostro paese ha da recuperare ritardi storici per diffondere questo strumento; non con incentivi a pioggia alle istituzioni formative, ma aprendo a scelte individuali, e mettendo a disposizione dei singoli "conti personali di formazione" spendibili in corsi qualificati. Un esempio utile può essere la recente esperienza della Francia che ha appena potenziato un simile conto *Compte Personel d'activitè* (CPA) cui ogni lavoratore può attingere per finanziare proprie attività di formazione da 16 anni fino alla pensione.[858]

Gli investimenti in formazione sono essenziali per la qualità dello sviluppo dell'occupazione e dell'eguaglianza, perché – come si è detto - se scuola e formazione non tengono il passo con le conoscenze e con le modifiche tecnologiche, il "risultato è l'ineguaglianza".

Politiche attive efficaci sono un presupposto anche per far funzionare meglio il sistema degli ammortizzatori sociali, oggetto di una revisione ad opera dei decreti 22 e 148 del 2015. Alla loro estensione in senso universalistico in linea con gli orientamenti europei, ha fatto riscontro una riduzione della durata e della copertura dei periodi di disoccupazione, per gli stessi motivi registrati in altri paesi.[859] La riduzione di queste tutele aumenta l'urgenza di rendere accessibili e operativi gli strumenti di ricollocazione appena varati; ma prima ancora di prevedere strumenti di sostegno all'occupazione e di flessibilità interna altrove utilizzati con successo per prevenire o ridurre il rischio della disoccupazione.

Un potenziamento di questi strumenti è tanto più urgente nella situazione italiana, dove il lavoro è tuttora drammaticamente precario. Ed è necessario per rispondere alle pressioni crescenti, dato il perdurare della crisi, dirette a riprendere la strada percorsa in passato delle CIGS in deroga e indennità di mobilità. Questi istituti, del tutto anomali nel quadro europeo, hanno prodotto effetti distorsivi sulle dinamiche del mercato del lavoro, di difesa dei posti e delle aziende esistenti, a scapito soprattutto dei giovani.

Ma se questa strada va contrastata, il sistema è però tenuto a dare risposte a molte situazioni di disoccupazione (ma) prive di tutela. Il tema è oggetto in Italia di un dibattito tuttora aperto, e le proposte in discussione sono diverse: da un potenziamento degli stessi ammortizzatori sociali (cfr. il documento sindacati-Confindustria del 1° settembre 2016), alla possibilità di sperimentare forme di reddito di inclusione sociale, variamente configurate, o di reddito di cittadinanza sociale.

L'esperienza di altri paesi e la nostra parziale esperienza (di fine anni '90) del reddito di inserimento, indicano che questi istituti, più ancora dei tradizionali ammortizzatori, di impianto lavoristico- assicurativo, possono evitare derive assistenzialistiche e combinare con efficacia le tutele del reddito con opportunità di lavoro, solo se sono accompagnate da un uso intensivo e personalizzato dei vari strumenti di politica attiva per l'orientamento, la qualificazione degli interessati e per il rafforzamento delle loro capacità personali.

---

[858] Cfr. la legge 5 marzo 2014; informazioni in www.moncompteformation.gouv.fr./cpa.

[859] A. Pandolfo*, Ammortizzatori sociali nel rapporto di lavoro*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2016, p. 394 ss.; P. Bozzao, *Ammortizzatori sociali nel mercato del lavoro*, ivi, 2016, p. 389 ss.

13. Nuovi utilizzi della flessibilità interna.

Il recupero dei ritardi nelle nostre politiche attive e nell'assetto degli ammortizzatori sociali non si presenta agevole; in ogni caso richiederà tempi non brevi. Questo è un motivo in più perché l'Italia adotti i nuovi orientamenti prefigurati dal Consiglio Europeo e le pratiche di successo sopra ricordate; in particolare spostando l'asse delle politiche attive su strumenti di flessibilità interna finalizzati all'obiettivo della "*retention*" cioè di mantenere l'occupazione ove possibile, e sostenendo l'impresa nella ricerca di strumenti preventivi del licenziamento.

Le flessibilità utili a questo fine sono già presenti nel nostro ordinamento. La flessibilità funzionale è stata promossa dalla normativa del Jobs Act correttiva dell'art.2103 cod.civ. che ha ampliato le possibilità di modificare le mansioni del lavoratore.

La disciplina legale degli orari lascia ampio spazio all'adozione di sistemi flessibili da parte della contrattazione sia nazionale sia aziendale, spazi utilizzati peraltro in misura diseguale.[860]

Il mero utilizzo di queste flessibilità non è di per sé sufficiente a produrre risultati positivi per l'occupazione. Come suggeriscono le migliori politiche straniere le forme flessibili di orario e di mobilità interna possono contribuire alla reattività delle aziende agli shock esterni, alla continuità dell'occupazione dei dipendenti, in quanto siano finalizzate in modo sistematico e programmato a tale obiettivo; e siano sostenute da misure positive di riqualificazione dei dipendenti e di riposizionamento strategico nell'impresa che ne arricchiscano il contenuto.

Le esperienze straniere - come si diceva - mostrano che la introduzione e la gestione di tali flessibilità hanno le migliori chances di successo se queste e le altre misure di politica attiva all'interno dell'azienda sono sostenute dal consenso dei lavoratori e dei sindacati; e se per altro verso ricevono aiuti pubblici sia per la riqualificazione e il sostegno al reddito dei lavoratori sia per sostenere le attività di riposizionamento delle aziende. Anche in Italia l'efficacia di queste politiche è legata alla presenza di forme di coinvolgimento tripartito degli attori pubblici e privati coinvolti. Spetta a questi attori di modulare gli obiettivi e la pratica di tali politiche tenendo conto delle diverse posizioni dei gruppi di soggetti, in particolare di quelli più esposti alla precarietà, e delle diverse dimensioni delle imprese.

La praticabilità di questa impostazione chiama in causa l'impegno di entrambe le parti sociali e la qualità delle nostre relazioni sindacali, in particolare a livello aziendale.

Il contributo delle organizzazioni sindacali è decisivo non solo per controllare la gestione delle flessibilità così da evitare abusi, ma anche per orientare processi organizzativi necessari a promuovere la continuità dell'occupazione.

Gran parte di questi processi richiedono la partecipazione attiva dei lavoratori coinvolti e un atteggiamento collaborativo dei sindacati. Qui le nostre prassi sono lontane da quelle dei paesi dove

---

[860] V. su queste modifiche F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel dlgs 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, W.P. D'Antona, IT 257/2015; A. Tursi, P.A. Varesi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, 2016, p. 353.

sono maturate le migliori pratiche ricordate nella ricerca, a causa delle divisioni fra i sindacati e per gli atteggiamenti spesso conflittuali e poco partecipati.

Non mancano esempi di aziende che hanno sperimentato anche da noi forme di partecipazione diretta dei lavoratori specie organizzativi di mobilità interna di riqualificarne delle capacità dei dipendenti. Lo stesso legislatore con le leggi di bilancio 2016-2017 ha incentivato con agevolazioni specifiche forme di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro. [861]

Le resistenze delle parti sociali hanno finora impedito una legislazione di sostegno alle pratiche partecipative e di regolazione delle Relazioni Industriali.[862] Un intervento legislativo in materia è ormai auspicato da molti anche tradizionalmente sostenitori dell'autonomia collettiva, perché è ritenuto necessario per favorire un assetto stabile delle Relazioni Industriali a partire dall'azienda e auspicabilmente una diffusione di buone pratiche partecipative.

Nell'attuale contesto economico che ha contribuito a indebolire le organizzazioni sindacali, una normativa di sostegno potrebbe promuovere un riequilibrio dei rapporti in azienda e la qualità della partecipazione, se dotasse le rappresentanze dei lavoratori (e dei sindacati) di poteri di intervento - informazione e consultazione - sui temi della organizzazione del lavoro e dell'occupazione come avviene in altri paesi, la Germania in primis, dove le pratiche partecipative si sono affermate con risultati positivi per entrambe le parti.

In realtà il successo di queste nuove pratiche di flexicurity richiede non solo un contesto di relazioni industriali partecipative ma anche strategie e assetti organizzativi delle aziende finalizzati alla stabilità del lavoro e al successo delle transizioni. Questo aspetto è trascurato nelle teorizzazioni dell'employability che pongono un'enfasi prevalente sulle capacità soggettive e gli skills del lavoratore, cioè sull'adattamento dell'offerta, mentre trascurano il fatto che l'occupabilità, come l'occupazione, è fortemente dipendente dalla organizzazione dell'impresa e del lavoro, dalla sua capacità di stimolare i processi di apprendimento e la spendibilità stessa delle competenze acquisite.[863]

Non a caso le esperienze di successo sono sostenute da scelte innovative di ambedue le parti indirizzate sull'obiettivo comune, in un'ottica partecipativa. Le ricerche confermano che i paesi con maggiore equilibrio nelle pratiche di flexicurity sono quelli caratterizzati da una contrattazione stabile e relazioni industriali "armoniose". Tali risultanze confermano quanto già rilevato, cioè che il funzionamento della flexicurity dipende dall'intero contesto delle relazioni industriali di quei paesi e dal complesso delle sue politiche sociali e del lavoro. Da questo punto di vista la scelta talvolta criticata della Commissione di allargare il novero delle misure incluse sotto il titolo flexicurity, riflette un carattere effettivo di queste pratiche.

---

[861] Il termine "partecipazione" usato dal legislatore è abbastanza ambiguo e sufficientemente ampio da comprendere gran parte delle questioni rilevanti per la produttività e la qualità del lavoro in azienda, nonché per la vita quotidiana dei lavori.

[862] Va ricordato che l'intenzione del governo di intervenire e una indicazione di massima della direzione di un possibile intervento sono esplicitate nel piano nazionale di riforma per il 2016 (PNR) presentato dall'UE. In esso si legge che "l'esecutivo si concentrerà su una riforma della contrattazione aziendale con l'obiettivo di rendere esigibili ed efficaci i contratti aziendali e di garantire la pace sindacale in costanza di contratto. I contratti aziendali potranno altresì prevalere su quelli nazionali in materie legate all'organizzazione del lavoro e della produzione".

[863] L. De Vita, *Proteggersi dai rischi. Nuove competenze e modi di lavorare per il mercato che cambia*, in Italiani Europei, 2016, p. 76 ss.

14. Considerazioni conclusive.

In realtà una nuova impostazione della flexicurity come quella prospettata richiede che le singole misure sia di flessibilità sia di sicurezza non siano concepite isolatamente, come è avvenuto spesso, ma siano inserite in una visione organica di politiche del lavoro e dello sviluppo.

Gli strumenti della flexicurity sono utili a realizzare una regolazione dei rischi di mercato atta a prolungare la protezione dei lavoratori oltre la fine del rapporto. Ma presi a se stanti, anche nelle versioni meglio organizzate, permettono di realizzare solo una buona gestione dell'esistente e sono insufficienti a realizzare una "*win win solution*" di miglioramento dell'occupabilità e soprattutto dell'occupazione.

Nel contesto attuale di crisi e di forte turbolenza dei mercati serve una risposta non solo difensiva. Questa presuppone che tutti gli strumenti di regolazione interni ed esterni al rapporto di lavoro e di promozione della sicurezza nelle transizioni siano finalizzati all'obiettivo di promuovere la buona occupazione nell'accezione segnalata dalla Decent Work Agenda dell'OIL.

Tale obiettivo deve orientare le strategie di tutti gli attori coinvolti: dalle imprese, alle organizzazioni sindacali, alle istituzioni pubbliche. Per altro verso impone che queste strategie siano non solo coerenti fra loro e col contesto, ma vengano sostenute da politiche economiche e sociali atte a promuovere le condizioni generali della crescita e lo sviluppo delle capacità personali necessarie per perseguire effettivamente il risultato.

A questo ampliamento di strumenti e di visione fanno riferimento le riflessioni critiche di quegli autori che hanno sottolineato la necessità di allargare gli orizzonti della flexicurity in una visione delle politiche del lavoro finalizzata alla promozione delle capacità e dello sviluppo umano.[864]

Con questa visione sono chiamate a misurarsi sia le politiche sociali europee sia le strategie degli Stati membri se si vuole che la strategia della flexicurity possa svolgere un ruolo efficace per migliorare le attuali condizioni dell'occupazione.

Le carenze della versione italiana della flexicurity impongono al nostro paese di recuperare il ritardo nell'implementare gli strumenti, adottati da altri paesi in contesti e periodi più favorevoli.

La prima urgenza è di costruire un sistema efficace di politiche attive in grado di sostenere i lavoratori che hanno perso il lavoro e devono affrontare i percorsi di ricollocazione senza abbandonarli a mere politiche assistenziali.

Ma il necessario rimedio alle debolezze storiche del nostro sistema non esime dall'impegno di varare misure nuove suggerite dalle pratiche europee, se necessario adattandole al nostro sistema. Queste dovrebbero rafforzare l'efficacia delle strategie di flexicurity nelle due direzioni sopra accennate: anzitutto all'interno delle imprese, finalizzando le politiche della formazione e l'uso della flessibilità alla continuità dell'impiego e alla prevenzione delle crisi; inoltre impegnando le stesse aziende a collaborare con i centri pubblici dell'impiego e con le agenzie private per

---

[864] Cfr. anche per ulteriori ragguagli B. Gazier, *La strategia europea per l'occupazione nella tempesta: il ripristino di una prospettiva a lungo termine,* cit, DRI, 2011, p. 561 ss.; indicazioni simili sull'importanza di promuovere una "via alta" della flexicurity e finalizzata alla eguaglianza di opportunità e sostenuta da politiche di valorizzazione del capitale umano, accompagnate dal rafforzamento del potere collettivo dei lavoratori, nel saggio di M. Raitano, nel volume a cura di A. Gramolati, G. Mari, *Bruno Trentin, Lavoro, libertà, conoscenza,* 2010, p. 421 ss.

sostenere – con risorse proprie - percorsi di riqualificazione e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati.

Il cambio di rotta nelle scelte di flexicurity sarà tanto più efficace se verrà sostenuto da un credibile orientamento delle politiche del lavoro e dello sviluppo all'obiettivo della buona occupazione.

Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. Oggetto dell'indagine. 271

2. Identità di tecnica tra l'art. 2 legge n. 81 del 2015 e l'art. 409 n. 3 c.p.c. e diversità rispetto all'art. 61 del d.lgs n. 276 del 2003. 271

3. Aumento abnorme delle collaborazioni continuative e coordinate e inadeguatezza del progetto come criterio selettivo. 271

4. Le collaborazioni organizzate dal committente e pluralità di interpretazioni. 271

5. Interpretazione preferibile: normativizzazione degli indici giurisprudenziali del luogo e del tempo della prestazione. 272

6. I tratti di identificazione delle collaborazioni organizzate dal committente. 272

7. Il potere organizzativo non si distingue dal potere direttivo e applicazione di tutta la disciplina del lavoro subordinato. 273

8. L'art. 15 della nuova legge contiene l'interpretazione autentica della coordinazione di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.. 273

9. I criteri distintivi delle due fattispecie (art.2 legge n. 81 del 2015 e art. 15 della nuova legge): l'organizzazione del committente e l'organizzazione del collaboratore. 273

10. Applicazione alle collaborazioni continuative e coordinate della nuova disciplina del lavoro autonomo. 274

11. Il lavoro agile e i suoi elementi caratterizzanti. 274

12. Gli ambiti di applicazione del lavoro agile. 275

13. Agevolazioni fiscali e contributive per il lavoro agile. 275

14. Il patto di lavoro agile: oggetto. 276

15. Rapporto tra accordo collettivo e patto individuale previsto dalla legge. 276

16. La disciplina del recesso dal lavoro agile. 277

17. Patto sulle modalità di esecuzione della prestazione ed esercizio del potere direttivo. 277

18. Possibili conseguenze sulla fattispecie dell'art. 2094 c.c. 277

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 327/2017

19. Possibili interferenze con la fattispecie delle collaborazioni continuative e coordinate. 278
20. L'accordo delle parti anche sull'esercizio del potere di controllo e del potere disciplinare. 278
21. Parità di trattamento complessivo economico e normativo per i lavoratori agili. 278
22. Tutela della salute e sicurezza del lavoro. 279
23. Tutela contro gli infortuni su lavoro. 279
24. Il telelavoro. 279
25. Possibile coincidenza e distinzione con il telelavoro. 281

1. Oggetto dell'indagine.

Dopo l'intervento del disegno di legge approvato in via definitiva dal Senato n.2233-B e in corso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale sull'introduzione del lavoro agile, definito dall'art. 18 come modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato e dell'art. 15 della stesso provvedimento che contiene l'interpretazione autentica della nozione di coordinazione di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c., appare opportuno individuare la linea di confine di questa forma di lavoro non solo con le collaborazioni organizzate dal committente (art. 2 comma l. n. 81 del 2015) ma anche con il lavoro agile (art. 18).

2. Identità di tecnica tra l'art. 2 legge n. 81 del 2015 e l'art. 409 n. 3 c.p.c. e diversità rispetto all'art. 61 del d.lgs n. 276 del 2003.

Quanto ai criteri distintivi tra le collaborazioni organizzate dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate bisogna preliminarmente osservare che l'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 ha adottato una tecnica legislativa molto simile a quella dell'art. 409 c.p.c., disponendo che «si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

La tecnica è simile, perché l'art. 409 n. 3 c.p.c. individuava una categoria di rapporti di varia origine ma non individuava un tipo legale e usava una espressione molto simile cioè ai «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato».

Viceversa il testo del d.l. 276 del 2003 individuava (artt. 61- 69) un nuovo tipo legale, il lavoro a progetto, con maggiori tutele rispetto a quelle riconosciute alle collaborazioni continuative e coordinate.

3. Aumento abnorme delle collaborazioni continuative e coordinate e inadeguatezza del progetto come criterio selettivo.

Queste ultime nell'arco di trenta anni e cioè dal 1973 al 2003 erano aumentate a dismisura perché i contributi previdenziali erano di gran lunga inferiori a quelli dovuti per i compensi corrisposti per il lavoro subordinato e ad esse non si applicava la disciplina del licenziamento.

Per scoraggiare un uso fraudolento di queste forme di lavoro il legislatore intervenne nel 2003 predisponendo la disciplina di un tipo legale di lavoro autonomo, il lavoro a progetto nel quale dovevano essere ricondotte forzosamente tutte le collaborazioni cosiddette autonome.

In realtà il criterio selettivo del progetto è risultato inadeguato nonostante le riforme e le modifiche predisposte anche dalla successiva legge Fornero del 2012 perché il legislatore non ha chiarito che cosa dovesse intendersi per progetto e perciò sotto l'usbergo del progetto le forme di falso lavoro autonomo hanno continuato a esistere e a proliferare.

4. Le collaborazioni organizzate dal committente e pluralità di interpretazioni.

Nel 2015, come è noto, il d.lgs. n.81 ha assegnato all'art. 2, comma 1 una funzione antifraudolenta e tuttavia di questa disposizione la dottrina ha proposto una serie di interpretazioni: per una parte

si tratta di lavoro autonomo (Perulli, Pessi,), per altri di lavoro subordinato che, però, inciderebbe sull'art. 2094 e quindi allargherebbe la stessa nozione di subordinazione; altri ancora sostengono (Nogler) che si tratterebbe di una forma di presunzione di lavoro subordinato. E infine, secondo Tosi, l'art. 2 comma 1 sarebbe una norma apparente (Tosi).

5. Interpretazione preferibile: normativizzazione degli indici giurisprudenziali del luogo e del tempo della prestazione.

A mio avviso questa formula finisce per normativizzare una serie di indici sussidiari come il luogo e il tempo di lavoro già accolti dalla giurisprudenza per stabilire la natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro.

A mio avviso l'art. 2 comma 1 non modifica l'art. 2094 c.c. né tanto meno crea un sottotipo di lavoro autonomo. Certo, a proposito dei rapporti di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. era corretto qualificarli di lavoro autonomo perché conservavano la disciplina sostanziale dei tipi cui appartenevano e ad essi si applicava solo la disciplina del processo di lavoro. Viceversa ai rapporti di lavoro organizzati dal committente, per espressa previsione della norma, si applica la disciplina sostanziale del rapporto di lavoro subordinato, e quindi in questo caso la presunta autonomia di questi rapporti si risolverebbe in un'affermazione semantica priva di qualunque effetto giuridico. D'altra parte il richiamo al termine committente sembra francamente un argomento debole per sostenere che si tratta di lavoro autonomo. Né si può affermare che questo committente non sarebbe titolare ad esempio del *jus variandi* o del potere disciplinare. Come insegnano Mengoni e Giugni, l'esercizio dello jus variandi come del potere disciplinare sono effetti e non requisiti della fattispecie: infatti solo dopo aver dimostrato la natura subordinata del rapporto, si può dire che il soggetto è titolare dello jus variandi, del potere disciplinare, ecc.

6. I tratti di identificazione delle collaborazioni organizzate dal committente.

Sembra perciò opportuno individuare preliminarmente i tratti distintivi dei rapporti di collaborazione che si ricavano dalla definizione dell'art. 2 che, si è già detto, non identifica un tipo legale, ma al pari dell'art. 409 c.p.c. indica una categoria di rapporti accumunati da modalità di esecuzione della prestazione lavorativa individuate dal committente e ai quali si applica la disciplina del lavoro subordinato. Si noti che il legislatore non usa il verbo "si estende" ma "si applica" la disciplina del lavoro subordinato.

Quali sono le modifiche rispetto alla definizione dell'art. 409 c.p.c.?

La norma richiama la prestazione di lavoro e non la prestazione di opera. In passato vi era chi aveva ritenuto che si facesse riferimento all'opus e non all'attività. Invece, ai sensi dell'art. 2, si tratta di una prestazione di lavoro, si tratta di un rapporto di durata in senso tecnico, mentre all'epoca si poteva sostenere che la prestazione d'opera fosse un contratto a esecuzione istantanea o prolungata, e che la durata del rapporto, come è sicuramente quella cui fa riferimento l'art. 409 n. 3 c.p.c. riguardasse una pluralità di "opera" collegate da un nesso di continuità. Anche se più realisticamente la giurisprudenza aveva già sostenuto la tesi che l'art. 409 n. 3 non faceva necessariamente riferimento all'opus ma all'attività in se e per sé considerata.

7. Il potere organizzativo non si distingue dal potere direttivo e applicazione di tutta la disciplina del lavoro subordinato.

In realtà nelle collaborazioni organizzate dal committente bisogna innanzitutto chiarire che cosa si intende per potere organizzativo del datore di lavoro e se questo potere si distingue, quanto agli effetti, dal potere direttivo. Se come appare indubbio dalla definizione legislativa il potere organizzativo ha come oggetto le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa anche con riferimento ai tempi e al luogo. Anche con riferimento, non solo. È agevole affermare che in realtà il potere organizzativo ha lo stesso oggetto del potere direttivo e cioè le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa. Ma si può dire di più, che il potere organizzativo, secondo l'art. 2 del d.l. n. 81, appare ancora più incisivo del potere direttivo perché richiama espressamente il luogo e il tempo di lavoro, mentre l'art. 2094 fa riferimento "alle dipendenze e sotto la direzione". E si noti che l'esercizio del potere direttivo si manifesta diversamente nel rapporto di lavoro del dirigente, dei dipendenti che svolgono attività dal contenuto altamente professionale, degli impiegati e degli operai comuni.

Ai rapporti organizzati dal committente si applica, come già detto, tutta la disciplina del lavoro subordinato, e non solo perché lo afferma una circolare del Ministero del lavoro, ma perché questo legislatore non ha precisato che la disciplina del lavoro subordinato è applicabile a questi rapporti in quanto compatibile. Conseguentemente, non è consentito all'interprete di applicare in modo discrezionale, solo una parte della disciplina del lavoro subordinato.

8. L'art. 15 della nuova legge contiene l'interpretazione autentica della coordinazione di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

Per tracciare la linea di confine con le collaborazioni continuative e coordinate non ci possiamo solo fermare all'analisi dell'art. 2, comma 1 ma bisogna avere riguardo anche all'art. 52 del d.l. 81 del 2015 che lascia espressamente in vita i rapporti di cui all'art. 409 e ora anche all'art. 15 della legge approvata dal senato il 10 maggio 2017 secondo il quale " la collaborazione si intende coordinata quando nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa".

Questa norma ha il merito di chiarire che nelle collaborazioni coordinate è necessario un accordo tra le parti per determinare le modalità di esecuzione mentre nelle collaborazioni organizzate dal committente allo stesso spetta il potere di determinare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione del collaboratore.

9. I criteri distintivi delle due fattispecie (art.2 legge n. 81 del 2015 e art. 15 della nuova legge): l'organizzazione del committente e l'organizzazione del collaboratore.

Nell'art. 15 il legislatore opportunamente precisa che nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti, l'elemento discretivo è costituito dalla circostanza che il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa.

E questa precisazione , a mio avviso è quanto mai opportuna perché la coordinazione di per se, pur essendo concettualmente distinta dalla subordinazione, in realtà nel concreto svolgimento del rapporto non è in grado di neutralizzare il maggior potere contrattuale del datore di lavoro rispetto a quello del prestatore di lavoro con la conseguenza che, la coordinazione diventa un

formula insincera perchè finisce per nascondere talvolta una forma di lavoro subordinato e quindi favorisce una forma di falso lavoro autonomo.

E quindi ben si comprende che il legislatore abbia accolto come criterio discretivo tra le collaborazioni organizzate dal committente di cui all'art. 2 e i rapporti di collaborazione che sopravvivono di cui all'art. 409 c.p.c. da un lato che nei primi sia il committente ad organizzare le modalità di esecuzione della prestazione e dall'altro lato che nei rapporti di lavoro coordinato, fermo restando l'accordo fra le parti, sia il collaboratore a organizzare le modalità di esecuzione della prestazione.

10. Applicazione alle collaborazioni continuative e coordinate della nuova disciplina del lavoro autonomo.

Questi sono i criteri per distinguere le due fattispecie. E sono criteri importanti perché ai due tipi di rapporto si applicano discipline molto diverse: ai rapporti di collaborazione coordinata non si applica la disciplina del lavoro subordinato, ma si applicava fino ad ieri la disciplina precedente a quella del lavoro a progetto, quindi una tutela molto modesta: e cioè le norme processuali, l'art. 2113, le norme sulla sicurezza del lavoro e la contribuzione assai più ridotta prevista dalla riforma Dini sulla gestione separata. A parte queste norme non vi erano altre tutele per le collaborazioni coordinate e non c'era nemmeno il limite introdotto dal legislatore del lavoro a progetto secondo il quale queste forme di lavoro autonomo dovevano essere a tempo determinato.

Ora alle collaborazioni organizzate dal committente si applica la disciplina lavoro subordinato, mentre ai rapporti di collaborazione ex art. 409 n. 3 c.p.c. contrassegnati dall'organizzazione del collaboratore si applicano le tutele per il lavoro autonomo previste dalla nuova disciplina appena approvata dal Senato (11 maggio 2017).

Quindi bisogna aver chiaro che nell'attuale ordinamento esistono le collaborazioni organizzate dal committente che sono rapporti di lavoro subordinato e le collaborazioni coordinate organizzate dal collaboratore che sono forme di lavoro autonomo con la disciplina sostanziale prevista ora per il lavoro autonomo.

11. Il lavoro agile e i suoi elementi caratterizzanti.

Quanto alla distinzione tra le collaborazioni coordinate e il lavoro agile non è agevole tracciare una linea di confine sicura.

Il capo II del recente d.d.l. S2233-B, approvato in via definitiva il 10 maggio ed in corso di pubblicazione sulla G.U., introduce e regola il "lavoro agile" (traduzione dell'inglese *smart working*), allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Il "lavoro agile" non costituisce una autonoma tipologia contrattuale, ma è definito espressamente "quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva" (art. 18, comma 1).

Alla luce di questa definizione, gli elementi caratterizzanti del lavoro agile sono i seguenti:

- l'accordo tra le parti circa la modalità "agile" di esecuzione del rapporto;

- l'organizzazione anche per fasi, cicli o obiettivi;

- l'assenza di precisi vincoli di orario, fermi restando i limiti di durata massima previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva;

- l'assenza di un preciso luogo di lavoro, con una prestazione eseguita in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno, senza una postazione fissa;

- il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa;

12. Gli ambiti di applicazione del lavoro agile.

Gli ambiti applicativi del lavoro agile potrebbero essere i più svariati e spaziare dalle prestazioni ad alto contenuto intellettuale (grafici pubblicitari, tecnici informatici operanti da remoto) a quelle meno specialistiche (addetti ai servizi di consegna a domicilio, manutentori *on site*, per i quali può essere necessario lo svolgimento dell'attività solo in parte all'interno dell'azienda, sotto la direzione del datore di lavoro e dei suoi sottoposti in modo incostante nel tempo o limitato nel corso nella giornata lavorativa).

Sennonché, non tutti i tratti caratterizzanti di questa particolare modalità di lavoro sono ben definiti (si pensi all'organizzazione per fasi, che riecheggia una formulazione già utilizzata per il lavoro a progetto e poi abbandonata, a causa della sua genericità) e potrebbe non essere agevole distinguere, in concreto, un lavoratore "agile" subordinato da un collaboratore coordinato e continuativo (vedi anche, infra, par. 3.2).

13. Agevolazioni fiscali e contributive per il lavoro agile.

La distinzione, tuttavia, assume una particolare rilevanza anche ai fini fiscali e contributivi: alla luce delle finalità perseguite dalle nuove diposizioni, infatti, il legislatore cerca di incentivare il ricorso al lavoro agile e prevede, che le agevolazioni fiscali e contributive applicabili ai premi di produttività[865] valgano anche per i lavoratori subordinati che operano in questa modalità (art. 15, comma 3).

I risparmi di spesa garantiti da tali agevolazioni[866] (aliquota contributiva del 20%, aliquota fiscale sostitutiva del 10%) potrebbero contribuire ad orientare la scelta verso un lavoratore agile piuttosto che verso un collaboratore autonomo, visto che attualmente il vantaggio contributivo di una collaborazione coordinata e continuativa rispetto al rapporto di lavoro subordinato è, in linea generale, ridotto a pochi punti percentuali (33% contro circa il 28%).

[865] Art. 55 della legge n. 50 del 2017.

[866] Non si tratta, comunque, di agevolazioni stabili ma di misure che vengono riproposte anno per anno dalle varie leggi finanziarie.

14. Il patto di lavoro agile: oggetto.

Il ricorso al lavoro agile presuppone un apposito accordo tra le parti, il c.d. patto di lavoro agile[867], volto a regolare, in particolare, due aspetti[868]:

a) l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore;

b) i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

L'accordo deve essere stipulato in forma scritta *ad probationem* e a pena di sanzioni amministrative e può essere a tempo determinato o indeterminato.

Non è chiaro come il patto di lavoro agile incida sul contratto di lavoro: non sembra che sia un patto che sostituisce il contratto di lavoro ma piuttosto un patto che prevede la modalità agile come modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato che coesiste con la modalità ordinaria, com'è già previsto da diversi accordi collettivi che hanno circoscritto questa modalità di lavoro in uno dei giorni della settimana, ferme restando le modalità tradizionali negli altri giorni[869].

Va comunque precisato che secondo la definizione legislativa una parte della prestazione deve essere necessariamente svolta all'interno dell'azienda.

15. Rapporto tra accordo collettivo e patto individuale previsto dalla legge.

Negli accordi collettivi le scelte relative alle modalità "agili" sono le più varie: quanto al tempo, spesso il lavoro agile è circoscritto in uno o in alcuni giorni della settimana; quanto al luogo vengono a volte presi in considerazione non solo il domicilio o la residenza del lavoratore, ma addirittura uffici dei clienti o sedi aziendali diverse da quelle di assegnazione[870]

Il patto di lavoro agile previsto dall'art. 19 del d. lgs…… è un accordo individuale. La legge non prevede la competenza dei contratti collettivi a disciplinare il ricorso al lavoro agile.

E tuttavia, non sembra che la legge, nel fare riferimento ad un patto individuale di lavoro agile, abbia voluto escludere la competenza regolativa anche dei contratti collettivi. Si noti che il lavoro agile è diffuso principalmente nelle grandi aziende ed è un fenomeno che riguarda, di norma, collettività di lavoratori. E sarebbe pertanto poco realistico regolamentare questa modalità di esecuzione della prestazione solo sulla base di accordi individuali quando i lavoratori interessati sono numerosi.

---

[867] Tale patto è oggetto della comunicazione di cui all'articolo 9-bis del decreto-legge 1º ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, e successive modificazioni.

[868] Si veda anche l'art. 20, comma 2, ai sensi del quale "Al lavoratore impiegato in forme di lavoro agile ai sensi del presente capo può essere riconosciuto, nell'ambito dell'accordo di cui all'articolo 19, il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze".

[869] Cfr. ex multis l'accordo Bnl, Benetton group, ENEL, Ferrovie dello Sato, Ferrero, Intesa San Paolo, Comune di Milano e di Torino

[870] Cfr. Tiraboschi, op. cit., p. 7, con riferimento alle esperienze di Intesa San Paolo, BNL, Unicredit, Snam, General Motors.

Sembra possibile, pertanto, anche alla luce dell'esperienza, che il ricorso al lavoro agile, come già avvenuto prima dell'entrata in vigore della legge, possa ancora oggi continuare ad essere negoziato nell'ambito di accordi collettivi.

E quanto al rapporto tra le previsioni collettive (non solo future ma anche pregresse) e le attuali norme di legge si deve precisare che i contratti collettivi non potranno eliminare le garanzie legali dei lavoratori agili, ma potranno regolamentare le condizioni del ricorso al lavoro agile predeterminandone in parte i contenuti e semplificando la negoziazione tra le parti, avendo ben presente che la fonte collettiva non potrà *bypassare il consenso espresso dal lavoratore nel patto individuale,* che, come si verifica in altri casi, può rinviare alla disciplina dell'accordo collettivo le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

16. La disciplina del recesso dal lavoro agile.

Anche la disciplina del recesso induce a ritenere che l'accordo di lavoro agile non sia sostitutivo del rapporto di lavoro perché altrimenti si dovrebbe ritenere che il recesso in questione integra una nuova ipotesi di libera recedibilità ad *nutum* e conseguentemente una deroga rilevante alla disciplina del licenziamento.

In realtà ciascuna delle parti può recedere con un preavviso non inferiore a trenta giorni[871], se la modalità agile è a tempo indeterminato, o senza preavviso, in presenza di un "giustificato motivo". Se la modalità agile è a tempo determinato, in presenza di un giustificato motivo è possibile recedere prima della scadenza del termine[872].

Orbene questa disciplina induce a ritenere che il recesso non estingua il rapporto lavorativo, che continuerà secondo le tradizionali modalità e non più in forma agile.

17. Patto sulle modalità di esecuzione della prestazione ed esercizio del potere direttivo.

Con particolare riferimento ai contenuti del patto di lavoro agile indicati precedentemente sub a), vale la pena soffermarsi sull'esercizio dei poteri datoriali.

La legge utilizza una espressione sicuramente poco felice quando afferma che oggetto dell'accordo è il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti.

Poco felice perché nel lavoro subordinato il potere direttivo è un potere unilaterale, mentre ai sensi dell'art. 18 di questa legge le parti stabiliscono di comune accordo l'esercizio le modalità di esecuzione della prestazione e cioè l'esercizio del potere direttivo. In questi termini l'espressione sembra un ossimoro.

18. Possibili conseguenze sulla fattispecie dell'art. 2094 c.c.

In realtà il legislatore definendo il lavoro agile come modalità di esecuzione del lavoro subordinato, prende atto della trasformazione dell'impresa e dell'organizzazione del lavoro e

---

[871] Novanta giorni se il lavoratore è stato assunto nella "quota" riservata ai disabili ai sensi della l. n. 68 del 1999.

[872] Le nuove disposizioni riecheggiano le formulazioni di quelle in materia di recesso dal rapporto di lavoro e ne riprendono alcuni concetti (giustificato motivo), seppur probabilmente in maniera poco felice (il giustificato motivo, a ben vedere, produce gli effetti della giusta causa e forse sarebbe stato più opportuno richiamare quest'ultima nozione).

probabilmente allarga o comunque modifica la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. perché finisce per limitare sensibilmente l'esercizio unilaterale del potere direttivo, proprio dell'organizzazione fordista e gerarchica (art. 2086). Ma in questa prospettiva sarebbe stato più opportuno rivedere la nozione generale della subordinazione anziché intervenire su profili particolari, ora con l'art. 2 della legge. 81 sulle collaborazioni organizzate dal committente, ora con l'interpretazione della coordinazione dell'art. 409 c.p.c. e ora infine con la definizione del lavoro agile.

19. Possibili interferenze con la fattispecie delle collaborazioni continuative e coordinate.

Infatti quest'ultimo, se da un lato amplia la fattispecie del lavoro subordinato, dall'altro lato rischia di sovrapporsi almeno in parte alla fattispecie delineata dall'art. 409 n. 3 così come modificato dall'art. 15 della stessa legge secondo cui "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa" (vedi cap. 48).

È evidente infatti che nel concreto svolgimento del rapporto, sarà difficile distinguere tra lavoro agile in cui le modalità di esecuzione della prestazione sono concordate dalle parti e le collaborazioni coordinate in cui parimenti le modalità di esecuzione della prestazione sono concordate tra le parti.

D'altra parte – ed è questa forse una possibile tendenza – la previsione di forme di lavoro subordinato non tradizionali in contesti nei quali l'elasticità temporale e la mobilità del luogo di lavoro diventano esigenze imprescindibili dell'impresa per ragioni di maggiore produttività, potrebbe spingere i datori di lavoro a preferire al lavoro coordinato il lavoro agile se risulterà per loro economicamente più conveniente.

20. L'accordo delle parti anche sull'esercizio del potere di controllo e del potere disciplinare.

L'accordo relativo alle modalità di lavoro agile (art. 21) regola l'esercizio del potere di controllo e disciplinare del datore di lavoro sulla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali (salvi i limiti inderogabili posti dall'art. 4 della legge n. 300 del 1970) e conseguentemente limita l'esercizio unilaterale dei suddetti poteri del datore di lavoro. Inoltre l'art. 21 comma 2 individua le condotte disciplinarmente rilevanti commesse all'esterno dei locali di lavoro.

Questa previsione potrebbe acquisire notevole importanza perché sulla base del diverso luogo di esecuzione della prestazione, l'autonomia individuale verrebbe *ex lege* abilitata a regolare istituti ordinariamente riservati all'autonomia collettiva, come la tipizzazione delle condotte disciplinarmente rilevanti.

Si tratta di un effetto del tutto nuovo, considerando che, per esempio, l'art. 30 del collegato lavoro quando ha voluto attribuire all'autonomia individuale una limitata rilevanza nella tipizzazione delle ipotesi di licenziamento disciplinare lo ha fatto con riferimento a contratti certificati e non ad accordi stipulati tra le parti senza la garanzia di una sede protetta.

21. Parità di trattamento complessivo economico e normativo per i lavoratori agili.

Al fine di evitare che il ricorso al lavoro agile penalizzi i lavoratori interessati da questa modalità, la legge vieta ogni disparità di trattamento: al lavoratore agile, infatti, spetta un trattamento

economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda" (art. 20, comma 1).

Attraverso il riferimento al trattamento "complessivo" nella previsione in esame, il legislatore sembra autorizzare i contratti collettivi a dettare trattamenti peggiorativi a parità di mansioni, quando siano adeguatamente controbilanciati da previsioni più favorevoli. Anche tale formulazione, tuttavia, è ambigua e darà luogo, con ogni probabilità, a notevoli contrasti interpretativi.

22. Tutela della salute e sicurezza del lavoro.

Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro (art. 22).

Anche questa previsione alimenta qualche incertezza perché difficilmente la sola consegna dell'informativa potrà essere sufficiente a garantire la salute e la sicurezza del lavoratore agile e, d'altro canto, quando quest'ultimo svolge la propria attività fuori dai locali aziendali diventa difficile per il datore di lavoro adempiere all'obbligo di garanzia.

Non a caso la legge stabilisce, quale parziale contrappeso, che il lavoratore impegnato all'esterno dei locali aziendali debba cooperare all'attuazione delle specifiche misure di prevenzione predisposte (art. 22, comma 2). Il grado di questa cooperazione, pertanto, è verosimilmente maggiore di quello esigibile dai lavoratori che operano all'interno dell'impresa.

23. Tutela contro gli infortuni su lavoro.

Al lavoratore agile spetta, infine, la tutela contro gli infortuni sul lavoro dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali, ivi compresi gli infortuni in itinere occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali.

Quest'ultima tutela è, tuttavia, limitata alle ipotesi in cui la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza. L'ambiguità di questa ultima condizione è probabilmente destinata a creare contenzioso e rischia di ingenerare una elevata incertezza in mancanza di parametri oggettivi volti a limitare la discrezionalità del giudice.

24. Il telelavoro.

Il telelavoro (o lavoro a distanza) è una modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, diffusa sia in Italia sia all'esterno, nella quale il lavoratore esegue le prestazioni da un luogo esterno all'azienda o comunque al luogo di esercizio del potere direttivo e di controllo da parte del datore di lavoro, avvalendosi di un computer o di un altro dispositivo mobile collegato con il sistema informatico aziendale (ad es. *tablet, smartphone*). La diffusione della modalità lavorativa in esame è strettamente correlata con il grado di impiego delle tecnologie telematiche (in Italia ancora

basso) e con la capacità di utilizzo degli strumenti informatici da parte dei lavoratori.

Sono note diverse forme di telelavoro: quello svolto dal domicilio del lavoratore[873], il lavoro remotizzato, nel quale il lavoratore svolge l'attività in "uffici satellite", locali aziendali situati in un luogo distante dalla "sede" ove il datore di lavoro esercita il potere direttivo e di controllo, i centri di lavoro comunitario, strutture che ospitano telelavoratori che dipendono da imprese diverse, fino ad arrivare al *working out*, l'unica forma di telelavoro non stanziale, nella quale il telelavoratore non è vincolato ad una posizione di lavoro fissa.

La regolamentazione del telelavoro è differente tra il settore privato e quello pubblico.

Per i rapporti di lavoro privato non esiste una disciplina legale del telelavoro. Il legislatore si limita a incentivare il ricorso a questa modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, pur senza darne una definizione generale, per le sue positive implicazioni sociali e organizzative: ad es. la conciliazione della vita privata con l'attività lavorativa, l'integrazione nei processi produttivi dei lavoratori disabili, il reinserimento dei lavoratori in mobilità[874].

L'unica regolamentazione è contenuta in accordi e contratti collettivi sul telelavoro "esterno", adeguano alle esigenze aziendali o di settore la nuova forma di svolgimento dell'attività lavorativa, senza prefigurare un modello negoziale di riferimento.

La stessa definizione di telelavoro, contenuta nell'accordo quadro europeo sul telelavoro stipulato a Bruxelles il 16 luglio 2002 tra CES, UNICE/UEAPME e CEEP, recepito con l'accordo interconfederale del 9 giugno 2004 nell'ambito di Confindustria, risulta molto ampia e suscettibile di interpretazioni e applicazioni differenziate[875]. Ai sensi dell'art. 1, comma 1 di tale accordo, il telelavoro costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa.

Nella pubblica amministrazione la legge n. 191 del 1998 prevede che le amministrazioni pubbliche possano avvalersi di forme di lavoro a distanza. Le concrete modalità attuative, la cui individuazione era stata affidata ad un successivo Regolamento, sono dettate dal d.P.R. n. 70 del 1999, che individua una nozione di telelavoro, definito come la prestazione di lavoro eseguita dal dipendente in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile con il prevalente supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce.

Il 23 marzo 2000 è stato inoltre stipulato l'Accordo quadro nazionale per l'applicazione del telelavoro ai rapporti di lavoro del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni. In tale Accordo si sottolinea che l'assegnazione a progetti di telelavoro non muta la natura giuridica del rapporto di lavoro in atto. È stato perciò confermato che il telelavoro è una diversa modalità di prestazione del lavoro che non configura una nuova categoria giuridica.

---

[873] Cass. 18 luglio 2006, n. 16379.
[874] Cfr. ad es. art. 38, legge n. 69 del 2009; art. 22, legge n. 183 del 2011; art. 23, d.lgs. n. 80 del 2015.
[875] P. Pizzi, *Considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, I, p. 219.

25. Possibile coincidenza e distinzione con il telelavoro.

Può essere utile, a questo punto, capire se e come la nuova disciplina del lavoro agile possa interagire con la disciplina e l'ambito applicativo del "telelavoro".

I perimetri dei due istituti non appaiono totalmente coincidenti. In primo luogo, nel telelavoro il collegamento telematico con la sede dell'impresa è necessario e non solo possibile.

In secondo luogo, il lavoro agile, sia pure con alcune particolarità, ammette espressamente che lo svolgimento dell'attività avvenga almeno in parte all'interno dell'azienda e quindi per definizione esprime una modalità organizzativa diversa dal telelavoro.

Infine, alla distinzione definitoria corrispondono effetti ulteriori e rilevanti perché, come si è osservato, la disciplina del patto di lavoro agile riserva all'autonomia individuale ambiti di intervento (ad es. potere direttivo, potere disciplinare e potere di controllo) sconosciuti alla fattispecie del telelavoro.

In conclusione, il telelavoro appare una modalità di svolgimento della prestazione certamente compatibile con e configurabile attraverso un patto di lavoro agile, almeno per la parte realizzata all'esterno dell'azienda per mezzo di un collegamento telematico, ma non può essere considerato un sinonimo del lavoro agile perché nel patto di lavoro agile è possibile rinvenire contenuti ed effetti esclusivi e del tutto peculiari.

Il bancario "ibrido" nell'economia liquida (*nuove proposte dall'autonomia collettiva*)*

Marco Marazza

1. Metà dipendente e metà consulente finanziario: il lavoro ibrido nel Protocollo del Gruppo Intesa San Paolo del 1 febbraio 2017. 283

1.1. Segue: lavoro ibrido e lavoro agile. 283

2. La platea dei lavoratori interessati dal lavoro ibrido nel Protocollo. 284

3. Le molteplici e variegate aspettative delle parti firmatarie. 284

4. La questione della coesistenza di due rapporti di lavoro tra le medesime parti. 286

5. Il senso della codificazione, da parte dell'autonomia collettiva, dei criteri distintivi e delle modalità di convivenza dei due rapporti. 288

5.1. Lavoro ibrido e rappresentatività sindacale. 289

6. La natura autonoma della prestazione del consulente finanziario. 290

7. I criteri di ripartizione dei due distinti rapporti nel Protocollo. 292

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 328/2017

1. Metà dipendente e metà consulente finanziario: il lavoro ibrido nel Protocollo del Gruppo Intesa San Paolo del 1 febbraio 2017.

Il "*Protocollo per lo sviluppo sostenibile del gruppo Intesa San Paolo*", sottoscritto il 1 febbraio 2017 da Intesa Sanpaolo S.p.A. e le delegazioni di Gruppo di tutte le rappresentanze sindacali (FABI, FIRST CISL, FISAC CGIL, SINFUB, UGL CREDITO, UILCA e UNISIN), è indubbiamente un accordo dalle tante sfaccettature. Ma a volerlo guardare da un punto di vista giuridico non c'è dubbio che un aspetto, più di altri, cattura l'attenzione.

È la previsione contenuta nella parte terza dell'intesa, dedicata alle "*politiche attive*", ove è introdotta e regolamentata, con approccio e metodo assai innovativi, un'inusuale forma di collaborazione professionale che prende vita grazie alla parallela coesistenza, tra la banca ed il suo lavoratore, di un rapporto di lavoro subordinato a tempo parziale (per lo svolgimento dell'attività di gestore in filiale) e di un rapporto di lavoro autonomo (precisamente, un contratto di mandato o di agenzia per lo svolgimento, fuori sede, dell'attività di consulente finanziario).

Un'innovazione, certamente affascinante per la sua complessità giuridica, che si propone all'attenzione del mercato quale possibile strumento per l'organizzazione del lavoro nell'attuale, difficile, contesto economico del settore bancario. Un settore non meno *liquido*[876], nel senso di privo di saldi e stabili modelli di riferimento, di altri e, quindi, anch'esso fortemente bisognoso di innovazione e soluzioni in grado di assecondare, in modo sostenibile, l'inarrestabile mutazione delle banche[877].

1.1. Segue: lavoro ibrido e lavoro agile.

Per utilizzare categorie in qualche modo già note, potremmo dire che si tratta di una sorta di estremizzazione, sia tecnica che gestionale, del lavoro agile[878]. Con la dirimente, e assai significativa, differenza, va messo da subito bene in evidenza, che nel lavoro ibrido in questione la parte di attività fuori sede non è una proiezione, se pur dotata di una sua specifica disciplina, dell'unico contratto di lavoro (subordinato) stipulato tra le parti.

---

[876] L'espressione "liquida" riferita all'economia, ed utilizzata anche nel titolo del presente contributo, intende chiaramente richiamare i noti concetti espressi da Z. BAUMAN in *Modernità liquida*, trad. Sergio Minucci, Roma-Bari 2002. Ciò per evocare l'incertezza che sempre più va emergendo, nell'attuale contesto economico, nell'individuazione degli strumenti più idonei a scambiare il lavoro prevalentemente personale nel mercato. Ond'è che il presente contributo ha proprio come obiettivo primario quello di illustrare l'innovazione contrattuale del bancario ibrido, voluta dalle parti firmatarie del *Protocollo per lo sviluppo sostenibile del gruppo Intesa San Paolo,* per consentire al lettore di valutare se questa innovazione contrattuale possa, o meno, essere una valida alternativa per le specifiche esigenze del settore bancario.

[877] Con riferimento al settore, si esprime in termini di "*over capacity and technological innovation*" M. DRAGHI, relazione alla prima conferenza annuale dell'E.S.R.B. (European Systemic Risk Board) il 22 settembre 2016, Francoforte, in www.ecb.europa.eu Per A. PATUELLI, Presidente ABI è in corso una vera e propria "rivoluzione bancaria", Discorso alla Giornata Mondiale del Risparmio, Roma, 26-27 ottobre 2016 e per L. M. SILEONI, segretario nazionale FABI, il settore è coinvolto da una "storica trasformazione" che richiederà, tre le altre cose, un nuovo modello di organizzazione e di attività, XX Congresso Nazionale FABI, Roma, 10-14 marzo 2014.

[878] Proprio al fine di rimarcare la differenza rispetto alla fattispecie di lavoro ibrido, di cui ci occupiamo nello scritto, è utile ricordare che per la legge il lavoro agile è (D.D.L. n. 2233/2016, approvato in via definitiva il 10 maggio 2017) una "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti…*" ed ha lo scopo di permette una migliore coniugazione dei tempi di lavoro con quelli di vita. Per un approfondimento sul lavoro agile si rimanda a P. TULLINI, *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017; M. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI, *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, Modena, 2016; V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, p. I, 350; P. RAUSEI, *Tutto Jobs Act, Lavoro autonomo e smart working*, Milano, 2016.

Il lavoro fuori sede del bancario ibrido è infatti il derivato di un ulteriore contratto di lavoro, di natura autonoma (art. 2222 cod. civ.), che produce effetti del tutto differenti, e sotto ogni profilo distinti, rispetto a quelli del parallelo contratto di lavoro dipendente eseguito per le attività di filiale.

Una differenza di effetti che si può cogliere, a titolo meramente esemplificativo, non solo per il diverso statuto protettivo applicabile al rapporto di lavoro di dipendente e di consulente finanziario, ed al rapporto previdenziale che da ciascuno di essi scaturisce, ma anche per ciò che attiene all'organizzazione dei tempi di lavoro (vincolata in un caso e autonoma nell'altro), ai criteri di remunerazione dell'attività (del tempo di lavoro in un caso e dei risultati nell'altro) e, ovviamente, a molto altro.

Un moderno *minotauro*, così lo hanno affettuosamente definito gli addetti ai lavori nel periodo di negoziazione e stesura dell'accordo. Non tanto frutto di fredda ingegneria giuridica quanto, piuttosto, di un dialogo sociale sofisticato, costruttivo e sorprendentemente incline a confrontarsi su terreni innovativi.

2. La platea dei lavoratori interessati dal lavoro ibrido nel Protocollo.

Per contestualizzare lo strumento è utile rappresentare che questa peculiare forma di collaborazione professionale è stata introdotta, se pur in via sperimentale, sia per i nuovi assunti che per i lavoratori già in servizio.

Per un verso, il lavoro ibrido è stato destinato alle nuove assunzioni che il Gruppo Intesa Sanpaolo si è impegnato ad effettuare, secondo un classico schema di solidarietà (o, se si preferisce, *turnover*) generazionale, a fronte dei pensionamenti del personale in forza previsti dalla medesima intesa.

Per altro verso, il medesimo strumento è stato reso disponibile, su base volontaria, per il personale già in servizio e, tra questi, in virtù di una specifica regolamentazione, anche per coloro che sono prossimi alla pensione (purché già iscritti all'albo dei consulenti finanziari). Con conseguente possibilità, per tutti i lavoratori già in servizio, di trasformare il rapporto di lavoro subordinato da tempo pieno a tempo parziale e di attivare contestualmente il parallelo contratto di lavoro autonomo di consulente finanziario (contratto che, nell'ipotesi di lavoratori anziani, è poi destinato a cessare, unitamente al contratto di lavoro subordinato, al maturare dei requisiti di accesso al trattamento pensionistico anche anticipato).

3. Le molteplici e variegate aspettative delle parti firmatarie.

La precisazione sull'ambito soggettivo di applicazione di questa parte dell'accordo non ha una finalità meramente ricognitiva. Piuttosto, è un dettaglio che può svelare l'articolata e complessa aspettativa delle parti sociali nei riguardi dello strumento negoziale di cui si sta trattando.

Per i nuovi ingressi la collaborazione in modalità *ibrida* soddisfa certamente l'interesse del lavoratore ad avere qualcosa di più di un singolo contratto di lavoro subordinato a tempo parziale o di una sola collaborazione autonoma da consulente finanziario. Ma, se riguardata dal punto di vista del datore di lavoro, questo tipo di collaborazione, nell'equilibrio complessivo del Protocollo del Gruppo Intesa, è soprattutto il presupposto per l'attivazione di un (inedito) modello di solidarietà generazionale che, nell'attuale contesto economico del settore bancario, le parti firmatarie

evidentemente non ritenevano realizzabile ipotizzando una più convenzionale sostituzione, a parità di ore lavorate, dei lavoratori pensionati con il classico strumento del lavoro subordinato (a tempo pieno).

Ciò in quanto, c'è da ritenere, in un contesto come quello bancario nel quale si avverte un'oggettiva e rilevante situazione di eccedenza di personale, la collaborazione ibrida esprime, almeno nelle aspettative del datore di lavoro, un maggiore livello di flessibilità e produttiva giacché sostituisce una quota del classico lavoro subordinato con un rapporto contrattuale autonomo che, per sua natura, prevedendo esclusivamente compensi a provvigioni, dovrebbe garantire la modularità del costo del lavoro ed una significativa forza incentivante a sostegno della penetrazione commerciale dei prodotti e servizi della banca.

Contemporaneamente, nel medesimo accordo il rapporto ibrido è anche un'opportunità per i lavoratori già in servizio che, rinunciando ad un più convenzionale modello di impiego, potrebbero decidere di avvalersene per soddisfare propri interessi, non necessariamente economici, per un arco di tempo prestabilito o, per quanto riguarda i più anziani, fino alla maturazione della pensione.

La collaborazione ibrida, almeno nell'intenzione delle parti firmatarie dell'intesa, pare dunque espressione di uno schema contrattuale polivalente che se per un verso convince il datore di lavoro ad autorizzare un ampliamento dell'organico, se pur a fronte dei pensionamenti, per l'altro asseconda esigenze personali di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro[879] e/o reddituali del personale già in forza, anche arricchendo la platea degli strumenti disponibili di invecchiamento attivo[880].

Come spesso accade nei processi di innovazione solo il passaggio dalla teoria alla pratica aiuterà a capire quale di queste finalità sia più naturalmente congeniale al nuovo tipo di collaborazione professionale bancaria. Ma è già da ora plausibile affermare che la questione difficilmente potrà essere posta ed affrontata in termini solo generali e astratti. Giacché se il *Minotauro* della mitologia greca aveva un'indole taurina che lo rendeva istintivo e difficilmente prevedibile, il *Minotauro* bancario di cui ora ci occupiamo si dovrà misurare con l'imprevedibile propensione individuale del bancario all'autonoma gestione del tempo di lavoro.

---

[879] Di recente, sul tema, se pur in una prospettiva diversa da quella evocata dallo strumento del lavoro ibrido in esame, perché nel volume gli strumenti di conciliazione sono indagati nell'ambito di un contratto di lavoro subordinato standard e nella prospettiva della tutela di specifiche esigenze di bisogno legislativamente riconosciute, A. SERVIDORI, B. MAIANI, A. CAFAGNA, *La conciliazione tra tempi di vita e di lavoro,* Milano, 2017.

[880] In ciò potendosi in senso lato probabilmente inserire la specifica misura di cui si tratta nel presente contributo tra quelle, di matrice contrattuale, di *welfare* aziendale di conciliazione nel senso che indica T. TREU, *Prefazione*, in *La conciliazione tra tempi di vita e di lavoro*, op. cit. Sul tema dell'invecchiamento attivo, che nel testo viene invocato più che altro con riferimento agli strumenti di accompagnamento alla pensione del lavoratore ancora attivo, si veda M. BROLLO, *Il diritto del mercato del lavoro postmoderno*, in *Arg. Dir. Lav*., 2012, 4-5, 856. Il tema è stato affrontato in diversi disegni di legge, soprattutto dal punto di vista della staffetta intergenerazionale, tra i quali il D.D.L. del 10 ottobre 2012 n. 3515, recante "*Misure per favorire l'invecchiamento attivo, il pensionamento flessibile, l'occupazione degli anziani e dei giovani e per l'incremento della domanda di lavoro*", ed il D.D.L. del 21 marzo 2013 recante "*Interventi per l'accesso flessibile e graduale alla pensione ai fini dell'invecchiamento attivo e della solidarietà intergenerazionale*". Per commenti, anche critici, si veda tra tutti M. TIRABOSCHI, *Riforma Fornero delle pensioni e staffetta generazionale: quale coerenza, quale efficacia, quali vantaggi e per chi?*, in *Boll. ADAPT*, n. 18/2013 e T. BOERI - V. GALASSO, *Per una vera staffetta tra generazioni*, *www.lavoce.info*, 24.5.2013. Per una disamina in materia, D. IZZI, *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, in *Riv. it. dir. lav*., 2014, 4, 484; V. FERRANTE, *Invecchiamento attivo e prolungamento di vita lavorativa*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*. *Lavoro, Istituzioni, cambiamento sociale*, Napoli, 2011, III.

Una propensione che potrà rispondere ad esigenze ricreative o reddituali e che, in questo secondo caso, dovrà poi necessariamente fare anche i conti con la capacità, sempre tutta individuale, di produrre un reddito di lavoro autonomo auspicabilmente superiore alla quota di reddito di lavoro dipendente persa per la riduzione dell'orario di lavoro in filiale da tempo pieno a tempo parziale.

Il personale già in servizio dovrà in qualche auto valutare questa peculiare attitudine professionale prima di optare per l'attivazione consensuale della modalità di collaborazione ibrida, pur potendo contare sulla reversibilità di un percorso che nasce a termine ed in via sperimentale. Per il personale da assumere sarà invece interessante assistere ad un inedito processo di selezione di una persona per due lavori tra loro molto diversi, anche dal punto di vista dell'attitudine personale e professionale ad essi sottesa.

4. La questione della coesistenza di due rapporti di lavoro tra le medesime parti.

La collaborazione professionale in modalità *Minotauro* postula, come detto, la parallela e simultanea coesistenza, tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, di un contratto di lavoro subordinato e di un contratto di lavoro autonomo.

È bene dire da subito che tale situazione, per quanto non regolamentata dalla legge, certamente non è vietata. Anzi, è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza e, a ben vedere, tutt'altro che inusuale.

È noto, anzitutto, che non di rado i componenti di consigli di amministrazione sono contestualmente legati al medesimo datore di lavoro da un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, che costituisce il titolo in virtù del quale è svolta l'attività di consigliere di amministrazione, e da un contratto di lavoro subordinato a contenuto dirigenziale[881]. Ond'è che, in questi casi, coesistono pacificamente, anche ad avviso della dottrina, due distinti rapporti di lavoro tra le medesime parti[882].

---

881 Cass. n. 329 del 2002 secondo la quale "*la compatibilità giuridica, astratta tra le funzioni del lavoratore dipendente, anche dirigenziali, e quelle di amministratore di una società"* e in particolare *"la sussistenza di un simile rapporto"* di lavoro subordinato *"deve essere verificata in concreto, essendo indispensabile, da una parte, accertare l'oggettivo svolgimento di attività estranee alle funzioni inerenti al rapporto organico; dall'altra, la ricorrenza della subordinazione, sia pure nelle forme peculiari compatibili con la prestazione lavorativa dirigenziale"*; Cass. n. 1793 del 1996 a mente della quale "*la giurisprudenza della Corte ha definitivamente chiarito (Cass., sez. un., 14 dicembre 1994 n. 10680) che né il contratto di società, né l'esistenza del rapporto organico che lega l'amministratore alla società, valgono ad escludere la configurabilità di un rapporto obbligatorio tra amministratori e società, avente ad oggetto, da un lato la prestazione di lavoro e, dall'altro lato, la corresponsione di un compenso sinallagmaticamente collegato alla prestazione stessa. […] Il rapporto obbligatorio in questione può essere anche quello di lavoro subordinato, considerato che nel lavoro del normale dirigente, per la sua posizione di alter ego dell'imprenditore, tenuto all'attuazione di direttive di carattere generale, è parzialmente ravvisabile la natura imprenditoriale dell'attività. Stabilita la compatibilità giuridica tra le funzioni del lavoratore dipendente e quelle di amministratore di una società, la sussistenza di un simile rapporto deve essere verificata in concreto, essendo indispensabile, da una parte, accertare l'oggettivo svolgimento di attività estranee alle funzioni inerenti al rapporto organico; dall'altra, la ricorrenza della subordinazione, sia pure nelle forme peculiari compatibili con la prestazione lavorativa dirigenziale"*; In questa prospettiva anche Cass. SU. n. 10680 del 1994; n. 706 del 1993; n. 5944 del 1991; n. 4781 del 1989.

882 In linea con il prevalente orientamento della giurisprudenza, concordano nel ritenere legittima la coesistenza tra il rapporto dirigenziale e quello di amministrazione, purché sussistano i due requisiti fondamentali richiamati nella nota che precede (la subordinazione e la possibilità di distinguere due autonomi ambiti di svolgimento rispettivamente della carica di amministratore e del rapporto di lavoro), G. DI GIORGIO, *Amministrazione e lavoro subordinato nelle società di capitali*, in *Arg. Dir. Lav,* 2003, 831 e ss; P. DUI, *Il*

Analogo ragionamento, pur cambiando i termini della questione, si può fare anche all'esito di quanto recentemente affermato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite in merito alla natura del rapporto di immedesimazione organica (e non di lavoro) intercorrente tra l'amministratore e la società. Ciò in quanto anche così qualificando il rapporto di amministrazione è espressamente prevista dalle sezioni unite la legittima coesistenza, tra la società ed il suo amministratore/dirigente, del rapporto organico e di un distinto e parallelo contratto di lavoro[883].

Ma la parallela esecuzione di un rapporto di lavoro subordinato e di un rapporto di lavoro autonomo, ovviamente tra le medesime parti, può vantare diversi riscontri giurisprudenziali anche al di fuori dei rapporti di amministrazione[884].

Il punto, a ben vedere, è che non sussiste alcuna preclusione alla coesistenza tra le stesse parti di un rapporto di lavoro subordinato e di un rapporto di lavoro autonomo alla sola condizione che tra i contratti di lavoro stipulati dai medesimi soggetti esista un'apprezzabile differenza di oggetto che consenta di distinguere le obbligazioni assunte dalle parti con ciascun regolamento contrattuale e, dunque, soprattutto nel caso di rapporti di diversa natura, anche di giustificare il fatto che a ciascun tipo di prestazione corrisponda una propria disciplina ed un peculiare statuto protettivo della persona (sia nel rapporto di lavoro che nel sistema previdenziale)[885].

Ed in questa prospettiva, proprio al fine di evitare l'efficacia attrattiva della disciplina del lavoro subordinato, la giurisprudenza specifica anche ulteriori parametri per la verifica dell'autonomia

---

lavoro dirigenziale: questioni controverse, Torino, 2010; F. TESTA, *Il lavoro del dirigente amministratore: dal cumulo alla commistione delle due attività*, in *Dir. Lav.*, 1999, 212.

883 Cass. Sez. Un. n. 1545 del 2017, che sulla natura del rapporto che lega l'amministratore alla società cambiano il precedente indirizzo segnato da Cass. Sez. Un. n. 10680 del 1994 risolvendo il tutto in un rapporto di tipo societario, e non in un contratto di lavoro. Sul tema della qualificazione del rapporto dell'amministratore di società si era, come detto, pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 10680 del 1994 la quale prese netta posizione a favore della qualificazione del rapporto di amministrazione in termini di rapporto di lavoro parasubordinato, ai sensi dell'art. 409 c.p.c., n. 3. A seguito di tale pronuncia, tuttavia, sono intervenute numerosissime sentenze che hanno, per finalità varie, ribadito la natura parasubordinata del rapporto in questione, e altre che, invece, sono tornate ad affermare la tesi del rapporto di lavoro autonomo. La recentissima pronuncia delle Sezioni Unite, n. 1545 del 2017 ha invece stabilito che l'amministratore unico o il consigliere d'amministrazione di una società per azioni sono legati da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica che si verifica tra persona fisica ed ente e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso in quelli previsti dall'art. 409 c.p.c., n. 3 e, anzi, non può essere qualificato come un rapporto di lavoro. 2017. In dottrina il rapporto dell'amministratore è stato qualificato come un rapporto interno di mandato (F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1945, 103), o, diversamente, qualificando l'amministratore come un rappresentante volontario della persona giuridica (G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azion*i, Milano, 1956) o, ancora, ritenendo sussistente un rapporto interno di servizio (P. PETINO, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1968). Ad ogni modo per le Sezioni Unite del 2017 ora citate, per quanto qui più interessa, anche il rapporto organico dell'amministratore è compatibile con un distinto rapporto di lavoro, sia esso autonomo o subordinato, purché lo stesso abbia ad oggetto lo svolgimento di attività estranee alle funzioni del rapporto organico.

884Cass. n. 16661 del 2005 per la quale "*la giurisprudenza non esclude che, qualora il lavoratore espleti in favore del medesimo datore di lavoro una pluralità di mansioni eterogenee in orari diversi, nella ricorrenza di particolari circostanze, ciascuna mansione possa essere ricondotta all'esecuzione di un distinto e autonomo contratto. […] La sentenza va cassata per aver affermato con errore di diritto, l'impossibilità di coesistenza tra le stesse parti di due rapporti di lavoro, l'uno subordinato e l'altro autonomo, con conseguente vizio di attività, consistito nell'omissione delle indagini necessaire per la qualificazione dei rapporti controversi*" richiamata da Cass n. 11529 del 2013; n. 431 del 2000 per la quale "*è stata anche riconosciuta la possibilità di coesistenza di un rapporto di lavoro subordinato e di un rapporto di lavoro autonomo prestato in diverse condizioni contrattuali, in particolare se sono ben distinte le prestazioni e i compensi relativi ai due diversi rapporti contrattuali (Cass., 17 gennaio 1996, n. 354; 3 febbraio 1971, n. 5710)*" ; n. 354 del 1996; n. 1053 del 1995; n. 526 del 1984 ("*non vi è alcuna incompatibilità né teorica né pratica alla coesistenza fra le stesse parti di un duplice rapporto, uno di lavoro subordinato e l'altro di lavoro autonomo*"); n. 5710 del 1971.

885 Sul tema Cass. nn. 18286 del 2012; n. 16661 del 2005 e n. 329 del 2002.

ed indipendenza dei due rapporti di lavoro parallelamente in esecuzione. Richiedendo, ad esempio, che la distinzione tra i due rapporti sia apprezzabile, oltre che per l'oggetto, anche per ciò che riguarda i tempi di esecuzione[886]. Talvolta in giurisprudenza si legge anche che il rapporto di lavoro subordinato non può costituire il "*presupposto necessario*", da un punto di vista tecnico funzionale, per lo svolgimento di ulteriori prestazioni dedotte in distinti rapporti contrattuali[887].

5. Il senso della codificazione, da parte dell'autonomia collettiva, dei criteri distintivi e delle modalità di convivenza dei due rapporti.

Muovendosi nel solco dei criteri giurisprudenziali sopra esposti (in applicazione dei quali la duplicazione dei rapporti di lavoro destinati a svolgersi parallelamente tra le stesse parti ben potrebbe risultare pienamente legittima anche in assenza di una preventiva intesa collettiva), lo scopo del Protocollo che qui si commenta è certamente quello di indirizzare l'impatto economico – organizzativo di questo innovativo strumento di collaborazione professionale, in primo luogo definendo i suoi bacini di riferimento, ma, forse ancora prima, è anche quello tecnico giuridico di stabilizzare le modalità di coesistenza di prestazioni di lavoro autonomo e subordinato mediante la codificazione negoziale, a monte, dei loro rispettivi perimetri.

In tal senso appare molto significativa la previsione per la quale al rapporto di lavoro base, che è quello di lavoro subordinato part time, si affianca un "*contestuale e distinto contratto di lavoro autonomo"* e che i due rapporti*, "nel rispetto di quanto definito dalle presenti intese*", "*rimangono indipendente l'uno dall'altro e reciprocamente assoggettati alla specifica disciplina legale e contrattuale loro applicabile*".

Come a dire che è proprio l'autonomia collettiva, in ciò mostrando rilevante capacità di innovazione, che ha assunto il compito di guidare per mano l'evoluzione del diritto vivente dando concretezza, nella specificità del contesto bancario, ai criteri giurisprudenziali di demarcazione di un rapporto di lavoro autonomo da un parallelo contratto di lavoro subordinato.

Ne deriva, prima di entrare nel merito delle concrete modalità di coesistenza di questi due distinti contratti, un'importante notazione di metodo.

Anche esercitando le prerogative che la legge demanda all'autonomia collettiva (art. 8 del d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011) il Protocollo, che interviene "*nell'ambito del quadro normativo rimesso dalla legge e dal CCNL al livello aziendale o di Gruppo*", sembra aver inteso regolamentare le modalità di organizzazione del rapporto di lavoro autonomo (o, se si preferisce, di assunzione e disciplina del consulente finanziario), per la specifica ipotesi di coesistenza di quel rapporto con altro rapporto di lavoro subordinato, operando nell'ambito delle materie che la stessa legge qualifica come derogabili dalla contrattazione di secondo livello (art. 8, comma 2, d.l. n. 138 del 2011[888]).

Con ciò definendo in via negoziale, ed esclusiva anche rispetto alla legge, il criterio di demarcazione dell'uno dall'altro e, per l'effetto, la relativa disciplina applicabile a ciascun contratto, al fine

---

[886] Cass. n. 18286 del 2012.

[887] Cass. n. 16661 del 2005.

[888] Sulla natura tassativa delle fonti derogabili individuate da questa disposizione, Corte Cost. n. 221 del 2012. Da questo punto di vista è utile ricordare che la derogabilità è riferita alle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione, anche con riferimento alle modalità di assunzione e disciplina delle collaborazioni autonome.

"*di favorire lo sviluppo economico e l'occupazione ed assicurare l'adattabilità delle normative vigenti alle esigenze di specifici contesti produttivi*".

Dunque, l'intervento dell'autonomia collettiva (e la precisazione è tutt'altro che secondaria) non dispone del tipo "contratto di lavoro subordinato" e, cioè, non mira ad escludere l'applicazione dello statuto protettivo del lavoro subordinato ad un lavoro che è concretamente svolto con vincolo di subordinazione[889].

Al contrario, e proprio da questo punto di vista si coglie l'importanza tecnica del Protocollo e la sua innovatività, postulando la natura genuinamente autonoma del contratto di consulente finanziario (vedi *infra* al n. 6), le parti firmatarie hanno inteso dettare i presupposti necessari, e al tempo stesso sufficienti, a garantire la distinzione tra il rapporto di lavoro autonomo che da quel contratto deriva e il rapporto di lavoro subordinato. Ed infatti, per la volontà delle parti firmatarie quei due rapporti sono destinati, per l'appunto, a "*restare autonomi l'uno rispetto all'altro… nel rispetto dei termini … convenuti*".

In altri termini il Protocollo, oltre le possibili incertezze giurisprudenziali, definisce i requisiti astratti di uno schema contrattuale complesso, caratterizzato dal il collegamento di due contratti di lavoro paralleli, cui anche i Giudici dovranno necessariamente fare riferimento per la qualificazione delle fattispecie concrete che si potranno presentare. Individuando, in altri termini, i criteri operativi "*idonei a definire la ripartizione e autonomia dei due rapporti di lavoro, anche ove parallelamente eseguiti*" a condizione, però, va detto, che il rapporto di consulente finanziario si svolga, in concreto, come un genuino contratto di lavoro autonomo coordinato (vedi *infra* al n. 6).

5.1. Lavoro ibrido e rappresentatività sindacale.

L'intervento dell'autonomia collettiva ora descritto produce anche un'ulteriore e non trascurabile conseguenza, apprezzabile nel mondo della rappresentanza sindacale.

Ed infatti la circostanza che l'accordo sindacale abbia inteso esercitare la delicata responsabilità di definire le modalità di convivenza dei due distinti rapporti, onde precisare le condizioni della loro reciproca autonomia, legittima, soprattutto da un punto di vista sostanziale, la previsione che rende le organizzazioni sindacali firmatarie dell'intesa (che sono quelle normalmente rappresentative del lavoro subordinato) "*il riferimento per la rappresentanza anche per le esigenze connesse al rapporto di lavoro autonomo*".

Con ciò avviandosi un percorso che pare virtuoso sia dal punto di vista delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, che iniziano più concretamente ad orientare la loro attività nei confronti del crescente bacino del lavoro autonomo (e più in generale dei nuovi lavori, sino ad oggi scarsamente rappresentato anche per l'assenza della percezione di una concreta utilità dell'affiliazione sindacale), che, in qualche modo, anche dei datori di lavoro (e delle relative associazioni). I quali, pur dovendo accettare l'idea di confrontarsi con le rappresentanze dei lavoratori anche sul campo

---

[889] Sui profili di illegittimità della contrattazione di prossimità che intenda disporre del tipo contrattuale, anche tenuto conto dei riflessi che ciò avrebbe sul regime previdenziale, A. PERULLI, *la contrattazione collettiva di prossimità: teoria comparazione e prassi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, n. 4; A. PERULLI – V. SPEZIALE, *L'art.8 della legge 14 settembre 2011 e la rivoluzione di agosto del diritto del lavoro*, in WP-CSDL "Massimo D'Antona", 132/2011, 25; R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. sull'art. 8 della manovra bis,* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, n. 4; A. TAGLIENTE, *Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti e opponibilità. Problematiche contributive*, in Bollettino ADAPT, 2014.

del lavoro autonomo, superando tradizionali resistenze, lo riescono a fare potendo dare risposte alle esigenze dell'organizzazione del lavoro complessivamente intesa e, cosa non trascurabile, potendo contare sulla chiara identificabilità degli interlocutori sindacali.

In questa prospettiva, del resto, non sfugge il fatto che per lo stesso Protocollo i lavoratori con rapporto a tempo parziale attivato nell'ambito della collaborazione professionale ibrida sono "*conteggiati come unità intera*" ai fini della regolamentazione collettiva vigente in materia di agibilità sindacali.

6. La natura autonoma della prestazione del consulente finanziario.

Come naturale, la regolamentazione dell'accordo non riguarda il contratto di lavoro subordinato del gestore, che continuerà a svolgere le consuete mansioni di filiale se pur con un rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale[890].

È sul contestuale rapporto di consulente finanziario, la cui introduzione nell'ambito del modello *Minotauro* risponde all'esigenza di "*svolgere un servizio più orientato alle diversificate esigenze della clientela, e per un miglior utilizzo di tutti i canali messi a disposizione dall'azienda anche mediante un ampliamento dell'offerta fuori sede finalizzato al raggiungimento degli obiettivi di piano*", che si concentra la regolamentazione collettiva in questione più con la finalità di definirne i presupposti di coesistenza con il lavoro subordinato che con l'obiettivo di declinare le modalità autonome di svolgimento della prestazione.

Ed infatti, per quanto riguarda la natura autonoma della prestazione del consulente, il Protocollo si limita ad affermare che il consulente finanziario può indistintamente operare in virtù di un contratto di mandato (1703 cod. civ.) o di agenzia (1742 cod. civ.), pur dovendo, in ogni caso, essere abilitato all'offerta fuori sede di prodotti finanziari ai sensi della legislazione vigente[891] e, quindi,

---

[890] Nell'intesa emergono alcuni profili di specialità della disciplina, più che altro orientati alla incentivazione dello strumento, ma non si tratta di modifiche che attengono al contenuto dell'obbligazione o alle modalità di svolgimento della prestazione. Nella sua componente di lavoro dipendente, dunque, il lavoratore bancario ibrido è, e resta, un lavoratore subordinato tradizionale, con i diritti e gli obblighi che da ciò derivano.

[891] Ai sensi del comma 39 dell'art. 1 della legge 208/2015, i promotori finanziari di cui all'articolo 31 del decreto legislativo n. 58 del 1998 assumono la denominazione di «*consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede*». Il successivo comma 41 prevede poi che i soggetti che risultano iscritti nell'albo unico dei promotori finanziari tenuto dall'organismo di cui all'articolo 31, comma 4, del decreto legislativo n. 58 del 1998 sono iscritti, di diritto, nell'albo unico dei "consulenti finanziari". La figura del "*consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede*" introdotta nell'ordinamento dall'art. 5 della Legge 2 gennaio 1991, n. 1, è attualmente definita dall'art. 31, comma 2 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) e successive modifiche, secondo il quale "*è consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede la persona fisica che, in qualità di agente collegato ai sensi della direttiva 2004/39/CE, esercita professionalmente l'offerta fuori sede come dipendente, agente o mandatario. L'attività di consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede è svolta esclusivamente nell'interesse di un solo soggetto*". Solo i consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede, in possesso dei requisiti di onorabilità prescritti dal D.M. 11 novembre 1998, n. 472 e dei requisiti di professionalità verificati dall'OCF "*sulla base di rigorosi criteri valutativi che tengono conto della pregressa esperienza professionale, validamente documentata ovvero sulla base di prove valutative*", possono esercitare professionalmente l'attività, previa iscrizione all'albo unico nazionale tenuto dallo stesso Organismo di vigilanza e tenuta dell'albo unico dei consulenti finanziari. Il consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede è obbligato altresì al rispetto dei principi contenuti nel Testo Unico della Finanza (Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n.58) e specificati dalle prescrizioni regolamentari della Consob (Regolamento Intermediari Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007).

iscritto nell'apposito albo[892].

Da questo punto di vista l'approccio dell'accordo si spiega bene, oltre che per i citati limiti alla disponibilità del tipo (vedi sopra al n. 5), per il fatto che proprio la sua necessaria iscrizione all'albo rende impossibile qualificare la prestazione del consulente finanziario alla stregua di una collaborazione autonoma etero organizzata nei luoghi e nei tempi dal committente (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015), con ciò che ne deriverebbe in termini di applicazione della disciplina del lavoro subordinato[893].

Il che, ovviamente, pur ridimensionamento notevolmente le possibili aree di incertezza, non esclude che l'attività del consulente finanziario, per quanto dedotta in un contratto di collaborazione autonoma, possa comunque essere giudizialmente qualificata come subordinata ove l'attività professionale venga in concreto svolta, per l'appunto, con vincolo di subordinazione (e non solo con vincolo di etero organizzazione di tempi e luoghi di lavoro).

Ma per poter riqualificare il rapporto di lavoro autonomo del consulente finanziario in termini di lavoro subordinato il giudice dovrà accertare che il fisiologico potere di istruzione che la legge affida al committente di lavoro autonomo coordinato, la cui esistenza è stata recentemente ribadita anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte[894], sia stato esercitato con un'intensificazione tale da imporre al consulente un'attività diversa da quella dedotta nel contratto. Ovvero, per altro verso, al punto di vincolare nel dettaglio l'operatività del professionista in modo da non renderlo più responsabile, proprio per effetto dell'eccessivo dettaglio delle direttive ricevute e della loro attinenza al contenuto intrinseco della prestazione[895], del risultato dell'attività che gli è stata commissionata[896].

---

[892] La legge dispone che il consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, necessariamente iscritto nell'albo unico dei consulenti finanziari (art. 31, comma 4, d.lgs. n. 58 del 1998), opera, se pur esclusivamente nell'interesse di un solo soggetto, come dipendente, agente o mandatario (art. 31, comma 2, d.lgs. n. 58 del 1998).

[893] Ciò in quanto la fattispecie non potrebbe in ogni caso ricadere nel campo di applicazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015, in virtù della esplicita deroga posta dall'art. 2, comma 2, lettera b) del medesimo d.lgs. n. 81 del 2015. Sulle collaborazioni organizzate, all'esito della entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015, si rinvia a M. MARAZZA, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*", in *Arg. Dir. Lav.*, n. 6, 2016; M. MARAZZA, *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate,* in *Giustizia Civile* n. 1/2016; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP-CSDL "Massimo D'Antona", 266/2015; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in WP-CSDL "Massimo D'Antona", 294/2016; E. GHERA, *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, supplemento annuale a *MGL*, 2016; A. PERULLI, P*restazioni organizzate dal committente e collaborazioni coordinate e continuative. Il nuovo quadro normativo*, in A. PERULLI – L. FIORILLO (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2015; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. It. Dir. Lav*, 2016, 53 e ss.

[894] Cass. sez. un. n. 1545 del 2017, nella parte in cui si legge che per "*coordinamento deve intendersi l'etero direzione dell'attività stessa*".

[895] Da ricordare Corte Cost. n. 76 del 2015 nella parte in cui, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 della legge n. 740 del 1970, afferma che quella disposizione non si pone in contrasto con il principio della indisponibilità del tipo pur prevedendo che il rapporto di lavoro autonomo degli infermieri non di ruolo degli istituti di prevenzione e pena si svolge presso gli istituti, è articolato in turni e anche caratterizzato dall'assoggettamento a direttive (se pur non dettagliate) di natura tecnica e amministrativa. Ciò in quanto, per usare le parole di Corte Cost. 76/2015, il potere direttivo che qualifica il lavoro subordinato si sostanzierebbe "*nella emanazione di ordine specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e controllo costanti, in un'ingerenza idonea a svilire l'autonomia del lavoratore*".

[896] Secondo il ragionamento più analiticamente esposto in M. MARAZZA, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*", op. cit. Ma sul punto, di estrema complessità, si rinvia anche alle letture di M. PERSIANI, *Ancora note sulla disciplina di alcune collaborazioni autonome*, in *Arg. Dir. Lav*., n. 2, 2016; L. NOGLER, *La*

I vincoli ora esposti derivano dalla struttura delle prestazioni d'opera ora in esame. Sia l'agente che il mandatario svolgono un'attività rivolta a un risultato (l'opera o il servizio, ai sensi dell'ar.t 2222 c.c.), a differenza del lavoro subordinato che ha ad oggetto una prestazione di energie lavorative con assoggettamento al potere direttivo altrui[897]. Ma al contrario di quanto accade nelle prestazioni d'opera non coordinate (art. 2222 c.c.), con riferimento alle quali il creditore può solo pretendere che il risultato venga realizzato in modo conforme a quanto convenuto (art. 2224 c.c.), l'agente e il mandatario sono adempienti solo se perseguono il risultato convenuto nel rispetto delle istruzioni ricevute (artt. 1711 e 1746 c.c.).

Ne deriva che risulta pienamente compatibile con lo schema contrattuale del lavoro autonomo coordinato il fatto che il committente specifichi nel corso del rapporto le modalità di esecuzione della prestazione[898].

Mentre risulterebbe incompatibile con la natura della prestazione d'opera sia il pretendere risultati diversi da quello concordato, emergendo in questo modo quella continua adattabilità della prestazione alle mutevoli esigenze dell'organizzazione propria della *ius variandi* attribuito al datore di lavoro subordinato dall'art. 2103 c.c., che esercitare un potere che si concretizzi in "*una assidua attività di direzione e di controllo esercitata sul lavoratore, consistente in una serie di prescrizioni e di verifiche idonee a sottrargli qualsiasi effettiva autonomia*", prendendo sostanza in direttive dettagliate che riguardano – ad esempio - anche le "*modalità da rispettare nelle vendite*"[899]. In tal caso, infatti, l'intensificazione del potere di istruzione non renderebbe possibile il perseguimento del risultato dedotto nel contratto (al raggiungimento del quale maturano le provvigioni) con quel livello di autonomia imposto dal fatto che il consulente finanziario è realmente autonomo solo se assume su di sé il rischio del mancato raggiungimento del risultato.

Di tutto ciò mostrano adeguata consapevolezza le parti firmatarie del Protocollo ove convengono sul fatto che il consulente finanziario si coordinerà con il committente, "*fermi restando i profili di autonomi e libertà di iniziativa propri del contratto di mandato o agenzia*".

7. I criteri di ripartizione dei due distinti rapporti nel Protocollo.

Chiarito lo spazio di autonomia che deve inderogabilmente assistere la prestazione di lavoro del consulente finanziario, assai interessanti sono i criteri, convenzionalmente posti dal Protocollo, di demarcazione di questo rapporto da quello, parallelo, di lavoro subordinato svolto in filiale.

Assumendo infatti che l'attività bancaria affidata al dipendente ed al consulente finanziario possa anche presentare dei tratti di sovrapponibilità, perché almeno in parte i servizi ed i prodotti

---

subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico», in WP-CSDL "Massimo D'Antona", 267/2015; P. TOSI, *L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?,* in *Arg. Dir. Lav*, 2015, n. 6; G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.,* in WP-CSDL "Massimo D'Antona", 278/2015.

[897] Cass. n. 224 del 2001; n. 1945 del 1963; Cass. n. 2405 del 1972; Cass. n. 477 del 1999. Non è secondario evidenziare come il principio risulti fortemente assonante con quello della alienità del risultato esplicitato da Corte Cost. n. 30 del 1996.

[898] Imponendo, ad esempio, l'obbligo di un rapporto giornaliero, il vincolo di osservare un itinerario predeterminato o di contattare un certo numero di clienti, l'obbligo di istruire altri collaboratori, Cass. n. 11264 del 2001; n. 5364 del 1986. In altri termini, "*il carattere autonomo della prestazione lavorativa non è incompatibile con la soggezione della stessa a determinati controlli o direttive da parte del committente. Come è agevole desumere dalla stessa lettura dell'art. 1746 c.c., lo svolgimento di una attività autonoma, quale quella di agente, è caratterizzata da una relazione di collaborazione che non esclude la possibilità di istruzioni e di controlli amministrativi e tecnici più o meno penetranti in relazione alla natura dell'attività ed all'interesse del preponente*", Cass. n. 11264 del 2001.

[899] Cass. n. 16603 del 2009.

trattati in filiale (da dipendente) o fuori sede (da autonomo) risulteranno quanto meno assimilabili, il Protocollo rimarca l'autonomia dei rapporti, in primo luogo, da un punto di vista dell'organizzazione (in senso materiale e giuridico) del lavoro.

Ogni rapporto, coerentemente con il diverso contenuto delle prerogative tipiche del datore di lavoro subordinato e del committente di lavoro autonomo, ha una propria distinta linea gerarchica (ovvero, per quanto riguarda il consulente, di coordinamento).

Se per l'attività di filiale il dipendente risponde come da tradizione al direttore della filiale dove opera per l'attività di consulente, infatti, la stessa persona è coordinata da una diversa struttura aziendale. In altri termini, pur in presenza di un unico soggetto giuridico creditore di entrambe le prestazioni, risultano ben distinte le strutture interne alla società cui sono, in concreto, delegati i rispettivi (e ben diversi) poteri creditori (rispettivamente, del lavoro subordinato e del lavoro autonomo. Il potere direttivo e disciplinare da un lato e il potere di coordinamento dall'altro).

Al direttore di filiale spetta l'esercizio del potere direttivo (artt. 2094, 2104 cod. civ.) per le tradizionali mansioni svolte da dipendente con vincolo di subordinazione, solo all'interno degli uffici e per il tempo dell'orario di lavoro ridotto concordato. Ne deriva l'inserimento organizzativo del lavoratore, in senso giuridico, qualificante della fattispecie del lavoro subordinato (art. 2094 c.c.).

Al direttore d'area, ma solo in una fascia oraria che non può coincidere con l'orario di lavoro subordinato, è invece affidato in via esclusiva il coordinamento delle prestazioni professionali (di consulente finanziario) autonome rese "*fuori sede*" (il consulente finanziario "*esegue l'incarico fuori sede esclusivamente in forza del contratto di mandato o di agenzia […]*") e "*con riferimento al portafoglio clienti"* specificatamente *"assegnato*" al consulente.

Coerentemente, anche gli strumenti di lavoro sono distinti. Giacché per le due diverse attività vengono utilizzate differenti profilature informatiche rese disponibili al lavoratore dipendente e al consulente finanziario, con esplicita preclusione di accesso a queste ultime durante la prestazione di lavoro dipendente.

Pare dunque corretto affermare che l'accordo valorizza correttamente i criteri distintivi sino ad oggi tratteggiati dalla giurisprudenza nella parte in cui i due rapporti, già ben distinti nella loro rispettiva estensione temporale, hanno ad oggetto prestazioni diverse.

E ciò sia perché l'una non è il presupposto funzionale dell'altra, ben potendo (da un punto di vista teorico) ciascuno dei due rapporti autonomamente persistere alla eventuale cessazione dell'altro, sia perché ben distinte restano le rispettive modalità esecutive (vedi sopra al n. 4).

È una distinzione che anzitutto si può cogliere concentrando l'attenzione sulle intrinseche specificità professionali richieste per ciascun tipo di prestazione perché, anche intuitivamente, un conto è gestire la clientela in filiale ed altra cosa è operare fuori sede su un determinato portafoglio clienti.

Ma, anche prescindere da ciò, è la modalità autonoma di esecuzione della prestazione del consulente finanziario che rende la relativa obbligazione, in quanto orientata ad un risultato e nei termini sopra esposti sottratta al potere direttivo datoriale, non sovrapponibile a quella che anima il parallelo rapporto di lavoro subordinato.

È a tutti noto, del resto, che qualsiasi attività umana economicamente apprezzabile può essere svolta tanto con vincolo di subordinazione che in autonomia, ed essere quindi dedotta sia in un

contratto di lavoro subordinato che in un contratto di lavoro autonomo. Ed e così perché è il modo in cui l'attività è dedotta nel contratto che qualifica l'oggetto dell'obbligazione, più che il contenuto materiale riconducibile al tipo di compiti che devono essere svolti dal lavoratore subordinato o dal lavoratore autonomo[900].

[900] Tra le molte, Cass. n. 16661 del 2005 "*ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato, sia di rapporto di lavoro autonomo, a seconda o della volontà espressa dalle parti o delle modalità del suo svolgimento*"; Cass. n. 4036 del 2000 "*ogni attività umana, economicamente rilevante, può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità del suo svolgimento, e l'elemento tipico che contraddistingue il primo tipo di rapporto è integrato dalla subordinazione, intesa quale disponibilità del prestatore nei confronti del datore di lavoro, con assoggettamento alle direttive da questo impartite circa le modalità di esecuzione dell'attività lavorativa, mentre altri elementi - come l'osservanza di un orario, l'assenza di rischio economico, la forma di retribuzione e la stessa collaborazione - possono avere valore indicativo ma mai determinante*". In tal senso anche Cass. n. 1502 del 1992; n. 14248 del 1999; 6701 del 1983. Si veda M. PERSIANI, *Autonomia, suboridnazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa,* in *Dir. Lav*., 1998, I, 203 e ss; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo,* in *Trattato di diritto civile e commerciale,* XXVII, t. 1, Milano, 1996, 176 e ss.

Struttura ed evoluzione del sistema previdenziale italiano: note di ricerca*

Stefano Giubboni

1. Premessa. 296

2. Un abbozzo impressionistico di cinquant'anni di evoluzione del sistema previdenziale italiano (pensioni e ammortizzatori sociali). 297

3. Alle origini della doppia distorsione del sistema previdenziale italiano: gli anni sessanta. 299

4. Il consolidamento della doppia distorsione: dagli anni settanta agli anni ottanta. 300

5. L'avvio della lunga stagione delle riforme: gli anni novanta. 302

6. L'ultimo quindicennio e l'onda lunga della «grande recessione». 303

7. Annotazioni conclusive. 305

Riferimenti bibliografici 307

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 329/2017

1. Premessa.

La vicenda dello Stato sociale in Italia – un caso di per sé emblematico di morfologia ibrida, irriducibile a qualunque modello idealtipico – è significativa della complessità dei processi di crisi e trasformazione che hanno investito tutti i sistemi di *welfare state* dei paesi avanzati a partire dalla seconda metà degli anni settanta del Novecento. Largamente modellato, sino alla fine degli anni cinquanta, sull'impianto definito durante il fascismo, il sistema previdenziale italiano avvia una fase di rapida quanto convulsa espansione nel decennio successivo, sotto la spinta delle grandi trasformazioni economiche, sociali, culturali e politiche che rimodellano il volto del paese nel corso degli anni sessanta. Quello che Amato e Graziosi (2013, 106) hanno definito «il lunghissimo 1968 italiano» segna senza alcun dubbio un punto di svolta anche nella evoluzione del *welfare state* «all'italiana» (Ascoli, 1984; Id., 2011; Ferrera, 1984).

Le riforme pensionistiche votate dal Parlamento nel biennio 1968-1969[901], unitamente alla istituzione della Cassa integrazione guadagni straordinaria e della tutela speciale per la disoccupazione nell'industria[902], segnano in effetti – nella prospettiva di analisi che cercherò di illustrare in questa relazione – un punto di svolta nella traiettoria del sistema previdenziale del paese. È da quella scelta che prende avvio il progressivo consolidamento dei connotati che potremmo definire identitari del peculiare modello italiano di «democrazia distributiva» (Di Nucci, 2016), con un sistema previdenziale costruito sulla centralità assoluta delle tutele pensionistiche e una vasta – ma frammentata e assai diseguale – periferia di prestazioni articolate su base categoriale e corporativa, volta ad assicurare una qualche copertura ai rischi «minori», dalla disoccupazione al carico di famiglia.

Neppure nella fase espansiva della solidarietà distributiva e della crescita delle assicurazioni sociali – «la forma fondamentale della politica sociale nell'epoca postbellica», anche in Italia (Hemerijck, 2012, 37) – riesce dunque ad attecchire nel nostro paese quella prospettiva di universalizzazione dei diritti sociali di prestazione, che pure era stata prefigurata da taluni progetti di riforma elaborati negli anni del primo centrosinistra ed era stata accreditata, all'inizio di quel decennio, dalla più influente ricostruzione del sistema costituzionale della previdenza sociale (Persiani, 1960; Id., 1979). Anzi, sono proprio le spinte espansive di quegli anni ad incanalare il sistema italiano verso quella traiettoria di forte categorializzazione delle politiche sociali che è ancora oggi alla base delle distorsioni funzionali e distributive del nostro *welfare state*. Al di fuori dei settori della scuola e della sanità, l'espansione dello Stato sociale italiano è risultata, a partire da allora, il prodotto incrementale e disorganico di logiche che – anche negli anni settanta e ottanta – sono rimaste prevalentemente particolaristiche e categoriali. E se – dopo la seconda svolta politica, consumatasi all'inizio degli anni novanta – un qualche elemento universalistico si è più di recente incardinato anche nel terreno della tutela pensionistica e in quello della protezione contro la disoccupazione, si è trattato, al più, di un «universalismo per sommatoria», come lo ha efficacemente definito Bruno Veneziani (1996, 117).

Il secondo momento di svolta coincide con la crisi del 1992-1993 e il turbolento ingresso in quella che da allora ci siamo abituati a chiamare – non senza fraintendimenti – seconda Repubblica. Il mutamento di percezione e consapevolezza delle classi dirigenti nazionali circa l'esigenza di

---

[901] Il riferimento è soprattutto alla legge n. 238 del 1968 e alla legge n. 153 del 1969, con il relativo corredo di misure attuative.

[902] Legge n. 1115 del 1968.

riformare in profondità un sistema di *welfare* da tempo trasversalmente percepito come squilibrato e inefficiente entra nell'agenda politica dei governi (a ben guardare con differenze non sostanziali tra esecutivi di centrodestra, di centrosinistra e «tecnici») soltanto quando il paese è costretto a misurarsi con il «vincolo esterno» derivante dalla stipula del Trattato di Maastricht (Ferrera e Gualmini, 1999).

Tuttavia, al di là dell'obiettivo della riduzione della spesa pubblica, e in particolare della stabilizzazione di quella pensionistica in rapporto al prodotto interno lordo (art. 1, comma 1, legge n. 335 del 1995), è difficile rintracciare nelle riforme avviate negli anni novanta una *ratio* univoca e coerente. Nel proporne una valutazione di sintesi, osservatori autorevoli hanno parlato di «politiche di *retrenchment* o di contenimento della spesa, senza alcuna forma sostanziale di "ricalibratura"» (Ascoli e Pavolini, 2012, 429), proprio per sottolineare che – salvo l'obiettivo della stabilizzazione della spesa previdenziale, perseguito con vigore incostante dalla legge n. 335 del 1995 sino al decreto «salva Italia» (legge n. 214 del 2011) puntando, da un lato, sugli effetti sistemici del passaggio dal metodo retributivo a quello contributivo di calcolo e, dall'altro, sul progressivo innalzamento dei requisiti di accesso alla pensione (Cinelli e Giubboni, 2014, 119 ss.) – è mancata, almeno sino ad oggi, una autentica revisione dell'impianto strutturale del nostro sistema di *welfare*, con una effettiva correzione dei suoi principali squilibri distributivi interni (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012; Saraceno, 2013).

Da questo punto di vista, non vi è stata vera coerenza né con le ricette neoliberiste, come dimostrano ad esempio le scelte compromissorie in tema di regolazione della previdenza complementare e dei fondi pensione, né con le prescrizioni di *policy* riconducibili al paradigma emergente del *welfare state* dell'«investimento sociale», propulsore della terza ondata di cambiamento dello Stato del benessere secondo la scansione analitica proposta da Anton Hemerijck (2013). Nell'impianto ibrido dello Stato sociale italiano si stratificano così livelli e itinerari di cambiamento diversi e talvolta dissonnanti, nei quali – accanto ad un generale indebolimento della vecchia *finalité* distributiva (con le sue molteplici distorsioni) – si fa fatica a tracciare linee nette e, soprattutto, a rintracciare una precisa coerenza con un qualsivoglia modello si assuma prefigurato dall'art. 38 della Costituzione.

2. Un abbozzo impressionistico di cinquant'anni di evoluzione del sistema previdenziale italiano (pensioni e ammortizzatori sociali).

A partire dalla seconda metà degli anni sessanta, il sistema delle assicurazioni sociali (la struttura identificativa della previdenza pubblica) ha ancor più marcatamente rappresentato, in continuità sotto tale profilo con la prima legislazione post-unitaria, la fondamentale nervatura istituzionale e prestazionale dello Stato sociale italiano. L'assistenza sociale del secondo comma dell'art. 38 Cost. – per ragioni essenzialmente politiche che hanno, però, tratto sostegno e legittimazione dalle letture effettivamente prevalenti dello stesso dettato costituzionale (Olivelli, 1988; Cinelli, 1987; Id., 1999; D'Onghia, 2013; Ales, 2015) – è, infatti, sempre rimasta sostanzialmente sottosviluppata e, soprattutto, sotto-finanziata (Saraceno, 2013). Le assicurazioni sociali – in quanto strumento per mezzo del quale la previdenza sociale ha tradizionalmente trovato concreta attuazione (Levi Sandri, 1983) – hanno in buona sostanza mantenuto quelle caratteristiche fondanti che ne avevano favorito l'introduzione già sul finire dell'Ottocento (Balandi, 1986).

Tali fondamentali elementi di continuità nella costruzione della previdenza sociale in Italia rappresentano un dato ineludibile per qualunque analisi in chiave diacronica del sistema. D'altra

parte, pur mantenendo l'originaria struttura assicurativa e uno schema previdenziale fortemente centrato sulla posizione del soggetto nel mercato del lavoro (e, di conseguenza, sul suo *status* assicurativo e contributivo), le innovazioni apportate nel corso del tempo hanno anche visto un progressivo allontanamento del sistema previdenziale dalla originaria logica di scambio, con una sua quantomeno parziale riconversione in un'ottica universalistica e solidaristica.

Ma anche questa spinta, che potremmo definire latamente modernizzatrice, non è stata sorretta, anche negli sviluppi più recenti, da un disegno organico, né tantomeno da una visione complessiva di lungo termine, essendo piuttosto stata orientata – in ragione di condizionamenti economici e politici – da opzioni mutevoli e contraddittorie, sempre più spesso ispirate dalla impellente necessità di far fronte alle emergenze – in realtà agli squilibri strutturali – della finanza pubblica nazionale. A partire dagli anni settanta dello scorso secolo, le condizioni socio-economiche che avevano favorito l'espansione del *welfare state* sono venute progressivamente meno: l'onda lunga della «crisi fiscale» degli Stati sociali maturi (O'Connor, 1979) ha progressivamente inciso sulla struttura delle prestazioni e dei servizi di *welfare*, e lo Stato sociale è divenuto, anche in Italia, il principale oggetto dei processi di ristrutturazione volti a anzitutto a risanare – ancorché con scarsi risultati – i bilanci pubblici. Ma ciò è per lo più avvenuto al di fuori di un disegno organico di sistema e di lungo periodo, per cui – come si è notato – il *retrenchment* finanziario si è realizzato, peraltro in ritardo rispetto ad altri paesi, senza una adeguata opera di ricalibratura complessiva del sistema, ovvero senza correggere (se non in parte, e quasi sempre con traiettorie temporali molto lunghe, come paradigmaticamente avvenuto nel caso della riforma pensionistica del 1995) le debolezze strutturali che ancora affliggono il sistema previdenziale italiano.

Dall'altro lato, fra gli anni ottanta e gli anni novanta il processo di trasformazione e ristrutturazione dello Stato sociale è proseguito anche attraverso il progressivo trasferimento di funzioni (e dei connessi *budget* finanziari) dai livelli centrali a quelli locali, fino ad arrivare alla delega di gestione e produzione di beni, prestazioni e servizi sociali ai privati, in quello che con formula riassuntiva viene chiamato *welfare mix* (Ascoli e Ranci, 2003). Si è assistito – per vero più nell'area dell'assistenza che in quella della previdenza sociale – ad una compressione delle responsabilità e del ruolo delle istituzioni pubbliche, con un coinvolgimento sempre maggiore del circuito privato nelle sue diverse articolazioni, in cui spicca il ruolo del terzo settore (Canavesi, 2015).

Gli sforzi di razionalizzazione e omogeneizzazione delle tutele compiuti dal legislatore a partire dalla metà degli anni novanta non hanno peraltro superato, se non in parte, la frammentazione ed il carattere categoriale che tradizionalmente impronta la struttura dello Stato sociale italiano, e ancor meno sono stati capaci di alleviare la disomogeneità nell'offerta dei servizi e delle prestazioni sociali nell'ambito del territorio nazionale. Le diagnosi su quella che è stata chiamata la «doppia distorsione» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012, 7-15) del modello italiano di *welfare state* restano così largamente valide, per cui anche oggi è agevole individuare, da un lato, una distorsione funzionale – dovuta al fatto che gran parte della spesa sociale del nostro paese è assorbita dal sistema pensionistico, a discapito dei bisogni collegati alle fasi del ciclo di vita anteriori al pensionamento (politiche a sostegno della famiglia, dei minori, dei giovani, dei soggetti in cerca di occupazione, dei disoccupati, ecc.) – e, dall'altro, una distorsione distributiva, derivante dal netto divario di protezione (in termini di accesso alle prestazioni e di generosità delle stesse), all'interno delle varie funzioni di spesa (compresa quella pensionistica), fra le diverse categorie, risultandone una netta segmentazione fra categorie (anche fortemente) garantite e categorie sotto-protette e marginali.

Tale doppia distorsione, che ha fortemente sbilanciato il nostro *welfare state* verso le pensioni, affonda le sue radici nelle scelte politiche e legislative che sono state compiute a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta e soprattutto alla fine degli anni sessanta, con una sostanziale tenuta durante tutto il corso della prima Repubblica (Di Nucci, 2016). Solo con gli inizi degli anni novanta – essenzialmente a partire dal 1992 (in coincidenza, non a caso, con la ratifica del Trattato di Maastricht) – l'Italia ha iniziato un lento e faticoso processo di ricalibratura funzionale, distributiva e normativa, rimasto tuttavia largamente abbozzato e incompiuto. Quello italiano rimane così un sistema previdenziale dalla copertura occupazionale e frammentata, che pone tuttora al centro la tutela della vecchiaia, con segmentazioni categoriali che restano ridondanti e con carenze strutturali ancora molto forti (basti pensare all'assenza di tutele realmente universalistiche contro la povertà: Giubboni, 2003 e 2014).

3. Alle origini della doppia distorsione del sistema previdenziale italiano: gli anni sessanta.

È negli anni sessanta dello scorso secolo che ha raggiunto il culmine la «parabola espansiva delle pensioni» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012), in virtù della riforma pensionistica del 1968-1969, accompagnata, come ricordato, dalla introduzione della Cassa integrazione guadagni straordinaria: è lì che vanno rintracciate le basi politiche dello sbilanciamento funzionale e distributivo di cui si è detto (Castellino, 1976; Ferrera, 1984). L'esigenza di una riforma strutturale, in grado di razionalizzare ed estendere il sistema di tutela della vecchiaia, caratterizzato da interventi legislativi disomogenei e parziali, era peraltro anche all'epoca riconosciuta da più parti (si pensi solo alle proposte di riforma contenute nel rapporto del CNEL del 1963, improntato ad una riscrittura in senso universalistico dell'intero sistema). Tali istanze non sfociarono, però, in alcuna riforma strutturale e organica, ma dettero vita a un percorso segnato da tappe di evoluzione incrementale (Jessoula, 2009), a partire dalle leggi approvate a cavallo fra il 1962 e il 1963[903], volte a realizzare un progressivo aumento delle prestazioni pensionistiche a beneficio dei lavoratori dipendenti ed autonomi (via via inclusi nel circuito protettivo con percorsi fortemente influenzati dai cicli politico-elettorali e, in particolare, dalla competizione tra DC e PCI).

Le misure introdotte negli anni successivi si sono collocate in linea di continuità con quei primi interventi. Il riferimento è, principalmente, all'istituzione della pensione sociale da parte della legge n. 903 del 1965: nonostante la denominazione, non si trattava di una reale prestazione universalistica destinata ai cittadini in particolari condizioni di bisogno, essendo il Fondo riferito solo ai soggetti titolari di una posizione assicurativa. Fra le ulteriori misure della legge n. 903 del 1965 si collocavano un blando meccanismo di indicizzazione delle prestazioni, l'introduzione delle pensioni di anzianità per il settore privato (con un requisito contributivo minimo di 35 anni), l'aumento delle pensioni superiori al minimo, la conferma del metodo di calcolo contributivo e l'innalzamento del coefficiente di rivalutazione. L'impostazione categoriale del sistema fu poco dopo rafforzata dall'estensione dell'assicurazione pensionistica obbligatoria ai commercianti[904], dopo che analoghe previsioni erano già state adottate in favore degli artigiani e dei lavoratori (autonomi) agricoli.

Sull'onda delle mobilitazioni collettive culminate nell'autunno caldo del 1969, gli interventi legislativi adottati sul finire del decennio consolidarono l'assetto che si era venuto delineando nel

[903] Vedi le leggi n. 1338 e n. 1339 del 1962 e la legge n. 9 del 1963.

[904] Legge n. 613 del 1966.

periodo: con l'incremento dei minimi pensionistici; con il passaggio al metodo retributivo anche per i dipendenti privati (mediante una connessione fra il livello della retribuzione dell'ultimo triennio ed il livello della pensione, sia pure compensata, sul versante del contenimento dei costi, da una transitoria abolizione delle pensioni anzianità, da poco introdotte)[905]; con l'ulteriore riforma del sistema retributivo mediante la previsione – nella legge n. 153 del 1969 – di prestazioni ancor più generose (grazie alla rivalutazione dei parametri di calcolo traguardanti, di lì a poco, la vetta dell'80% dell'ultima retribuzione a fronte di 40 anni di contribuzione); con la definitiva eliminazione della componente a capitalizzazione del sistema di gestione finanziaria; con l'introduzione di una (vera) pensione sociale a beneficio di tutti i cittadini ultrasessantacinquenni che si trovavano in condizioni di bisogno e del tutto disancorata da una logica di tipo contributivo (alla quale si è accompagnata l'istituzione della pensione per i mutilati ed invalidi civili)[906]; con la previsione di un meccanismo di indicizzazione delle pensioni al costo della vita e l'implementazione dell'automaticità delle prestazioni; e – infine – con la pronta reintroduzione della pensione di anzianità per lo stesso settore privato.

I provvedimenti da ultimo citati – ai quali si è affiancata l'introduzione, nel 1968, della CIGS per le imprese industriali, con la parallela «atrofia dell'indennità di disoccupazione» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012, 273) – hanno concluso la «fase di più robusta espansione del sistema pensionistico italiano» (ivi, 246), innescando un meccanismo di progressiva dilatazione della spesa pubblica (e, al contempo, delle dinamiche di segmentazione distributiva e funzionale). In sostanza, alla fine del decennio si era in presenza di un'assicurazione obbligatoria che forniva prestazioni pensionistiche eccezionalmente generose (retributive per i lavoratori subordinati, contributive per quelli autonomi), che integrava ad un livello minimo le prestazioni più basse e che prevedeva una pensione sociale per gli anziani più bisognosi. Sono proprio questi interventi ad aver operato, in prospettiva, da moltiplicatori della spesa pensionistica italiana, fino a renderla tra le più elevate fra i paesi avanzati già nel corso degli anni ottanta.

Con l'introduzione della CIGS fu d'altra parte istituzionalizzato un intervento pubblico rivolto non più solo a tamponare singole situazioni di temporanea difficoltà dell'impresa (come era nel caso della cassa integrazione guadagni ordinaria), ma diretto a fronteggiare situazioni di crisi strutturale, con una chiara proiezione di politica economica ed industriale che ha finito per rinforzare, anche nel settore degli ammortizzatori sociali, le distorsioni sedimentatesi nel corso del decennio (Cinelli, 1982; Balandi, 1984).

4. Il consolidamento della doppia distorsione: dagli anni settanta agli anni ottanta.

Le scelte politiche che sono state compiute successivamente, quando era già stato largamente edificato «il sistema pensionistico più generoso, sperequato e fiscalmente irresponsabile dell'area OCSE», hanno prodotto «quasi per inerzia istituzionale, distorsioni funzionali e distributive sempre più acute» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012, 331). Un nuovo e significativo rafforzamento della tutela pensionistica si ebbe ad esempio ancora nel 1975, con la revisione del meccanismo di indicizzazione delle pensioni (superiori al minimo) alle variazioni del costo della vita e della

[905] Legge n. 238 del 1968.
[906] Legge n. 118 del 1971.

dinamica salariale del settore industriale[907], con effetto di trascinamento sul settore settore pubblico[908]. Sul finire del decennio una analoga ratio espansiva contrassegnò del resto le misure in materia di ricongiunzione delle posizioni assicurative[909].

Sul versante degli ammortizzatori sociali, la legge n. 464 del 1972 previde la possibilità di estendere praticamente *ad libitum* la CIGS, con connessa garanzia di l'assistenza sanitaria e la continuità assicurativa a fini pensionistici. Alla deriva assistenzialistica della CIGS non fu estranea nemmeno la successiva legge 164 del 1975, che pure si mosse nel segno dell'armonizzazione delle prestazioni ordinarie e straordinarie e della razionalizzazione della disciplina. Di fronte all'utilizzo abnorme della CIGS, la vecchia tutela ordinaria contro la disoccupazione involontaria – inchiodata a *standard* del tutto inadeguati – recedeva infatti a palliativo residuale e marginale, mentre l'anomala espansione del ricorso alla pensione di invalidità ne tradiva l'utilizzo come «sostituto funzionale di un vero salario di disoccupazione» (Girotti, 1998, 293), ovvero, «soprattutto nelle Regioni meridionali, [di] vantaggiosa alternativa (in quanto permanente, definitiva e percepita in età largamente anticipata rispetto al pensionamento di vecchiaia) al trattamento di disoccupazione» (Pessi, 2014, 97).

I diversi tentativi di razionalizzare il sistema, quasi sempre sospinti da esigenze di contenimento o di riduzione dell'impegno finanziario pubblico, si sono di fatto risolti, a partire dal 1978 e per tutti gli anni ottanta, in progetti per lo più senza esito (Sandulli, 1988). Non mancano peraltro timidi interventi con finalità perequative: il grado di equità complessiva del sistema è stato senza dubbio innalzato dalle disposizioni tese a stabilire criteri predeterminati e certi di perequazione delle prestazioni, entro un certo *range*[910], o a subordinare l'intervento prestazionale alla ricorrenza di uno stato di bisogno accertato non più convenzionalmente ma in concreto[911], o ad estendere il divieto di cumulo tra pensione e retribuzione[912], oppure ad eliminare le distorsioni più vistose, a partire dalla (graduale) eliminazione delle cosiddette pensioni *baby*[913] e dalla già evocata riforma della pensione di invalidità[914], anche riducendo le disparità fra il settore pubblico e quello privato[915]. Ma, a riprova della incoerenza o forse della inconsistenza del disegno politico, va pur rammentato come si susseguano, nello stesso arco temporale, interventi di segno esattamente opposto; anche in tal caso l'elenco sarebbe lungo e si possono citare – solo per fare qualche esempio randomizzato – le generose misure di prepensionamento, l'introduzione della facoltà di procrastinare l'età pensionabile al solo fine di massimizzare i vantaggi della tutela

---

907 Legge n. 160 del 1975.

908 Legge n. 177 del 1976.

909 Legge n. 20 del 1979.

910 Il riferimento, fra le altre, è alla legge n. 730 del 1983.

911 Vedi le leggi n. 79 del 1983, n. 638 del 1983, n. 730 del 1983, n. 222 del 1984, n. 41 del 1986, n. 153 del 1988.

912 Leggi n. 222 del 1984, n. 222 e n. 638 del 1983.

913 Legge n. 79 del 1983.

914 Legge n. 222 del 1984. Sul fronte della tutela degli invalidi, la tendenza ad intervenire mediante disposizioni restrittive, determinate dalla volontà di reagire alle degenerazioni assistenzialistiche, rappresenta una costante degli interventi del periodo (cfr. anche la legge n. 93 del 1988, la legge n. 291 di quello stesso anno e, poco più tardi, la legge n. 412 del 1991).

915 Fra le altre, si vedano almeno le leggi n. 67 del 1988 e n. 544 del 1988.

previdenziale[916], una generosa revisione della disciplina della contribuzione figurativa[917] e della contribuzione volontaria[918], il progressivo innalzamento del tetto pensionistico, fino al definitivo sfondamento dello stesso e la ridefinizione dei criteri di perequazione a beneficio delle pensioni più alte[919].

Il quadro in chiaroscuro sin qui fornito sarebbe tuttavia parziale senza un cenno al filone di interventi più direttamente sollecitati dalle esigenze di contenimento della spirale di crescita della spesa pensionistica, adottati a partire dalla seconda metà degli anni settanta (i più significativi, anche sul piano delle tecniche normative, oltre che su quello politico, restano i provvedimenti volti ad unificare al ribasso i sistemi di perequazione automatica delle pensioni e a limitare l'indicizzazione ad una sola pensione, per i casi di soggetti titolari di più prestazioni)[920].

5. L'avvio della lunga stagione delle riforme: gli anni novanta.

A partire dal 1992 ha preso avvio come si rammentava una nuova stagione di riforme direttamente condizionata dal rapido mutamento nel quadro politico-istituzionale interno (con la convulsa transizione verso la cosiddetta seconda Repubblica e la riconfigurazione degli assetti politici preesistenti) ed europeo (con il sofferto avvio, a Maastricht, della lunga marcia verso l'Unione economica e monetaria). A pochi anni di distanza dalla riforma del sistema pensionistico pubblico operata dal governo Amato, già intervenuta su tutti i fattori suscettibili di influire sulla spesa pensionistica, nel settore privato come in quello pubblico (Cinelli, 1994)[921], ed a seguito della massiccia mobilitazione sindacale dell'autunno 1994 contro il progetto di riforma avanzato dal primo governo Berlusconi, fu come noto il governo Dini a raggiungere una soluzione accettata dalle parti sociali con la legge n. 335 del 1995 (Pessi, 1995; Cinelli e Persiani, 1995; Persiani, 1996).

Come ha osservato Roberto Pessi (2014, 117), «dalla concertazione-contrattazione della riforma uscì un nuovo modello previdenziale centrato non sulla liberazione dal bisogno della povertà, ma sulla restituzione del risparmio accantonato nella vita lavorativa». Salvaguardate aspettative maturate grazie a un lungo e generoso regime transitorio, la principale innovazione della legge Dini è consistita nel progressivo abbandono del sistema retributivo e nel ritorno ad uno schema di calcolo contributivo delle pensioni, con il passaggio ad un sistema (ovviamente a ripartizione) centrato, però, sui capisaldi della contribuzione maturata e rivalutata (il montante contributivo) e della capitalizzazione virtuale. Al passaggio dal sistema retributivo a quello contributivo si sono accompagnati altri rilevanti cambiamenti di rotta, principalmente individuabili nell'adozione di criteri flessibili di accesso alle pensioni di vecchiaia e nell'armonizzazione degli ordinamenti pensionistici, attraverso una graduale perequazione dei trattamenti fra settore pubblico e settore privato (Andreoni, 1996). La complessiva manovra di riforma del sistema – integrata dalla

---

[916] Legge n. 54 del 1982 (ma interventi di questo tipo si ripeterono anche nelle successive riforme del 1992 e del 1995).

[917] Legge n. 155 del 1981 e n. 638 del 1983.

[918] Leggi n. 47 e 638 del 1983.

[919] Legge n. 67 del 1988.

[920] Leggi n. 41 e 843 del 1978.

[921] Sulla base della legge delega n. 421 del 1992 il legislatore delegato intervenne, come noto, ampliando, tra l'altro, l'arco temporale di riferimento su cui determinare l'ultima retribuzione, elevando l'età pensionabile (fino a raggiungere gradualmente i 65 anni per gli uomini e i 60 per le donne), innalzando da 15 a 20 anni il requisito assicurativo minimo per la pensione di vecchiaia, raffreddando il meccanismo di perequazione automatica e inasprendo il regime del cumulo tra pensione e redditi da lavoro (d.lgs. n. 373 e n. 503 del 1992).

disciplina legale delle forme pensionistiche complementari – non ha peraltro comportato, nel breve periodo (a causa del lungo periodo di messa a regime), significativi risparmi di spesa, anche se ha collocato il sistema pensionistico italiano in una traiettoria di equilibrio attuariale di lungo periodo, stabilizzando il rapporto tra spesa pensionistica e prodotto interno lordo del paese.

La complessiva azione di razionalizzazione del sistema pensionistico non riuscì in quella fase ad estendersi al settore degli ammortizzatori sociali, nonostante lo sforzo riformatore operato dalla legge n. 223 del 1991. La progettualità riformatrice della legge 223 fu infatti largamente svuotata dalle misure emergenziali assunte per fronteggiare la crisi economica e occupazionale esplosa poco dopo la sua entrata in vigore (Liso, 1997). Sul versante delle politiche pensionistiche i governi che si sono succeduti dalla seconda metà degli anni novanta sono stati invece fondamentalmente accomunati, al di là dei diversi orientamenti (e di qualche oscillazione), dall'esigenza di completare l'azione avviata nella prima metà del decennio, ed hanno quindi operato in un contesto di sostanziale continuità di obiettivi politici. Ciò è in parte significativa dipeso dal fatto che sulle scelte di *policy* compiute dai governi italiani a partire dai primi anni novanta – e sui conseguenti, incisivi, cambiamenti istituzionali – hanno agito i robusti «vincoli esterni» derivanti, in una prima fase, dall'impegno a convergere sui parametri fissati dal Trattato di Maastricht per garantire al paese l'ingresso nell'Unione economica e monetaria e, successivamente, la sempre più pervasiva incidenza della costituzione economica dell'eurozona.

6. L'ultimo quindicennio e l'onda lunga della «grande recessione».

Le politiche previdenziali dell'ultimo quindicennio sono rimaste fondamentalmente nel solco tracciato negli anni novanta (Treu, 2004; Cinelli, 2006).

Gli interventi complessivamente diretti ad elevare l'età effettiva di accesso alla pensione costituiscono il tratto più evidente di questa continuità di indirizzi. La legge delega n. 243 del 2004 – il più importante provvedimento del secondo governo Berlusconi in materia – marcò per la verità taluni elementi di discontinuità rispetto alle misure degli anni precedenti, per la parziale disarticolazione del sistema flessibile già introdotto dalla legge Dini (Cinelli e Sandulli, 2004; Pessi, 2006). La legge Maroni intervenne comunque sui requisiti di accesso al pensionamento di anzianità e di vecchiaia in termini di innalzamento dei requisiti contributivi e/o anagrafici, a fini di contenimento di spesa, modificando in senso peggiorativo tanto la disciplina del regime retributivo, quanto quella del regime contributivo, nonché rivedendo la disciplina della totalizzazione dei periodi assicurativi.

Rimase invece inattuato il progetto di riforma degli ammortizzatori sociali, pur concepito da Marco Biagi come indispensabile complemento della riforma del mercato del lavoro realizzata, sulla scorta della legge delega n. 30 del 2003, dal decreto legislativo n. 276. La frammentazione micro-corporativa della galassia normativa degli ammortizzatori sociali ricevette, anzi, un'ulteriore spinta dalla istituzionalizzazione della prassi della deroga, con la nascita di un opaco sistema parallelo basato sulla delega di poteri concessori al Ministero del lavoro e su interventi legali *ad hoc* accompagnati da proroghe ed ampliamenti particolaristici della platea dei beneficiari (Curzio, 2009).

Neanche il nuovo esecutivo di centro-sinistra a guida Prodi riuscì nel tentativo – pure prefigurato dal Protocollo sul *welfare* siglato con le parti sociali – di riportare il sistema degli ammortizzatori sociali dentro binari coerenti di riforma. La legge n. 247 del 2007 (Treu, 2008), intervenuta per

temperare talune asprezze della legge Maroni, oltre a disporre taluni adeguamenti della disciplina dell'indennità di disoccupazione, conteneva un'ambiziosa delega in materia di ammortizzatori sociali, destinata, però, come in passato, a rimanere inattuata (Cinelli e Ferraro, 2008).

A partire dal 2008 gli effetti della crisi economico-finanziaria esplosa su scala globale hanno bruscamente accelerato le dinamiche già in atto (Maino e Neri, 2011). Il picco delle manovre di contenimento della spesa pensionistica è sicuramente rappresentato dal decreto «salva Italia» adottato in piena emergenza finanziaria dal governo tecnico di «solidarietà nazionale» presieduto da Mario Monti sotto la pressione delle autorità sovranazionali[922]. Ancora una volta, la prospettiva nella quale ci si è mossi è stata quella di un contenimento, sia pure particolarmente drastico, delle dinamiche di spesa (e di conseguenza dei diritti e delle prestazioni), cui è rimasto subordinato il concorrente obiettivo di correggere le anomalie distributive del sistema in una logica di «ricalibratura "sottrattiva"» (Ferrera, Fargion, Jessoula, 2012, 343). I principali interventi del decreto «salva Italia» hanno avuto ad oggetto la soppressione delle pensioni di anzianità (sostituite, peraltro, dalla pensione anticipata), la generalizzazione del metodo di calcolo contributivo a partire dal 2012, la previsione di più rigidi requisiti di accesso alle prestazioni, con drastico innalzamento in particolare del requisito anagrafico sia per gli uomini che per le donne, la soppressione dell'INPDAP (confluito nell'INPS), la riduzione di alcuni trattamenti preferenziali previsti per i dipendenti pubblici, l'innalzamento delle aliquote contributive per alcuni comparti del lavoro autonomo, il blocco della perequazione automatica (Cinelli, 2012; Sandulli, 2012; Pessi, 2013). I danni sociali «collaterali» prodotti da una misura di *austerity* così dura – a partire dalla sorte dei lavoratori «esodati» (Cinelli, Garofalo e Tucci, 2013) – sono stati lasciati alla cura solo parziale e graduale degli interventi correttivi adottati dai governi succedutisi sino a tutto il 2016, che non hanno tuttavia rimesso in discussione l'impianto della riforma Monti/Fornero. Anche le misure di flessibilità previste da ultimo dalla legge di bilancio per il 2017[923] – centrate intorno all'istituto dell'anticipo pensionistico, in particolare nella sua variante «sociale» – possono essere del resto considerate forme di correzione al margine del sistema pensionistico ridisegnato dalla legge n. 214 del 2011.

Lo stesso governo Monti alla riforma delle pensioni ha d'altro lato affiancato un'incisiva riforma del mercato del lavoro e degli ammortizzatori sociali. Quest'ultima, tante volte rinviata, si è così finalmente potuta indirizzare lungo linee di *policy* da tempo mature. La legge n. 92 del 2012 ha, da un lato, previsto l'introduzione dell'ASpI (assicurazione sociale per l'impiego), una prestazione tendenzialmente universale (beninteso per quanti abbiano trovato ingresso nel mercato del lavoro) destinata a sostituire la vecchia indennità di disoccupazione e, più in generale, gli interventi protettivi contro il rischio di perdita dell'occupazione previsti dalla legislazione vigente (Liso, 2013), e, dall'altro, ha disposto il superamento, completo a partire dal 2017, della CIG in deroga e dell'indennità di mobilità, con la razionalizzazione della disciplina «a regime» della cassa integrazione (ordinaria e straordinaria) e il contestuale rafforzamento dei fondi bilaterali di solidarietà. Particolarmente rilevante – nell'impianto della legge n. 92 del 2012 – è l'obiettivo del rafforzamento del raccordo fra il sistema degli ammortizzatori sociali e le politiche attive del lavoro: un obiettivo per vero solo prefigurato dalla legge Fornero (Renga, 2012; Gragnoli, 2012), ma più vigorosamente perseguito – almeno sulla carta – dalla successiva attuazione del *Jobs Act*.

---

[922] Decreto-legge n. 211 del 2011, convertito con modificazioni nella legge n. 214 dello stesso anno.

[923] Legge n. 232 del 2016.

Gli sviluppi più recenti si iscrivono essenzialmente all'interno del disegno di riforma del governo Renzi, noto appunto come *Jobs Act*. La legge n. 183 del 2014, l'architrave del progetto, colloca la delega in materia di ammortizzatori sociali all'interno di un ambizioso – e controverso – disegno di complessiva riforma del mercato del lavoro, prevalentemente orientato ad ampliare gli spazi di flessibilità funzionale e numerica delle imprese. L'intervento sugli ammortizzatori sociali – affidato ai decreti legislativi 22 e 148 del 2015 – persegue obiettivi sostanzialmente coincidenti con quelli già prefigurati, ma solo in parte attuati, dalla legge n. 92 del 2012.

Tra le misure in materia di CIG spicca la tendenziale limitazione del ricorso all'integrazione salariale alle sole imprese la cui attività produttiva non sia cessata e che dimostrino di essere in grado di portare a compimento un processo di riorganizzazione o riconversione che consenta il riassorbimento della manodopera (con un conseguente ridimensionamento della durata massima complessiva del sostegno pubblico e una maggiore responsabilizzazione delle imprese attraverso la modulazione delle aliquote del contributo d'uso)[924]. Il d.lgs. n. 148 del 2015 conferma inoltre – con minori adattamenti – anche il modello categoriale di sostegno del reddito affidato ai fondi bilaterali di solidarietà a genesi collettiva, interni o esterni al sistema INPS.

Per quanto invece attiene al riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, il d.lgs. n. 22 del 2015, oltre a modificare l'ASpI trasformandola nella nuova NASpI, ha anche previsto, seppure in via sperimentale, la c.d. DIS-COLL, ovvero una indennità di disoccupazione in favore dei collaboratori coordinati e continuativi (Pessi e Sigillò Massara, 2017). Sempre in via sperimentale, tale decreto ha altresì istituito un nuovo assegno di disoccupazione, denominato ASDI, destinato a coloro che, dopo aver fruito della NASpI per la sua intera durata, risultino ancora privi di occupazione e si trovino in una condizione di bisogno accertata attraverso una prova dei mezzi (una misura evidentemente assai lontana dal modello del reddito minimo garantito, oggetto di varie proposte legislative in Parlamento).

7. Annotazioni conclusive.

Come si è cercato di argomentare, al di là dell'obiettivo della riduzione della spesa pubblica, e in particolare della stabilizzazione di quella pensionistica in rapporto al prodotto interno lordo, è difficile rintracciare nelle riforme italiane dell'ultimo ventennio una *ratio* univoca e coerente.

Il sistema previdenziale italiano, a partire dagli anni novanta, è certamente cambiato in modo significativo, sia sul versante delle tutele pensionistiche per la vecchiaia, sia su quello della protezione contro la disoccupazione e degli ammortizzatori sociali; i tratti di fondo della democrazia distributiva all'italiana (Di Nucci, 2016) – stratificatisi disordinatamente soprattutto dopo la svolta della fine degli anni sessanta – sono, tuttavia, ancora ben visibili. Quello italiano rimane un sistema sbilanciato sulla tutela assicurativa per la vecchiaia, con forti *deficit* di copertura dei bisogni sociali espressi in particolare da giovani e famiglie e con persistenti distorsioni distributive. Continua a mancare una rete universalistica di diritti sociali fondamentali idonea a garantire l'effettivo contrasto della povertà, cresciuta non a caso esponenzialmente negli anni della «grande recessione» (Revelli, 2010; Saraceno, 2015).

---

[924] Si prevede, inoltre, che tale utilizzo sia possibile solo quando sia stata percorsa ogni altra via per rimediare agli effetti dello stato di crisi sui lavoratori, come ad esempio il ricorso a rimodulazioni o riduzioni dell'orario di lavoro.

Da questo punto di vista, il sistema previdenziale italiano resta ancorato ad una concezione assicurativa che pone al centro la categoria del rischio, marginalizzando i bisogni sociali (ad esempio di giovani e inoccupati) non riconducibili alle categorie assicurate. Peraltro, «il criterio guida della "precarizzazione" della tutela previdenziale, attuata mediante condizionamento dei diritti soggettivi ai vincoli di bilancio» (Pessi, 2014: 164-165) penetra ormai in profondità nello stesso mondo governato dalla tecnica dell'assicurazione sociale (come ad esempio dimostrano le misure sugli esodati, ma anche taluni significativi profili della nuova disciplina degli ammortizzatori sociali, a partire da quelli affidati ai fondi bilaterali di solidarietà).

In altre parole, la dicotomia regola/discrezione, che nella tradizione del *welfare* inglese serve storicamente a distinguere la sicurezza sociale dall'assistenza ai poveri, perde, almeno in parte, la sua capacità discretiva anche ove riferita al nostro sistema di previdenza sociale: segmenti significativi di tutela previdenziale – per esigenze di contenimento della spesa pubblica – vengono infatti attrattati sempre più dentro una logica discrezionale (il punto più alto, o più basso, a seconda della prospettiva, è stato senz'altro toccato dalla normativa in materia di ammortizzatori in deroga), in evidente contraddizione con la ragion d'esser dell'intervento fondato sulle assicurazioni sociali, che conosce solo diritti perfetti quando vengano soddisfatti i requisiti (assicurativi e contributivi) previsti dalla legge in relazione all'evento protetto. Nello stesso tempo, anche la dicotomia universalità/selettività perde parte della sua valenza discretiva: all'universalismo selettivo posto alla base della legge quadro di riforma dell'assistenza sociale (legge n. 328 del 2000) fa da *pendant* una sempre più marcata tendenza all'accertamento effettivo dello stato di bisogno anche nel campo delle assicurazioni sociali.

Ma forme di ibridazione e di contaminazione tra logiche idealmente ascritte a istanze contrapposte si realizzano sempre più frequentemente anche in altri ambiti (Cinelli e Giubboni, 2005). E così, se il *welfare* italiano, a differenza di quanto si può ormai dire per altri ordinamenti (come quello inglese), è ancora largamente centrato sulla responsabilità pubblica, è indubbio che elementi di privatizzazione più o meno marcati si siano fatti strada specie dopo l'avvio della lunga stagione del *retrenchment* nei primi anni novanta. La disciplina organica della previdenza complementare e più in generale l'enfasi crescente sulle funzioni del *welfare* contrattuale o negoziale sono aspetti di una tendenza invero ancora più complessa e sfaccettata, in cui in realtà pubblico e privato si incontrano superando rigide distinzioni (Canavesi e di Spilimbergo, 2010; Canavesi, 2015).

I fondi bilaterali di solidarietà istituiti dagli accordi collettivi, ma poi costituiti mediante decreto interministeriale come gestioni interne dell'INPS, rappresentano forse la forma più spinta di questa embricazione tra pubblico e privato, tra legge e contratto collettivo (Renga, 2013), con tendenziale prevalenza, oramai, della dimensione pubblicistica. E ancora diverso è il caso delle casse di previdenza dei liberi professionisti, dal 1994 autorizzate dalla legge ad assumere la forma giuridica privatistica della fondazione o dell'associazione, ma saldamente collocate nel sistema della previdenza di base obbligatoria *ex* art. 38, comma 2, Cost.

Sono dunque molte le linee di ricerca che si dischiudono agli interessi e alle curiosità di chi si accosta allo studio della previdenza sociale: questa relazione non aveva certo l'ambizione di evocarle in tutta la loro straordinaria complessità, ma il ben più modesto compito di contribuire ad avviare un dibattito che si spera il più ampio e partecipato possibile.

Riferimenti bibliografici

Ales E. 2015, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 455 ss.

Amato G., Graziosi A. 2013, *Grandi illusioni. Ragionando sull'Italia*, il Mulino, Bologna.

Andreoni A. 1996, *Privatizzazione del pubblico impiego e armonizzazione del sistema pensionistico*, in *Riv. giur. lav.*, I, 269 ss.

Ascoli U. (a cura di) 1984, *Welfare State all'italiana*, Laterza, Roma-Bari.

Ascoli U. (a cura di) 2011, *Il welfare in Italia*, il Mulino, Bologna.

Ascoli U., Ranci C. 2003, *Il welfare mix in Europa*, Carocci, Roma.

Ascoli U., Pavolini E. 2012, *Ombre rosse. Il sistema di welfare italiano dopo venti anni di riforme*, in *Stato e Mercato*, 429 ss.

Balandi G.G. 1984, *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano.

Balandi G.G. 1986, *Attualità e prospettive delle assicurazioni sociali*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 523 ss.

Canavesi G. (a cura di) 2015, *Dialoghi sul welfare. Intorno al volume La sfida del cambiamento*, Quaderni della sussidiarietà, Fondazione per la Sussidiarietà, Milano.

Canavesi G., di Spilimbergo I. (a cura di) 2010, *Solidarietà, sussidiarietà, sicurezza sociale*, EUM, Macerata.

Castellino O. 1976, *Il labirinto delle pensioni*, il Mulino, Bologna.

Cinelli M. 1982, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Franco Angeli, Milano.

Cinelli M. 1987, *L'apporto della Corte costituzionale all'evoluzione del sistema delle pensioni*, in *Lav. dir.*, 715 ss.

Cinelli M. 1994, *Lineamenti generali della riforma previdenziale*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 53 ss.

Cinelli M. 1999, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 71 ss.

Cinelli M. 2006, *Ristrutturare il* welfare, in *Tutela*, 9 ss.

Cinelli M. 2012, *La riforma delle pensioni del «governo tecnico». Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 385 ss.

Cinelli M. 2015, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.

Cinelli M., Ferraro G. (a cura di) 2008, *Lavoro, competitività,* welfare. *Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Giappichelli, Torino.

Cinelli M., Garofalo D., Tucci G. 2013, *«Esodati», «salvaguardati», «esclusi» nella riforma pensionistica Monti-Fornero*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 337 ss.

Cinelli M., Giubboni S. 2005, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Giappichelli, Torino.

Cinelli M., Giubboni S. 2014, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, Giappichelli, Torino.

Cinelli M., Persiani, M. (a cura di) 1995, *Commentario della riforma previdenziale. Dalle leggi «Amato» alla finanziaria 1995*, Giuffrè, Milano.

Cinelli M., Sandulli P. 2004, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 587 ss.

Curzio P. (a cura di) 2009, *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, Cacucci, Bari.

Di Nucci L., *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna.

D'Onghia M. 2013, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.

Ferrera M. 1984, *Il Welfare State in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, il Mulino, Bologna.

Ferrera M., Fargion V., Jessoula M. 2012, *Alle radici del welfare all'italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato*, Marsilio, Venezia.

Ferrera M., Gualmini E. 1999, *Salvati dall'Europa?*, il Mulino, Bologna.

Girotti F. 1998, *Welfare state. Storia, modelli e critica*, Carocci, Roma.

Giubboni S. 2003, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, in *Giornale dir. lav. rel. Ind.*, 2003, 563 ss.

Giubboni S. 2014, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 149 ss.

Gragnoli E. 2012, *Strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 573 ss.

Hemerijck A. 2012, *Two or Three Waves of Welfare State Transformation*, in N. Morel, Palier B., Palme J. (eds.), *Towards a Social Investment Welfare State? Ideas, Policies and Challenges*, Policy Press, Bristol, 33 ss.

Hemerijck A. 2013, *Changing Welfare States*, Oxford University Press, Oxford.

Jessoula M. 2009, *La politica pensionistica*, il Mulino, Bologna.

Levi Sandri L. (1983), *Istituzioni di legislazione sociale*, Giuffrè, Milano.

Liso F. 1997, *La galassia normativa dopo la legge n. 223 del 1991*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1 ss.

Liso F. 2013, *Il «nuovo» trattamento di disoccupazione*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1 ss.

Maino F., Neri S. 2011, *Explaining Welfare Reforms in Italy between Economy and Politics: External Constraints and Endogenous Dynamics*, in *Soc. Pol. & Adm.*, 445 ss.

Olivelli P. (1988), *La Costituzione e la sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano.

Persiani M., 1960, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova.

Persiani M. 1979, *Art. 38*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 35-40*, Zanichelli Editore – Il Foro italiano, Bologna e Roma, 232 ss.

Persiani M. 1996, *Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico*, in *Arg. dir. lav.*, 53 ss.

Persiani M. 2014, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.

Pessi R. (a cura di) 1995, *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova.

Pessi R. 2006, *La riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare: principi ispiratori, novità, prospettive*, in *Mass. giur. lav.*, 364 ss.

Pessi R. 2013, *Riforma fiscale, previdenza ed assistenza*, in *Arg. dir. lav.*, 68 ss.

Pessi R. 2014, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.

Pessi R., Sigillò Massara G. (a cura di) 2017, *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, Giappichelli, Torino.

Renga S. 2012, *La «riforma» degli ammortizzatori sociali*, in *Lav. dir.*, 621 ss.

Renga S. 2013, *Bilateralità e sostegno del reddito tra autonomia e eteronomia*, Cedam, Padova.

Revelli M. (2010), *Poveri, noi*, Einaudi, Torino.

Sandulli P. 1988, *Crisi ed evoluzione del sistema previdenziale italiano*, in *Dir. lav.*, I, 216 ss.

Sandulli P. 2012, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214 del 2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1 ss.

Saraceno C. 2013, *Il Welfare*, il Mulino, Bologna.

Saraceno C. 2015, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, Milano.

Treu T. 2004, *Le politiche del* welfare*: le innovazioni necessarie*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 1 ss.

Treu T. 2008, *Il Protocollo del 2007 e le riforme del* welfare, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, II, 1235 ss.

Veneziani B. 1996, *La crisi del Welfare State e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, *Riv. giur. lav.*, I, 69 ss.