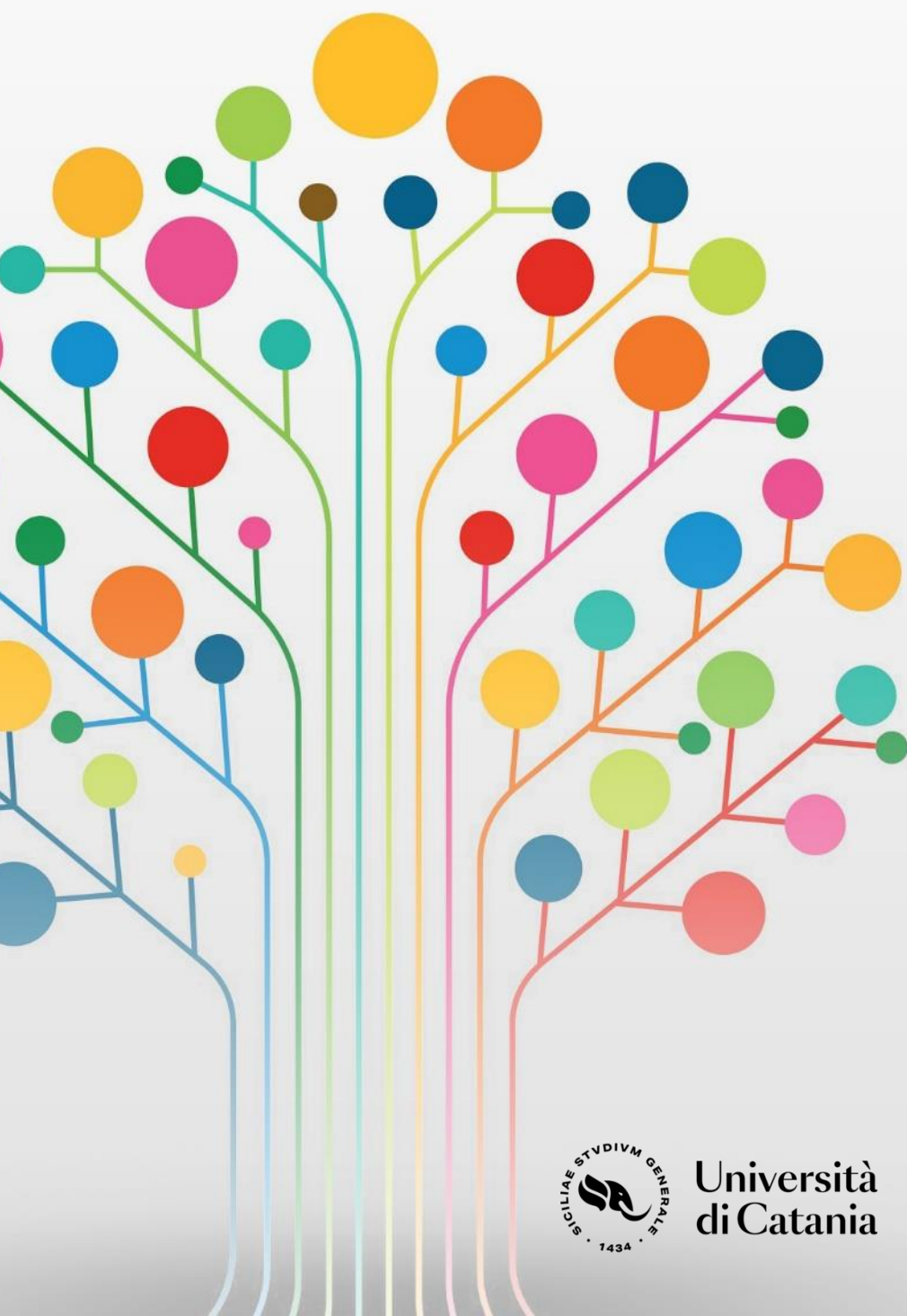


2/2014

# 20 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***

ANNA ALAIMO, Università di Catania  
GAETANO ZILIO GRANDI, Università "Ca' Foscari" di Venezia  
MAURO SFERRAZZA, Avvocatura Inps  
SILVANA SCIARRA, Università di Firenze  
STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia  
FABRIZIO FERRARO, Università di Roma "La Sapienza"  
LUISA CORAZZA, Università del Molise  
ORSOLA RAZZOLINI, Università di Genova  
OMBRETTA DESSÌ, Università di Cagliari  
BRUNO CARUSO, Università di Catania  
MAURIZIO DEL CONTE, Università di Milano  
ANN C. HODGES, University of Richmond  
ALBERTO MATTEI, Università di Trento  
COSTANTINO CORDELLA, Università di Bologna  
GIANCARLO RICCI, Università di Catania  
SILVIA MAGNIFICO, Università di Roma "La Sapienza"  
ALESSANDRO GARILLI, Università di Palermo  
ALESSANDRO BOSCATI, Università di Milano  
PATRIZIA TULLINI, Università di Bologna  
MARIANNA RUSSO, Università di Roma "La Sapienza"  
SILVIA DONÀ, Università di Roma "La Sapienza"  
SERGIO VERGARI, Provincia Autonoma di Trento - Servizio Lavoro  
VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara  
FRANCESCA MARINELLI, Università di Milano  
GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

## SOMMARIO

|                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali</b><br>Anna Alaimo | 1   |
| <b>Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro</b><br>Gaetano Zilio Grandi - Mauro Sferrazza                                            | 29  |
| <b>Social law in the wake of the crisis</b><br>Silvana Sciarra                                                                      | 50  |
| <b>Europe's Crisis-Law and the Welfare State – A Critique</b><br>Stefano Giubboni                                                   | 63  |
| <b>L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro dopo le recenti riforme</b><br>Fabrizio Ferraro                           | 77  |
| <b>Who is an Employer?</b><br>Luisa Corazza - Orsola Razzolini                                                                      | 108 |
| <b>Riflessioni sulle recenti "vicende" normative delle dimissioni</b><br>Ombretta Dessì                                             | 127 |
| <b>Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano</b><br>Bruno Caruso                               | 152 |
| <b>Cultural determinants of workplace arbitration in the U.S. and Italy</b><br>Maurizio Del Conte - Ann C. Hodges                   | 176 |
| <b>Evoluzione delle fonti e modello trentino alla luce del diritto del lavoro dell'Unione europea</b><br>Alberto Mattei             | 202 |
| <b>Note in tema di profili formativi nel contratto di apprendistato</b><br>Costantino Cordella                                      | 239 |
| <b>La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?</b><br>Giancarlo Ricci                   | 263 |
| <b>La nozione di "esigibilità" negli accordi FIAT e la funzione negoziale del diritto di sciopero</b><br>Silvia Magnifico           | 284 |
| <b>Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi</b><br>Alessandro Garilli                            | 302 |

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Testo unico sulla rappresentanza</b>                                                                                                  |     |
| Bruno Caruso                                                                                                                             | 313 |
| <b>La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?</b> |     |
| Alessandro Boscati                                                                                                                       | 323 |
| <b>L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici</b>           |     |
| Patrizia Tullini                                                                                                                         | 379 |
| <b>I destinatari delle sanzioni convenzionali nel T.U. sulla rappresentanza</b>                                                          |     |
| Marianna Russo                                                                                                                           | 398 |
| <b>La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali</b>                                                |     |
| Silvia Donà                                                                                                                              | 412 |
| <b>La concertazione sociale in Trentino</b>                                                                                              |     |
| Sergio Vergari                                                                                                                           | 430 |
| <b>Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro</b>    |     |
| Valerio Speciale                                                                                                                         | 443 |
| <b>Il lavoro dei detenuti</b>                                                                                                            |     |
| Francesca Marinelli                                                                                                                      | 492 |
| <b>I giudici europei di fronte alla crisi economica</b>                                                                                  |     |
| Giorgio Fontana                                                                                                                          | 510 |

## L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali\*

Anna Alaimo

1. La partecipazione dei lavoratori fra tradizione storica e dibattito recente: perché è opportuna una riflessione sincronica. 2
2. Il ritorno in auge della partecipazione in Italia all'inizio del nuovo millennio: ordinamento multilivello e livello metagiuridico. 6
3. L'ascesa del paradigma partecipativo nella cultura giuridica e sindacale e nell'iniziativa governativa e parlamentare dell'ultimo decennio. 9
4. Frammenti normativi e tentativi di disciplina legale organica della partecipazione: l'art. 8 della l. 148/2011, la delega al Governo sulle "forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa" (l. 92/2012 e d.d.l. 1051/2013) e la proposta di legge sindacale del gruppo di "*Diritti lavori mercati*". 11
  - 4.1. Le principali linee di tendenza progettuale sulla partecipazione nei d.d.l. delle due ultime legislature: il superamento delle tradizionali distinzioni. a) contrattazione e partecipazione..... 14
  - 4.2. (segue) b) partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e partecipazione finanziaria. 17
5. La partecipazione decisionale fra forme "disgiuntive" o "esterne" e forme "integrative" od "organiche". 23
  - 5.1. Partecipazione "organica" e contrattazione collettiva: perché l'Italia è ancora così lontana. 25

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 219/2014

## 1. La partecipazione dei lavoratori fra tradizione storica e dibattito recente: perché è opportuna una riflessione sincronica.

Da qualche anno la partecipazione dei lavoratori nelle imprese torna al centro di un rinnovato interesse e confronti in sede parlamentare e sindacale affrancandosi dall'attributo di "grande assente" dal diritto sindacale e dal sistema di relazioni industriali italiani<sup>1</sup>.

Lungi dall'apparire un residuo storico di una norma costituzionale "relietto" - l'art. 46 Cost.<sup>2</sup>, sul diritto dei lavoratori a «collaborare (...) alla gestione delle aziende»<sup>3</sup> -, il paradigma partecipativo sembra volgere lo sguardo al futuro, rilanciando l'idea di relazioni industriali in cui la componente conflittuale e antagonista può lasciare spazio a modelli più collaborativi e partecipativi<sup>4</sup>.

La recente accelerazione della possibilità di regolare per legge la rappresentanza, la rappresentatività<sup>5</sup> e la stessa soggettività sindacale<sup>6</sup> – dovuta alla nuova stagione di "accordi separati" inaugurata nel 2009<sup>7</sup>, alla riscrittura di regole endo-sindacali sulla rappresentatività e sulla contrattazione collettiva (Accordi unitari del 2011, 2013 e 2014<sup>8</sup>) e, soprattutto, all'intervento della Corte

<sup>1</sup> Così ancora la definiva, nel 2005, ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese* (Relazione svolta alle giornate di studio AIDLASS sul tema «Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese», Lecce, 27-28 maggio 2005), *GDLRI*, 2005, 376.

<sup>2</sup> Disposizione che, non a torto, veniva considerata in «progressivo oblio» per via del «dichiarato abbandono dell'ipotesi di organizzazione dell'impresa soggiacente alla norma costituzionale» (GHEZZI G., *Sub art. 46 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., Zanichelli, 1980, 69); ovvero la «norma più trascurata dell'impianto costituzionale» (NAPOLI M., *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, tomo I, 763); e che, anche di recente, è stata considerata un «esempio innegabile di messaggio costituzionale inascoltato» (BRONZINI G., *Diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2010, 32).

<sup>3</sup> Com'è noto, la sostituzione del verbo "partecipare" – che era stato inizialmente proposto - con "collaborare" (unita all'inserimento della formula "in armonia con le esigenze della produzione") dipese dagli emendamenti presentati, nell'ambito della III Sottocommissione, dai democristiani (Gronchi, Pastore, Fanfani e Storch). «La collaborazione, che il codice civile del '42 aveva sancito come un obbligo del lavoratore subordinato (art. 2094), diventava (...) un diritto dei lavoratori, sancito costituzionalmente»: LEONARDI S., *La partecipazione dei lavoratori in una prospettiva storica: i consigli di gestione*, *LD*, 1997, 478; cfr. pure PAPARELLA E., *sub Art. 46*, in BIFULCO R. - CELOTTO A. - OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, I, 935. Per una storia dei Consigli di gestione e del più risalente di essi, costituito nell'impresa Olivetti, v. MUSSO S., *La partecipazione nell'impresa responsabile. Storia del Consiglio di gestione Olivetti*, Il Mulino, 2009.

<sup>4</sup> Sul rapporto fra partecipazione e conflitto sindacale e per una lettura sistematica degli artt. 46 e 40 Cost., v. BIASI M. – FALSONE M., *Partecipazione e conflitto come tecniche di regolazione delle relazioni industriali: precetti costituzionali, nessi reciproci e finalità*, Paper presentato al Convegno *Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali*, Venezia, 25-26 ottobre 2013 (<http://convegnovenetia.wordpress.com/>).

<sup>5</sup> Cfr. le ormai numerose proposte di legge presentate, alla Camera e al Senato, nel corso della XVII legislatura; in particolare, per la Camera, le proposte C.5 (di iniziativa popolare), C.519 (Damiano e altri), C.709 (Airaudo e altri) e C.1376 (Polverini); per il Senato, i d.d.l. nn. 993; 986; 184 e 654. Per riferimenti a tali proposte v. ZOPPOLI L., *Impresa e relazioni industriali dopo la guerra dei tre anni: verso una nuova legge sindacale? Considerazioni a valle di Corte Cost. 231/2013*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo* (in corso di pubblicazione); MAGNANI M., *Le rappresentanze sindacali in azienda tra contrattazione collettiva e giustizia costituzionale. Prime riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 231/2013*, Working Paper ADAPT, 25 settembre 2013, n. 135.

<sup>6</sup> CARUSO B., *"Costituzionalizzare" il sindacato. I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicista*, in corso di pubblicazione su *LD*, 2014.

<sup>7</sup> Sulla nuova stagione, inaugurata dalla mancata sottoscrizione, da parte della Cgil, dell'Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, v. i contributi di SCARPELLI F., REGALIA I. - GALETTO M. - TAJANI C.; LASSANDARI A.; GIASANTI L.; BAVARO V.; ZOPPOLI L., pubblicati sul fascicolo monografico della RGL (*"I problemi giuridici della contrattazione separata"*), 2010, I, 3 e ss.; MARESCA A., *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, *RIDL*, 2010, I, 29; PESSI R., *La contrattazione in deroga: il «caso» Pomigliano*, *ADL*, 2010, 119. Un quadro sinottico dei principali Accordi separati del periodo precedente (2000-2009) nel contributo di REGALIA I. - GALETTO M. - TAJANI C., *Osservazioni sulle relazioni industriali nei casi di contrattazione separata*, 23.

<sup>8</sup> Accordo interconfederale del 28 giugno 2011; Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 e Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014.

costituzionale sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori<sup>9</sup> - sembra, peraltro, ridare fiato alla partecipazione, che di per sé esigerebbe un quadro definito di regole riguardanti almeno la rappresentanza aziendale dei lavoratori<sup>10</sup>.

Anche nell'attuale fase, «il tema della partecipazione incrocia (...) visibilmente le questioni di fondo della riforma delle relazioni industriali in Italia»<sup>11</sup> ed in particolare, la questione della rappresentanza aziendale, non separabile dal tema della partecipazione e viceversa<sup>12</sup>. La spinta progettuale che investe, oggi, i principali istituti del diritto sindacale italiano<sup>13</sup> sembra, così, voler convogliare anche la partecipazione sulla strada delle riforme.

Fra le posizioni favorevoli ad una legge sulla rappresentanza sindacale<sup>14</sup> emerge, infatti, l'idea di un intervento legislativo ad ampio spettro di stampo partecipativo, ritenendosi che, proprio nel quadro di una legge sulla rappresentanza, potrebbe essere affrontata in maniera sistematica e incisiva la materia partecipativa<sup>15</sup>. Se è vero che «una corretta prospettiva partecipativa potrebbe tornare d'attualità per progettare un futuro migliore del presente»<sup>16</sup>, è vero pure che tale ap-

<sup>9</sup> Corte cost. 231/2013. Sul carattere non esplicito del "fuggevole" passaggio finale della pronuncia, con il quale i giudici costituzionali avrebbero invitato il legislatore ad intervenire in materia di rappresentanza sindacale, v. ZOPPOLI L., *Impresa e relazioni industriali*, cit.; sulla debolezza del monito al legislatore, v., inoltre, CARUSO B., *La Corte costituzionale tra Don Abbondio e il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sent. n. 231/13*, RIDL, 2013, n. 4, 915-917. Per un'ampia analisi delle generali condizioni di contesto sommariamente richiamate, che faciliterebbero un intervento eteronomo sulla rappresentanza e sulla rappresentatività sindacale, v. CARUSO B., *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 206/2014. Fra le posizioni meno propense ad un intervento legislativo "a tutto tondo" e ancora favorevoli ad una regolazione di natura prevalentemente endo-sindacale, MARESCA A. e TREU T., *Interventi al Convegno "Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali"*, Napoli, 28-29 novembre 2013. Fra le voci più nettamente favorevoli all'astensionismo TIRABOSCHI M., *Legge sindacale: le ragioni del no*, in CARINCI F. (a cura di) *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte Cost. n.231/2013*, IX edizione del seminario di Bertinoro-Bologna, *Adapt Labour Studies*, 2014, 165 (ma v. anche POTESTIO P., *Una legge sulla rappresentanza sindacale: il commento di un economista*, *Bollettino Adapt*, 16 ottobre 2013).

<sup>10</sup> MARIUCCI L., *La partecipazione: come rendere credibile una vecchia parola*, DLM, 2005, 610, per il quale «la partecipazione strutturata esige un quadro definito delle relazioni sindacali» e «un assetto definito della rappresentanza e rappresentatività sindacale, e della efficacia del contratto collettivo»; *Id.*, *L'agenda desiderabile: idee per una nuova fase del diritto del lavoro*, LD, 2013, 174.

<sup>11</sup> D'ANTONA M., *Partecipazione, codeterminazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, RGL, 1992, I, ora in *Massimo D'Antona - Opere* (a cura di B. CARUSO, S. SCIARRA), Giuffrè, 2000, vol. II, 332.

<sup>12</sup> *Ibidem*, 356.

<sup>13</sup> DE LUCA TAMAJO R., *Riforme (im)possibili nel diritto sindacale*, DLM, 2011, 1.

<sup>14</sup> Non è questa la sede per proporre una sintesi del dibattito in corso, per il quale si rinvia al recente contributo di MARAZZA M., *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? la questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 209/2014. Si richiamano soltanto la proposta del gruppo di giuslavoristi coordinato da Mario Rusciano e Lorenzo Zoppoli, facente capo alla Rivista *DLM* (di prossima pubblicazione sul n. 1/2014 della medesima Rivista) e il progetto di un altro gruppo di giuristi del lavoro (Bruno Caruso, Raffaele De Luca Tamajo, Riccardo Del Punta, Marco Marazza, Arturo Maresca, Adalberto Perulli, Roberto Romei, Franco Scarpelli, Valerio Speciale) i cui contenuti sono anticipati nel saggio di CARUSO B., *Per un intervento eteronomo*, cit.

<sup>15</sup> Due dei d.d.l. richiamati alla nota 4 sono già stati formulati in questa prospettiva, in particolare, i d.d.l. C.519 e C.1376. Assai più completo e articolato, in merito al profilo della partecipazione, è il progetto di legge sindacale del gruppo di *DLM*, che dedica due interi capi (V e VI) al "*Coinvolgimento e partecipazione dei lavoratori nella gestione delle imprese*" e alla "*Partecipazione azionaria dei lavoratori (...)*".

<sup>16</sup> ZOPPOLI L., *Per una legge sindacale di stampo partecipativo*, in CARINCI F. (a cura di) *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza*, cit., 180.

proccio potrebbe servire, per esempio, ad abbandonare la strada della conflittualità e delle lacerazioni sperimentate in alcune realtà industriali negli ultimi anni (emblematico il conflitto FIAT-Fiom del biennio 2010-2011<sup>17</sup>).

Anche per tali ragioni il dibattito sulla partecipazione torna in auge, in Italia, dopo anni di marginali esperienze, affiancate, tutt'al più, da una discussione teorica limitata ad una ristretta cerchia di giuristi<sup>18</sup>.

Se il tema costringe, così, «a riprendere in mano pagine ingiallite»<sup>19</sup> per non smarrire il senso di alcuni classici insegnamenti, ripensare, oggi, al contenuto di quegli scritti allungando lo sguardo al futuro induce a riconoscere che, in tale materia, la riflessione teorica non può essere speculare alle fasi storiche dell'iniziativa sindacale e legislativa che, nei diversi momenti, ha inteso sostenere la partecipazione e non è, pertanto, riconducibile a sequenze temporali parallele a quelle fasi.

Più che in altri campi, la riflessione sulla partecipazione sembra piuttosto imporre un “pensare insieme”, un tentativo di cogliere simultaneamente i tempi dell'elaborazione teorica, per ottenere, nella fase presente, effetti di prospettiva e di “profondità di campo”, utili per almeno due ragioni: innanzitutto, per cogliere alcune differenze che riguardano le categorie teoriche, il lessico, ma anche le soluzioni legislative proposte; differenze che – come si vedrà – segnano il confronto fra gli attuali e i più tradizionali termini del “discorso” giuridico sulla partecipazione in Italia. Guardare simultaneamente al dibattito teorico tradizionale, alla progettualità legislativa presente e, infine, alle prospettive future è inoltre utile per verificare l'attualità di alcune classiche distinzioni: *in primis*, quella fra contrattazione e partecipazione e, in secondo luogo, quella fra partecipazione dei lavoratori alle decisioni d'impresa e partecipazione finanziaria<sup>20</sup>.

In tale prospettiva aperta sarà bene, sin d'ora, adottare alcune convenzioni lessicali che assegnino ai termini di cui si farà uso un significato univoco<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Tra gli innumerevoli contributi sul caso Fiat, si richiamano, senza pretesa di completezza, il numero monografico di *Lavoro e Diritto* (Il caso Fiat: una crisi di sistema?), LD, 2011, n.2; CARINCI F., *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 113/20; CARUSO B., *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica...e cronaca*, RIDL, 2011, III, 265; DE LUCA TAMAJO R., *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, ibidem, III, 113.

<sup>18</sup> Cfr. i classici contributi - di taglio sia gius-lavoristico che gius-commercialistico - di GHEZZI G., *Sub art. 46 Cost.*, cit.; MONTALENTI P., *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, Angeli, 1981; BONELL M.J., *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa. Profili comparatistica*, Giuffrè, 1983; Id., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, I) *Diritto commerciale*, EGT; ARDAU G., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione d'impresa*, NDI, Appendice, V, Torino, 1984, 698; PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, 1985; Id., *Democrazia industriale*, DDPCom, IV, Torino, 1989, 241; TREU T., *Cogestione e partecipazione*, DLRI, 1989, 597; D'ANTONA M., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, EGT, XXII, 1990.

<sup>19</sup> MARIUCCI L., *La partecipazione: come rendere credibile*, cit., 605.

<sup>20</sup> Entrambe le distinzioni sono particolarmente enfatizzate da PEDRAZZOLI M., *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un'idea*, RIDL, 2005, I, 427. Cfr. pure DEL PUNTA R., *Contrattazione e partecipazione*, in BAYLOS A. - CARUSO B. - D'ANTONA M., SCIARRA S. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, 1996, Monduzzi, 481.

<sup>21</sup> È sintomatico che, anche alla luce del nuovo lessico euro-unitario, tutti i più recenti lavori monografici sulla partecipazione mostrino, sin dall'incipit, l'esigenza di chiarimenti lessicali: cfr. BIASI M., *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Egea, 2013, 1 e ss.; DURANTE A., *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa tra libertà economica e democrazia industriale. L'ordinamento giuridico europeo e le prospettive italiane*, Universitas Studiorum, 2013, 33 e ss.; CORTI M., *La partecipazione di lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e pensiero, 2012, 15 e ss.; CARAGNANO R., *Il codice della partecipazione. Contributo allo studio della partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, 2011, 2 e ss. V. anche, fra le voci recentemente pubblicate in argomento su enciclopedie giuridiche e trattati, BELLOCCHI P., *Sub art. 46 Cost.*, in AMOROSO G. - DI CERBO V. - MARESCA A., *Le fonti del diritto italiano. Diritto del lavoro*, vol. I, Giuffrè, 435; OLIVELLI P. - CIOCCA G., *La partecipazione del sindacato*



Nel lessico e nelle definizioni del diritto dell'Ue esiste, da tempo, un termine nuovo - "coinvolgimento" dei lavoratori (nella terminologia inglese "*employee involvement*") - che descrive «qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, consultazione e *partecipazione*, mediante il quale i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'*influenza* sulle decisioni che devono essere adottate»<sup>22</sup> e che allude, dunque, ad *ogni congegno utile a coinvolgere i lavoratori* (i.e.: i loro rappresentanti) *nei processi decisionali* dell'impresa.

Se il coinvolgimento rappresenta la categoria generale e comprende ogni meccanismo utile a produrre decisioni sulle quali i lavoratori hanno, in qualche modo, *possibilità di influire*<sup>23</sup> (*senza* necessariamente *co-decidere*) - sicché tanto l'informazione/consultazione, quanto la partecipazione sono incluse, ma chiaramente distinte, nella categoria - la "partecipazione" è una *species* del *genus* "coinvolgimento", alludendo a quella *specific modalit  di influenza* nelle attivit  di una societ  che si esercita *mediante l'ingresso di rappresentanti dei lavoratori negli organi* di amministrazione e/o di vigilanza o controllo<sup>24</sup>. Per il legislatore europeo, il tratto caratteristico della "partecipazione"  , dunque, rappresentato dalla natura *strutturale* del "coinvolgimento" - la stabile presenza di rappresentanti dei lavoratori negli organi societari - e prescinde dal risultato decisionale: l'ingresso di rappresentanti dei lavoratori negli organi societari non garantisce, di per s , che si giunga all'assunzione di decisioni comuni, dal momento che la partecipazione organica dei lavoratori pu  anche essere minoritaria rispetto al numero totale dei soggetti che compongono gli organi societari.

Nella pi  rigorosa accezione del termine accolta dalla nostra dottrina, viceversa, il termine "partecipazione" - quasi sempre opportunamente coadiuvato dall'attributo "decisionale"<sup>25</sup> -   impiegato per indicare i soli congegni utili a produrre decisioni *comuni*; esso allude ai soli meccanismi per effetto dei quali la decisione finale   formalmente riferibile ad entrambe le parti<sup>26</sup> e comprende, dunque, le sole prassi che producono *co-gestione* e non semplicemente *partecipazione alla gestione*.

in generale in LUNARDON F. (a cura di) *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in PERSIANI M. - CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Cedam, 2011, 779-785; ZOPPOLI L., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda*, ED, Annali, IV, Giuffr , 2011, 910.

<sup>22</sup> C.vo nostro. La definizione   fornita dagli artt. art. 2, lett. h), Dir. 2001/86/CE e Dir. 2003/72/CE, rispettivamente riguardanti il coinvolgimento dei lavoratori nella Societ  europea (Se) e nella Societ  Cooperativa Europea (SCE).

<sup>23</sup> Per riprendere ancora D'ANTONA M., *Partecipazione, codeterminazione*, cit. - la cui classificazione  , ovviamente, antecedente all'attuale fase di ibridazione del lessico e delle categorie (nazionali ed euro-unitari) -, quel che oggi si indica con il termine "coinvolgimento" equivale a ci  che per l'A. era, allora, la «partecipazione nel significato comportamentale» e, ci , appunto, qualsiasi prassi idonea a produrre decisioni "*partecipate*" (e non "*comuni*"). In quello stesso scritto l'A. notava, giustamente, come una simile accezione del termine partecipazione fosse tale da comportare, tuttavia, «un'incontrollabile dilatazione del campo di indagine», essendo idonea a ricomprendere persino la contrattazione collettiva, specialmente quella di tipo "gestionale" (sp. 316-317). Il termine "coinvolgimento" sembra assumere oggi, invece, un'accezione pi  ristretta, nella misura in cui non ingloba, al suo interno, la contrattazione collettiva.

<sup>24</sup> Artt. 2, lett. k), Dir. 2001/86/CE e Dir. 2003/72/CE, nei quali si fa testualmente riferimento a: «l'influenza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei rappresentanti dei lavoratori nelle attivit  di una societ  mediante: -il diritto di eleggere o designare alcuni dei membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della societ  o -il diritto di raccomandare la designazione di alcuni o di tutti i membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della societ  e/o di opporvisi.

<sup>25</sup> Sempre D'ANTONA M., *Partecipazione, codeterminazione*, cit.

<sup>26</sup> Cfr. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, cit.; Id., *Partecipazione, costituzione economica*, cit., sp. 437-438, cui adde, recentemente, BIASI M., *Il nodo della partecipazione*, cit., 1-9.

Posto, dunque, che esiste una sfasatura lessicale e concettuale fra la normativa europea e la tradizionale elaborazione teorico-dottrinale, anche nel prosieguo di questo scritto si finirà per impiegare il termine “coinvolgimento”, utilizzandolo in un’accezione molto generale e come sinonimo del semplice termine “partecipazione”.

Poiché l’influenza dei meccanismi di coinvolgimento (o di partecipazione) nei processi decisionali dell’impresa può avere, infatti, diverse gradazioni, si parlerà di “partecipazione decisionale”, co-gestione o coinvolgimento “forte”, in presenza di meccanismi istituzionali *stabilmente destinati a produrre decisioni comuni* (non eventuali, dunque, ma necessarie)<sup>27</sup>. Si parlerà, invece, di semplice partecipazione, o di coinvolgimento, allorché l’influenza dei lavoratori sulle decisioni che devono essere adottate non è tale da paralizzare il potere decisionale dell’imprenditore e non conduce necessariamente a decisioni comuni<sup>28</sup>.

Compiute queste premesse, è opportuno entrare nel vivo dell’analisi che si proporrà nei paragrafi successivi. Quest’ultima, pur essendo incentrata sulla prospettiva presente, sulla (non organica) normativa in vigore e sui progetti di intervento legislativo dell’attuale legislatura, utilizzerà le premesse compiute per individuare i nuovi termini del recente dibattito – politico-legislativo e sindacale – sulla partecipazione.

## 2. Il ritorno in auge della partecipazione in Italia all’inizio del nuovo millennio: ordinamento multilivello e livello metagiuridico.

Non è certo questa la sede per ripercorrere le fasi del dibattito teorico e dell’iniziativa politica, sindacale e legislativa susseguitesi sul tema della partecipazione in un arco temporale ormai ampio, che va dal periodo post-costituzionale all’inizio del nuovo millennio<sup>29</sup>; periodo nel quale sono confluite diverse culture e tradizioni politiche a tradizione partecipativa, fra le quali vanno almeno ricordate quella del personalismo cattolico, del socialismo riformista e della destra sociale<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Sempre D’ANTONA M., *Partecipazione, codeterminazione*, cit., utilizzava, in tal caso, il termine partecipazione «nel significato istituzionale» precisando che «ciò che connota i meccanismi istituzionali di partecipazione è che la decisione comune non è eventuale» ma necessaria, in quanto «sulle materie oggetto di partecipazione l’autonomia di entrambe le parti è stata preventivamente limitata dall’istituzione dell’organismo o della procedura» (316-318).

<sup>28</sup> Negli stessi termini, oggi, CORTI M., *La partecipazione di lavoratori*, cit., 32-33; BIASI M. – FALSONE M., *Partecipazione e conflitto*, cit.

<sup>29</sup> Si tratta di un periodo peraltro ampio, del quale sono già state scandite, in altre sedi, le fasi (cfr., per tutti, D’ANTONA M. *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, cit.): il dopoguerra; gli anni settanta (con i “contratti di sviluppo” e i diritti di informazione e di esame congiunto previsti dalle prime parti del CCNL: TREU T.-NEGRELLI, *I diritti di informazione nell’impresa*, Il Mulino, 1985); i successivi decenni ottanta e novanta, ai quali va ricondotta una delle tante “occasioni mancate” di disciplina della partecipazione: la proposta di una legge per la democrazia industriale (*proposta di legge Labriola* n. 4006 del 15 marzo 1983) presentata dal gruppo parlamentare socialista. L’articolato normativo, della cui stesura si erano occupati Franco Carinci e Marcello Pedrazzoli si legge in CARINCI F. – PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Una legge per la democrazia industriale*, Marsilio, 1984.

<sup>30</sup> CASTRO M., *Le traiettorie della partecipazione nel caso italiano: un’occasione di modernizzazione*, DRI, 2010, 85; DE ANGELIS L., *Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, visionabile alla pagina Internet: [http://virgo.unive.it/ecf-workflow/upload\\_pdf/001-De%20Angelis.pdf](http://virgo.unive.it/ecf-workflow/upload_pdf/001-De%20Angelis.pdf)

L'apertura di una "nuova fase", di parziale superamento delle contrapposizioni ideologiche e di sintesi programmatiche, - nella quale si è infatti auspicata, da più parti, una convergenza bipartisan su una legislazione di sostegno alla partecipazione<sup>31</sup> - può essere, invece, fissata all'inizio del nuovo millennio; si è parlato, al riguardo, di una nuova stagione partecipativa di matrice essenzialmente europea<sup>32</sup>.

E in effetti, se si guarda al contesto nazionale, deve riconoscersi che la partecipazione è oggetto, da qualche tempo, di un rinnovato interesse delle imprese, del sindacato e dell'iniziativa parlamentare. Due principali fattori sembrano determinare tale nuovo interesse.

Il primo attiene al piano degli ordinamenti giuridici, al contesto ordinamentale multilivello e ai reciproci condizionamenti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali<sup>33</sup>. Non vi è dubbio che la ripresa di interesse sul tema del coinvolgimento - per utilizzare il lessico europeo - sia dipesa, innanzitutto, dall'interdipendenza fra fonti dell'Unione europea e fonti nazionali ed, in particolare, dall'infiltrazione delle prime nell'ordinamento nazionale<sup>34</sup>. È infatti noto che, proprio in materia di coinvolgimento dei lavoratori, l'Ue abbia adottato, dopo decenni di intensa progettualità, ben cinque direttive a partire dal 2001<sup>35</sup> e che la relativa trasposizione sia avvenuta, in Italia, con sei decreti legislativi del decennio 2002-2012<sup>36</sup>.

Né può perdersi di vista quel «formidabile "collante"»<sup>37</sup> tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo, costituito, oggi, dai diritti fondamentali e, per quanto qui interessa, dal riconoscimento del "diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa" operato dall'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue; un riconoscimento che compare proprio nell'*incipit* del Titolo della Carta dedicato alla "Solidarietà". Siamo in presenza, in tal caso, di un dato giuridico di tutto rilievo, se non altro perché dalla norma europea sul diritto all'informazione e alla consultazione può discendere un consolidamento e un rinnovamento della struttura e del significato dell'enunciato costituzionale interno (sulla collaborazione dei lavoratori alla

<sup>31</sup> NAPOLI M., *La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario*, DRI, 2010, 76-79.

<sup>32</sup> Di una nuova stagione partecipativa "importata dall'Europa" ha parlato ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit.; in argomento, *amplius*, OLIVELLI P., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese* (Relazione svolta alle giornate di studio AIDLASS sul tema «*Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese*», Lecce, 27-28 maggio 2005), GDLRI, 2005, 321.

<sup>33</sup> CARUSO B., MILITELLO M., *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 94/2012.

<sup>34</sup> RUGGERI A., *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione "multilivello" del sistema delle fonti*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2008.

<sup>35</sup> Lasciando al decennio precedente la prima direttiva sui Comitati Aziendali Europei (Dir. 94/45/CE), sono cinque le direttive adottate nello scorso decennio: Dir. 2001/86/CE che completa lo Statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori; Dir. 2003/72/CE che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori; Dir. 2002/14/CE contenente un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori; Dir. 2005/56/CE sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali; Dir. 2009/38/CE riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (rifiusione).

<sup>36</sup> D. lgs. n. 74/2002; d. lgs. n. 188/2005; d. lgs. n. 48/2007; d. lgs. n. 25/2007; d. lgs. n. 108/2008; d. lgs. n. 113/2012 (che ha abrogato il d. lgs. n. 74/2002).

<sup>37</sup> RUGGERI A., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2007.

gestione delle imprese: art. 46 Cost.), che può essere (ri)letto alla luce della diversa e più attuale formulazione contenuta nella Carta<sup>38</sup>: non più il «paternalistico-compassionevole»<sup>39</sup> diritto dei lavoratori di collaborare alla gestione delle imprese ma il più avanzato diritto al coinvolgimento.

Certo, è forse troppo ottimistica la «sensazione di un'inarrestabile marcia di avanzamento dei modelli partecipativi»<sup>40</sup> dovuta al riconoscimento del diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nella Carta e alla trasposizione delle direttive europee sull'*involvement*. E lo è anche in ragione del deciso freno che la Corte di giustizia Ue ha inteso porre all'utilizzabilità dell'art. 27 della Carta alla stregua di "principio" (ai sensi degli artt. 51, paragrafo 1, e 52, paragrafo 5, della Carta) e in combinato disposto con la direttiva 2002/14/CE nelle controversie fra privati, laddove in sede di verifica della conformità delle normative nazionali sull'*involvement* al diritto (primario e derivato) europeo il giudice nazionale intenda procedere ad una eventuale disapplicazione di queste ultime per difformità<sup>41</sup>.

Ma è d'altra parte innegabile che, come in altri ambiti, anche in materia di partecipazione, temi, concetti e categorie del lessico europeo abbiano creato un complessivo adattamento del discorso politico-istituzionale e della legislazione nazionale al "discorso" europeo<sup>42</sup>.

b) Il secondo fattore che sta alla base del nuovo interesse verso la partecipazione non attiene più al piano degli ordinamenti giuridici, ma ad un livello metagiuridico - le ragioni delle imprese, della competitività, del mercato e i modelli di relazioni industriali – ed è stato, negli anni recenti, profondamente influenzato dalla crisi. Fra le sfide generate dalla crisi sembra esservi un generale ripensamento del modello di relazioni industriali conflittuale e del ruolo tradizionalmente riven- dicativo-contrattuale del sindacato.

<sup>38</sup> L'idea di «ambientare le relazioni tra gli enunciati in tema di diritti sul piano della *teoria dell'interpretazione*» proviene da RUGGERI A., *Carte internazionali dei diritti*, cit., ed è ripresa da più AA. in ambito giuslavoristico: cfr. l'introduzione di DE LUCA TAMAJO R., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana*, ai due fascicoli monografici della *Rass. dir. pubbl. eur.*, (2008, n. 2 e 2010, n. 1), 2008, 3; per una rilettura in questa chiave del diritto al lavoro, ex art. 4 Cost., è possibile vedere ALAIMO A., *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati*, Giappichelli, 2009, cap. I; proprio con riferimento all'art. 46 Cost. v. invece, ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit.; e, da ultima, DURANTE A., *Il coinvolgimento dei lavoratori*, cit., 219, la quale rileva come proprio la duttilità dell'art. 46 Cost. sia utile «a consentire la trasposizione del diritto europeo in materia di *involvement* "senza strappi o condizionamenti" di sistema» e come, pertanto, nel nuovo quadro ordinamentale multilivello il "diritto a collaborare" possa «non essere letto nel senso ossimorico che lo ha reso avverso a gran parte del movimento sindacale ma proiettato nell'ampio e variegato spettro dal contenuto plurimo e variabile del coinvolgimento dei lavoratori di matrice europea». Tale possibilità non sembra, tuttavia, condivisa da PEDRAZZOLI M., *Partecipazione, costituzione economica*, cit., 443, per il quale l'art. 46 Cost. sarebbe riferibile alla sola partecipazione-codeterminazione (443), né varrebbe la pena di «giocarlo al ribasso, quale fondamento sproporzionato dei diritti di informazione e di consultazione» (447).

<sup>39</sup> BRONZINI G., *Diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione*, cit., 33.

<sup>40</sup> ZOPPOLI L., *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro*, DRI, 2010, 21.

<sup>41</sup> CGUE 15.1.2014 causa C-176/12. Sulla pronuncia v. DELFINO M., *La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi sociali fondamentali. Considerazioni a partire dal caso Association de médiation sociale*, DLM, 2013...; CARUSO B., PAPA V., *I percorsi "accidentati" della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue...eppur la talpa scava*, RGL, 2014, n. 2 (in corso di pubblicazione). Sulle articolate conclusioni dell'Avv. Generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 18 luglio 2013 nella controversia in oggetto, favorevoli, viceversa, al riconoscimento della natura di "principio" all'art. 27 della Carta, ALAIMO A., *Rappresentanze aziendali, diritti di coinvolgimento e negoziazione collettiva nelle imprese "globali"*, RGL, 2013, I, 61-62.

<sup>42</sup> Come osserva, PEDRAZZOLI M., *Partecipazione, costituzione economica*, cit., 429, lo stesso impiego del termine *involvement*, «rende evidente il salto».

Se anche si volge lo sguardo al passato, si nota, del resto, che il contesto imprenditoriale italiano è maggiormente disponibile a modelli di relazione con il sindacato collaborativi e partecipativi durante le fasi di crisi o di transizione (per tornare, magari, allo «schema manageriale unilaterale» in momenti diversi)<sup>43</sup>, sicché la partecipazione viene ciclicamente riproposta come strumento per uscire da fasi recessive, per rilanciare la crescita e risanare le imprese e il sistema produttivo e per generare, a valle, effetti positivi sull'occupazione. Come ha scritto Mario Napoli, lo «sbocco partecipativo» diventa, così, lo strumento in grado di «dare fiato a relazioni industriali che consentano convergenza di obiettivi tra imprese e lavoratori nel superamento della crisi»<sup>44</sup>, permettendo di affrontare al meglio le implicazioni e le difficili scelte compromissorie che ad essa si legano, comprese le eventuali contrattazioni in deroga<sup>45</sup>.

Sta di fatto che, in concomitanza con la grande crisi finanziaria scatenatasi in Occidente nel 2008, anche in Italia «ha fatto irruzione nel dibattito politico (...) la partecipazione, improvvisamente restituita, dopo anni di trascuratezza (...), al ruolo di strumento decisivo per l'uscita dalla fase recessiva e per la ricostruzione virtuosa del sistema competitivo italiano»<sup>46</sup>.

Nella medesima prospettiva, le parti sociali (con la nota eccezione della Cgil) hanno, infatti, considerato il possibile rilancio della partecipazione nel documento sulla produttività del novembre 2012<sup>47</sup>, *a latere* dello sviluppo della contrattazione decentrata finalizzata a favorire la crescita della produttività aziendale. Nel documento, la diffusione di una «cultura della partecipazione» viene significativamente auspicata anche dalle confederazioni delle imprese<sup>48</sup> (da sempre poco inclini a promuovere forme partecipative dei lavoratori), nel contesto di un modello di relazioni industriali che le parti considerano «moderno, attento agli obiettivi generali dell'economia, orientato alla competitività delle imprese, allo sviluppo coeso dei territori e al miglioramento delle condizioni e della qualità del lavoro».

### 3. L'ascesa del paradigma partecipativo nella cultura giuridica e sindacale e nell'iniziativa governativa e parlamentare dell'ultimo decennio.

Se quelli indicati sono i fattori determinanti la ripresa di interesse sul tema, è utile scandire i passaggi dell'iniziativa sindacale, governativa e parlamentare che hanno segnato, nel primo decennio del nuovo millennio, il ritorno in auge del paradigma partecipativo<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> DURANTE A., *Il coinvolgimento dei lavoratori*, cit., 228.

<sup>44</sup> NAPOLI M., *La discussione parlamentare*, cit., 78.

<sup>45</sup> TREU T., *Le relazioni industriali nell'era della globalizzazione: gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, *Bollettino Adapt.it* 18 settembre 2012.

<sup>46</sup> CASTRO M., *Le traiettorie della partecipazione*, 83.

<sup>47</sup> *Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia*, 21 novembre 2012 (punto 4. *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa*) sul quale v. LASSANDARI A., *Divisione sindacale e "crescita di produttività e competitività"*, *LD*, 2013, 244.

<sup>48</sup> Il documento reca la firma di ABI, ANIA, Confindustria, Alleanza Cooperative, Rete imprese Italia.

<sup>49</sup> Il clima di generale interesse verso la partecipazione ha influenzato, nello scorso decennio, anche il dibattito teorico, culminato nelle Giornate di studio dell'AIDLASS svoltesi a Lecce, 27-28 maggio 2005, i cui Atti sono pubblicati nel volume *«Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese»*, Giuffrè, 2006.

Vanno ricordati, innanzitutto, i tre «*Avvisi comuni*» delle parti sociali che hanno preceduto la trasposizione delle direttive europee sul coinvolgimento dei lavoratori<sup>50</sup>, sui quali, per via degli obblighi di trasposizione, vi è stata convergenza di posizioni da parte dei sindacati confederali; ed, infine, l'«*Avviso comune in materia di partecipazione* del 9 dicembre 2009» che, viceversa, ha registrato il dissenso della Cgil. In tale occasione quest'ultima confederazione ha, in qualche modo, anticipato la posizione di divergenza manifestata, qualche anno dopo, sul documento sulla produttività (2012).

Al pari di tale più recente documento, l'*Avviso comune* del 2009 è, infatti, sorretto da obiettivi comuni di crescita dell'economia, «solidità competitiva del sistema produttivo», crescita della produttività del lavoro e qualità dell'occupazione e si basa sul presupposto che la partecipazione rappresenti la soluzione più adeguata per «conciliare la solidarietà del modello sociale europeo con l'efficienza richiesta dal mercato globale».

Diversamente dai primi tre *Avvisi*, esso è inoltre legato al filone di proposte legislative sulla partecipazione presentate nel corso della XVI legislatura (sei d.d.l.<sup>51</sup>, confluiti poi in un testo unificato, presentato, in una prima versione, dal senatore Pietro Ichino<sup>52</sup>) e indipendenti dagli adempimenti legislativi richiesti dalla trasposizione delle tre direttive europee<sup>53</sup>.

Tanto è vero che, con quel documento, le parti sociali convenivano di «avviare un monitoraggio (...) delle pratiche partecipative in atto, alla stregua della normativa legale e contrattuale vigente», chiedendo, al contempo, a Governo e Parlamento «di astenersi, per i prossimi dodici mesi, da ogni iniziativa legislativa in materia». L'intenzione sembrava quella di riportare la partecipazione sotto l'egida dell'autonomia, sottraendola ad interventi eteronomi di matrice legale.

Dopo l'*Avviso comune*, ed in coerenza con le indicazioni fornite dalle parti sociali, il Governo di centrodestra, si è così limitato a fornire un contributo tecnico al rilancio della partecipazione, stilando un «*Codice della partecipazione*», una raccolta ragionata della normativa vigente (italiana ed euro-unitaria) e delle *best practices* delle esperienze partecipative.

Un intervento legislativo di quella fase - da ricordare almeno per le buone intenzioni di stimolo alle pratiche partecipative - è consistito, infine, nella istituzione del *Fondo speciale per l'incentivazione della partecipazione dei lavoratori nelle imprese*<sup>54</sup> - che avrebbe dovuto intervenire in

<sup>50</sup> L'Avviso comune per il recepimento della Dir. 2001/86/CE del 2.3.2006; l'Avviso comune per il recepimento della Dir. 2003/72/CE del 28.9.2006; l'Avviso comune per la trasposizione della Dir. 2002/14/CE del 27.11.2006.

<sup>51</sup> D.d.l. n. 803 (A.S. - Castro et al.); d.d.l. n. 964 (A.S. - Treu et al.); d.d.l. n. 1308 (A.S. - Bonfrisco); d.d.l. n. 1531 (A.S. - Adragna), d.d.l. n. 2572 (A.S. - Lanutti); d.d.l. n. 210 (A.C. - Cirielli).

<sup>52</sup> La prima bozza di testo unificato è stata presentata il 18 maggio 2009; l'ultima versione risale, invece, al 22.2.2012 (ed è stata approvata dal Comitato ristretto incaricato della redazione dalla Commissione lavoro del Senato). Entrambi i testi sono consultabili al sito [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).

<sup>53</sup> Ho già evidenziato come il binario della comunitarizzazione dell'ordinamento italiano in materia di "coinvolgimento dei lavoratori" (che il legislatore nazionale ha cominciato a percorrere proprio in occasione della trasposizione della prima direttiva sui CAE) non incroci bene - malgrado le dichiarate "ascendenze europee" dei diversi disegni di legge - il binario occupato dal dibattito e dalla progettualità legislativa in tema di partecipazione dei lavoratori nell'impresa: ALAIMO A., *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*, DRI, 2009, 1002.

<sup>54</sup> Art. 4, commi 113 e 114, l. 24.12.2003, n. 350 (legge finanziaria per il 2004).

sostegno di programmi (predisposti per l'attuazione di accordi sindacali o statuti societari) finalizzati a valorizzare la partecipazione dei lavoratori ai risultati o alle scelte gestionali delle imprese. L'istituzione del fondo era già stata accompagnata dalla creazione del Comitato paritetico che avrebbe dovuto occuparsi della sua gestione<sup>55</sup>.

La progettata esperienza è stata, tuttavia, travolta dal contenzioso Stato-Regioni sulle competenze legislative attribuite dalla Costituzione dopo la riforma del titolo V; un contenzioso che ha notoriamente investito, in quel periodo, più di una normativa collocata all'incrocio di materie diversamente attribuite a Stato e Regioni dall'art. 117 Cost.

La Corte costituzionale ha, così, dichiarato illegittima la normativa sul *Fondo speciale per l'incentivazione della partecipazione* (a) per la ragione che il «complesso normativo» che la prevedeva era, per l'appunto, terreno di incrocio di competenze legislative diversamente allocate (la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile; la potestà legislativa concorrente, di Stato e Regioni, in materia di «tutela e sicurezza del lavoro»), nonché (b) in ragione della mancata predisposizione (da parte del legislatore nazionale) di strumenti volti a garantire la leale collaborazione tra Stato e Regioni in materia di partecipazione<sup>56</sup>.

#### 4. Frammenti normativi e tentativi di disciplina legale organica della partecipazione: l'art. 8 della l. 148/2011, la delega al Governo sulle «forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa» (l. 92/2012 e d.d.l. 1051/2013) e la proposta di legge sindacale del gruppo di «Diritti lavori mercati».

Delineati, per sommi capi, i principali passaggi che nel decennio passato hanno segnato il ritorno in auge della partecipazione, si può finalmente guardare alla fase presente.

L'episodio legislativo di maggiore spicco rimane, indiscutibilmente, la delega al Governo attribuita dall'art. 4 (commi 62 e 63) della l. n. 92 del 2012 al fine di «conferire organicità e sistematicità alle norme in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, nonché di partecipazione»<sup>57</sup>.

Alcuni ulteriori «frammenti» di disciplina della partecipazione gestionale e finanziaria meritano, tuttavia, di essere almeno ricordati.

Il primo è contenuto nel controverso art. 8 della l. 148/2011<sup>58</sup>, che include fra i possibili fini della «contrattazione collettiva di prossimità» l'adozione di «forme di partecipazione dei lavoratori». Al pari di altre finalità (maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali,

<sup>55</sup> Il Comitato – composto (ex art. 4, c. 113, l. n. 350 del 2003) da dieci esperti, dei quali due in rappresentanza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e otto in rappresentanza delle associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori maggiormente rappresentative a livello nazionale – era stato istituito con D.M. 4.11.2004.

<sup>56</sup> Corte cost. 16.6.2005, n. 231.

<sup>57</sup> GUARRIELLO F., *I diritti di informazione e partecipazione*, in CINELLI M.- FERRARO G.- MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 751; LOFFREDO A., *Delega al Governo in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, nonché per la definizione di misure per la democrazia economica*, in ALLAMPRESE A.- CORRAINI I.- FASSINA L. (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la l. 92/2012*, Ediesse, 2012, 293; MENEGATTI E., *La delega sulla partecipazione dei lavoratori: verso un nuovo modello di relazioni industriali?*, in CARINCI F.- MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Supplemento al n. 33 di DPL, 2012, 208.

<sup>58</sup> Di «confuso « frammento » di partecipazione presente nel controverso art. 8», parla DURANTE A., *Il coinvolgimento dei lavoratori*, cit., 250.



investimenti e avvio di nuove attività), la partecipazione dei lavoratori viene così annoverata tra i fini che possono giustificare regolazioni delle materie tassativamente indicate dalla disposizione in oggetto<sup>59</sup>, in deroga alle discipline contenute nei contratti collettivi nazionali e nella legge.

L'indicazione lascia perplessi, non soltanto perché la formula all'uopo impiegata identifica la finalità «più oscura» fra quelle indicate dall'art. 8<sup>60</sup>, confermando la genericità e l'indeterminatezza dei concetti utilizzati dalla disposizione per controllare la congruenza tra obiettivi da raggiungere e strumenti utilizzati (la deroga anche alla legge)<sup>61</sup> ed esercitare, dunque, lo scrutinio di «legittimità finalistica» degli accordi di prossimità<sup>62</sup> - affermazioni, peraltro, ampiamente condivisibili -, quanto per una ulteriore ed altrettanto significativa ragione. Incardinare la partecipazione – comunque la si intenda (e dunque, sia in termini di coinvolgimento che di partecipazione finanziaria) – fra i fini che consentono la riduzione dei livelli di protezione dei lavoratori equivale a strumentalizzarla ad obiettivi più di competitività dell'impresa che di democratizzazione dei suoi processi decisionali, mettendo in campo opzioni politico-legislative che, anziché favorire meccanismi effettivi di coinvolgimento dei lavoratori, sembrano richiamare scelte che, come si vedrà, sono state recentemente compiute da altri legislatori in materia di partecipazione azionaria dei lavoratori, proprio al fine di ridurre gli standard di tutela dei lavoratori subordinati<sup>63</sup>. Il frammento rischia, così, di divenire un *boomerang*.

Un altro tassello legislativo – riguardante, questa volta, la partecipazione finanziaria - si ritrova nella normativa sulle imprese *start-up* innovative, contenuta nel “decreto crescita” del 2012 (d.l. 179/2012, conv. nella l. 221/2012).

Si prevede, innanzitutto, uno sgravio fiscale e contributivo nell'ipotesi in cui la remunerazione dei lavoratori occupati da tali imprese sia corrisposta tramite *strumenti finanziari* (azioni, quote, strumenti finanziari partecipativi o diritti emessi dall'impresa *start-up* innovativa): in tal caso, la quota di remunerazione erogata non concorre alla formazione del reddito imponibile, sia ai fini fiscali che contributivi (art. 27). Fra le disposizioni che riguardano i rapporti di lavoro subordinati instaurati con tali imprese (art. 28), compare poi la previsione che la *retribuzione* dei lavoratori *sia* costituita da una parte fissa e da una *variabile*, «consistente in trattamenti collegati all'efficienza o alla redditività dell'impresa, alla produttività del lavoratore o del gruppo di lavoro, o ad altri obiettivi o parametri di rendimento concordati tra le parti, incluse l'assegnazione di opzioni per l'acquisto di quote o azioni della società e la cessione gratuita delle medesime quote o azioni».

Se la prima previsione si colloca nel solco di una ormai consolidata legislazione di sostegno contributivo e fiscale alla partecipazione finanziaria dei lavoratori<sup>64</sup>, la seconda rappresenta una no-

<sup>59</sup> Corte cost. 4 ottobre 2012, n. 221.

<sup>60</sup> BAVARO V., *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, 146.

<sup>61</sup> PERULLI A.- SPEZIALE V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 132/2011, 42.

<sup>62</sup> CARUSO B., ALAIMO A., *Diritto sindacale*, Il Mulino, 2013, 211.

<sup>63</sup> V., *infra*, § 4.2

<sup>64</sup> Cfr., da ultimo, sulle forme azionarie, SANTAGATA R., *Il lavoratore azionista*, Giuffrè, 2008, e su quelle retributive, ZILIO GRANDI G., *La retribuzione collegata alla produttività aziendale: quadro normativo di riferimento e impatto dell'accordo sui livelli retributivi*, DLM, 2013, 33.



vità più significativa, nella misura in cui sembra imporre l'adozione di forme di retribuzione variabile collegate all'efficienza, la produttività e/o la redditività nelle imprese oggetto del provvedimento<sup>65</sup>.

Ma torniamo alla delega contenuta nella l. n. 92 del 2012.

Benché si tratti di delega scaduta nei primi mesi dell'anno 2013, i suoi contenuti rimangono significativi per focalizzare le tendenze in atto nell'attuale fase di progettualità legislativa, se non altro perché il tentativo di delegare al Governo la disciplina della partecipazione viene reiterato in tre dei disegni di legge presentati nel corso dell'attuale legislatura, uno dei quali riproduce la delega nei medesimi termini della l. n. 92 del 2012 (d.d.l. n. 1051 del 19.9.2013 (*Delega al Governo in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, nonché per la definizione di misure per la democrazia economica*))<sup>66</sup>.

A questi ultimi contenuti (c. 62 e 63, art. 4, l. n. 92/2012 e art. 1 d.d.l. n. 1051 del 19.9.2013) si farà, dunque, riferimento nel prosieguo.

Obiettivo della delega sarebbe di «conferire organicità e sistematicità» ad una disciplina legale sino ad oggi piuttosto disarticolata, scarna (e prevalentemente occasionata dalla trasposizione delle direttive europee) e, soprattutto, poco effettiva. Basti pensare alle sorti del d. lgs. n. 25 del 2007<sup>67</sup>, il cui impatto sulle relazioni industriali a livello di imprese non è stato certamente pari alle aspettative<sup>68</sup>.

Un obiettivo del tutto apprezzabile, dunque, che consentirebbe di elevare a sistema le regole sul coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa, superando, attraverso l'impiego della nuova locuzione di matrice europea, le non poche incertezze etimologiche e concettuali<sup>69</sup> che in Italia si addensano, da decenni, attorno al tema della partecipazione.

Se si considerano, d'altra parte, le sorti della delega contenuta nella l. n. 92 del 2012, ci si accorge di quanto realistici siano stati i pronostici (espressi dai primi commentatori della l. n. 92 del 2012) della sua improbabile attuazione<sup>70</sup>, se non altro per la decisa opposizione mostrata dalle associazioni imprenditoriali più rappresentative, espressamente manifestata nel corso delle audizioni sul testo della legge da Confindustria e ABI.

<sup>65</sup> GUARRIELLO F., *I diritti di informazione*, cit., 768-769.

<sup>66</sup> Il d.d.l. n. 1051 porta la firma dei senatori Sacconi, Ichino, Gatti, Mussolini, Berger, M. Ferrara, Pagano, Piccinelli e Serafini. Degli ulteriori tre d.d.l. presentati nell'attuale legislatura - d.d.l. n. 338 (A.S. - De Poli); d.d.l. n. 395 (A.C. - Polverini); d.d.l. n. 53 (A.C. - Cirielli et al.) - altri due (n. 395 e n. 53) contengono delega al Governo, ma con contenuti diversi dalla precedente delega, ex l. n. 92/2012.

<sup>67</sup> Sul quale v. NAPOLI M. (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori. Commentario sistematico al d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, NLCC*, 2008; LUNARDON F. (a cura di), *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori. D. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, Ipsoa*, 2008; LEONARDI S. (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. I diritti di informazione e consultazione dopo il d. lgs. 25/2007*, Ediesse, 2010; ZOLI C., *I diritti di informazione e di cd. consultazione: il d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, RIDL*, 2008, 161; VERRECCHIA G., *Informazione e consultazione dei lavoratori: i minimi inderogabili nel d. lgs. n. 25 del 2007, DLM*, 2007, 339; ZOPPOLI L., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda*, cit., 924.

<sup>68</sup> NAPOLI M., *La discussione parlamentare*, cit., 74.

<sup>69</sup> ZOLI C., *La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli, DLM*, 2013, 558.

<sup>70</sup> GUARRIELLO F., *I diritti di informazione e partecipazione*, cit.; LOFFREDO A., *Delega al Governo in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, nonché per la definizione di misure per la democrazia economica*, in ALLAMPRESE A.- CORRAINI I.- FASSINA L. (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la l. 92/2012*, Ediesse, 2012, 293.

Il tentativo di mettere mano ad una disciplina organica dei diritti di coinvolgimento è, dunque, naufragato una prima volta ed è lecito nutrire dubbi sull'avanzamento e l'approdo del d.d.l. che ha riproposto la delega nel corso della XVII legislatura, se non altro per le diverse priorità di una legislatura che sino all'insediamento dell'attuale Governo (febbraio 2014) non appariva neppure sostenuta da un clima di stabilità governativa.

Se l'ottimismo della volontà manifestato con l'approvazione della delega<sup>71</sup>, sembra oggi imporre un certo pessimismo della ragione, si può tuttavia provare a riflettere su alcuni tratti caratteristici del più recente discorso – progettuale-legislativo – sul coinvolgimento dei lavoratori e, soprattutto, sui contenuti del principale tentativo di delega (l. n. 92/2012 e d.d.l. n. 1051) e della proposta di legge sindacale del gruppo di giuslavoristi, coordinato da Mario Rusciano e Lorenzo Zoppi, che fa capo alla Rivista "*Diritti lavori mercati*" (da qui in poi: "la proposta DLM").

#### 4.1. Le principali linee di tendenza progettuale sulla partecipazione nei d.d.l. delle due ultime legislature: il superamento delle tradizionali distinzioni. a) contrattazione e partecipazione.

Il primo tratto caratteristico è rappresentato dall'avvicinamento di due prassi che la tradizione teorica ha tradizionalmente tenuto distinte: la contrattazione e la partecipazione.

La discussione sulle forme di partecipazione nell'impresa si è storicamente basata sulla «contrapposizione concettuale tra partecipazione (sinonimo di integrazione) e contrattazione (sinonimo di autonomia)»<sup>72</sup>; contrapposizione concettualmente sorretta dal binomio conflitto/contratto e, dunque, dalla netta separazione fra congegno partecipativo e congegno negoziale.

Nonostante l'inveterata abitudine di considerare disgiuntamente l'art. 39 e l'art. 46 Cost., oggi più che ieri sembra, tuttavia, possibile valorizzare alcune inclinazioni teoriche che, già da anni, prendono atto della sovrapposizione dei due temi<sup>73</sup>.

Avvicinare la contrattazione alla partecipazione non equivale, infatti, ad incrociare i suoni di due lingue diverse ma, al contrario, a sfatare un convincimento: l'idea che, sul piano della tutela degli interessi dei lavoratori, la partecipazione sia un'alternativa alla contrattazione collettiva, dato che lo è solo in ossequio ad una cultura antagonista/conflittuale incline a ritenere che le due prassi siano antitetiche<sup>74</sup>.

Le norme legislative in cantiere in materia di partecipazione e le poche già venute in essere (la delega contenuta nella l. 92/2012 e riproposta nel d.d.l. n. 1051; i d.d.l. presentati nelle due ul-

<sup>71</sup> TREU T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 155/2012, 20.

<sup>72</sup> D'ANTONA M., *Partecipazione, codeterminazione*, cit., 314.

<sup>73</sup> Id., *passim*, e sp. TREU T., *Cogestione e partecipazione*, cit., 598, il quale già avvertiva dell'opportunità di relativizzare «i binomi contrattazione-interessi divergenti, partecipazione-interessi comuni» per vederli «come posizioni tendenziali piuttosto che come rigide contrapposizioni».

<sup>74</sup> Cfr. GAROFALO M.G., *Qualche osservazione su partecipazione e conflitto*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti della Giornate di studio di Diritto del lavoro, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, 359, per il quale «la partecipazione – come del resto la contrattazione (...) non è alternativa al conflitto, è uno strumento per gestirlo pervenendo a soluzioni in qualche misura condivise». La distinzione è tuttavia ribadita, da ultimo, da diversi AA.; per tutti, v. ZOLI C., *La partecipazione dei lavoratori in Italia*, cit.

time legislature, la “proposta DLM” e l’art. 8 della l. n. 148/2011) rendono, infatti, piuttosto impalpabile la distinzione, poiché introducono un collegamento fra partecipazione e contrattazione collettiva che si osserva almeno su due piani.

Il collegamento è, innanzitutto, legato ad uno specifico e ricorrente dato normativo: le forme di coinvolgimento vengono veicolate dalla contrattazione collettiva. La maggior parte dei testi di legge precisa che si debba trattare della contrattazione decentrata<sup>75</sup>; secondo la l. n. 92/2012, «(...) il Governo è delegato ad adottare, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, uno o più decreti legislativi finalizzati a favorire le forme di coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa, attivate attraverso la stipulazione di un contratto collettivo aziendale nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: (...)».

Tradizionalmente distinte, le due prassi vengono, dunque, collegate; il riferimento alla contrattazione è al livello aziendale, in coerenza con la più generale e recente tendenza alla valorizzazione dei livelli decentrati di contrattazione.

Si tratta di una scelta condivisibile?

Se la risposta può essere positiva con riguardo alla tecnica del rinvio legale alla contrattazione, lo è meno se si considera il livello contrattuale prescelto.

Una soluzione più equilibrata era contenuta, al riguardo, nel d.d.l. n. 964 (Treu et al.) della scorsa legislatura, che, pur facendo riferimento alla contrattazione collettiva, considerava - ai fini della disciplina dell’informazione-consultazione - la “contrattazione collettiva *anche* aziendale” (art. 1) e - ai fini della partecipazione “organica” (i.e.: agli organi societari) - i contratti collettivi di categoria (art. 6, comma 1).

Ancor più articolate e contraddistinte da una maggiore calibratura delle scelte relative ai livelli contrattuali sulle varie forme di coinvolgimento sono le soluzioni contenute nella “proposta DLM”. In quest’ultima, il rinvio alla contrattazione di livello aziendale è opportunamente affiancato dal rinvio al livello nazionale (e territoriale), per quanto riguarda la disciplina dei diritti di informazione/consultazione e dei diritti di codeterminazione (artt. 6-7) ed è, invece, interamente operato a favore dei contratti nazionali con riferimento alla disciplina della partecipazione “organica” (composizione specifica della rappresentanza, funzioni e modalità di elezione: art.8).

Un eventuale nuovo intervento legislativo sul coinvolgimento dovrebbe dunque operare un accurato vaglio dei rinvii alla contrattazione collettiva, che dovrebbero essere coordinati sì con le regole (endo-sindacali ed eventualmente legali) sui soggetti contrattuali e sulla efficacia dei contratti collettivi, ma che, certamente, non dovrebbero limitarsi a considerare i soggetti (operanti ai) e i contratti (stipulati ai livelli) aziendali.

---

<sup>75</sup> Così la delega contenuta nella l. 92/2012 (e riproposta nel d.d.l. n. 1051), l’art. 8 della l. 148/2011; il testo unificato sulla partecipazione della scorsa legislatura; i nuovi d.d.l. presentati nella legislatura corrente (v., *retro*, nota 66).

Ciò avrebbe, da una parte, il vantaggio di non “consegnare” alla disponibilità delle singole imprese l'introduzione (o meno) dei modelli partecipativi; dall'altra, di arginare il rischio di mancato innesto della partecipazione nell'ampio settore delle piccole e medie imprese<sup>76</sup>; realtà nelle quali è difficilmente immaginabile la contrattazione di modelli partecipativi “virtuosi” analoghi a quelli negoziati in grandi imprese di dimensione multinazionale: si pensi alla contrattazione dei modelli partecipativi sperimentata, negli anni '90, in alcune grandi realtà imprenditoriali di avanguardia (per es., le esperienze dei gruppi Zanussi<sup>77</sup> e Alitalia, rispettivamente riguardanti la partecipazione alla gestione e la partecipazione finanziaria).

Un primo collegamento fra congegno negoziale e congegno partecipativo è, dunque, visibile nei progetti di intervento legislativo, che vedono nella contrattazione il viatico per l'introduzione delle diverse forme di coinvolgimento.

Vi è, però, un ulteriore piano di collegamento fra le due prassi.

L'impiego dei meccanismi di coinvolgimento - non tanto di quelli di tipo finanziario quanto di quelli che hanno ricadute dirette sul potere di organizzazione e di gestione dell'impresa – conferisce specifica rilevanza al “punto di vista” dei lavoratori, fornendo rilievo e visibilità ai loro interessi collettivi in una fase che precede l'eventuale contrattazione.

L'impiego di tali congegni fa sì che la manifestazione e l'acquisizione del “punto di vista” dei lavoratori entri a far parte del processo decisionale delle imprese, concorrendo alla formazione di decisioni destinate ad incidere sull'organizzazione dell'impresa e, dunque, anche sulle condizioni di lavoro.

Il coinvolgimento può diventare, per esempio, un fattore decisivo per “ammortizzare i colpi” che possono essere inferti agli interessi dei lavoratori dalle contrattazioni decentrate di concessione - dagli stessi “accordi di prossimità in deroga”, per esempio -, in una fase in cui il sistema di relazioni industriali e l'ordinamento giussindacale italiano (ma non solo questo) tendono a rilanciare la contrattazione decentrata per ridare linfa alla competitività delle imprese<sup>78</sup>.

Come mostra l'esperienza di altri Paesi, i sindacati accettano spesso le clausole di deroga (anche se queste implicano sacrifici), se possono controllarle nei contenuti e negli ambiti di operatività e se possono farle precedere da un'attività partecipativa<sup>79</sup>.

Come ci ricorda Tiziano Treu, la tenuta del sistema contrattuale e di relazioni industriali tedesco, anche nella gestione delle clausole di deroga, è stato favorito sia dalla presenza di un sindacato

---

<sup>76</sup> In senso conf. BIASI M., *Il nodo della partecipazione*, cit., 230, sostiene che «in presenza di imprese di dimensione medio/piccola come quelle italiane, sembra arduo ipotizzare una capillare diffusione di contratti aziendali aventi ad oggetto forme di coinvolgimento (...), il che riporterebbe in primo piano il problema dell'attuazione del “quadro minimo” attraverso il contratto nazionale».

<sup>77</sup> PERULLI A., *Ascesa e declino della partecipazione alla Zanussi*, DLM, 2005, 615.

<sup>78</sup> L'esistenza di un nesso fra diritti di coinvolgimento e contrattazione collettiva nelle procedure di licenziamento collettivo - nelle quali il collegamento fra le due prassi è funzionale ad una gestione negoziata a livello aziendale degli esuberanti di personale - è sottolineata da DURANTE A., *Il coinvolgimento dei lavoratori*, cit., sp. 231.

<sup>79</sup> Sul legame fra contrattazione in deroga e congegni partecipativi che favoriscono il controllo sindacale delle scelte imprenditoriali v. le diffuse considerazioni di TREU T., *Le relazioni industriali nell'era della globalizzazione*, cit., compiute anche alla luce delle esperienze di *concession bargaining* maturate in altri contesti (USA e GB, in particolare).

unitario radicato sia a livello che aziendale, sia dal carattere partecipativo delle relazioni industriali, sancito sul piano legislativo dalla normativa sulla cogestione (per le grandi aziende). Proprio la partecipazione, unita ad interventi del potere pubblico di sostegno alle crisi aziendali, ha permesso al sistema tedesco di contenere l'impatto della crisi e delle deroghe<sup>80</sup>.

La partecipazione può, insomma, fungere da metodo preventivo del "punto di vista" dei lavoratori, rendendo possibili soluzioni innovative che possono riguardare la produzione e l'organizzazione del lavoro e/o sostenere un uso positivo della flessibilità<sup>81</sup>. Al di là della prevalenza di strategie sindacali più tradizionalmente antagonistiche o, viceversa, riformistiche (entrambe presenti in numerosi contesti aziendali, come l'*affaire* Fiat e le diverse posizioni assunte dalla Fiom, da una parte, e dalla Uilm e Fim dall'altra, hanno ampiamente mostrato) ciò che appare auspicabile è che la partecipazione consenta a chi rappresenta i lavoratori di metabolizzare, con tempi e modalità adeguati, le esigenze dell'impresa e d'altro canto all'impresa di considerare, negli stessi termini, gli interessi e le istanze di tutela dei lavoratori.

Se si ripensa agli accordi di prossimità, la partecipazione dovrebbe più opportunamente *precedere* gli accordi in deroga, piuttosto che costituirne una *finalità* di legittima stipulazione.

Concludendo, non sembra che i meccanismi di coinvolgimento – soprattutto le forme cosiddette "disgiuntive" o "esterne" (informazione, consultazione, comitati misti o paritetici) – collidano, con effetti espropriativi, con l'attività negoziale, poiché essi possono, piuttosto, agire come forma complementare di azione collettiva in una fase prodromica a quella della contrattazione decentrata (soprattutto "in deroga")<sup>82</sup>.

#### 4.2. (segue) b) partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e partecipazione finanziaria.

Il secondo tratto caratteristico del dibattito e della progettualità legislativa dell'attuale fase è l'avvicinamento della partecipazione alla gestione alle formule di partecipazione finanziaria (da qui in poi: p.f.).

L'accostamento è visibile tanto nel progetto di delega reiterato nell'attuale legislatura (l. 92/2012 e d.d.l. n. 1051), quanto nella più ampia e articolata "proposta DLM".

Sin dall'*incipit* della norma di delega, viene dichiarata, infatti, la finalità «di conferire organicità e sistematicità *alle norme in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, nonché di partecipazione dei dipendenti agli utili e al capitale*». Ma l'accostamento è reso ancor più evidente dall'uso del "coinvolgimento" come categoria lessicale generale; sempre nell'*incipit*, la proposizione secondo cui «*il Governo è delegato ad adottare (...) uno o più decreti legislativi finalizzati a favorire le forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa*» è, infatti, seguita da un elenco di schemi molteplici e di diversa intensità partecipativa, che si spinge sino a coprire le forme di p.f.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> TREU T., *Flessibilità e tutele*, cit., 19-21.

<sup>82</sup> Si giunge, così, ad una conclusione non dissimile da quella di PEDRAZZOLI M., *Partecipazione, costituzione economica*, cit., 450 e ss., per il quale informazione e consultazione sono prodromi della negoziazione e prassi differenti dalla partecipazione, qualificabili, tutt'al più, come «*participatio interrupta*» e, cioè, come forma interrotta di partecipazione, che funge da supporto istituzionale alla contrattazione collettiva (per l'A., il «contratto collettivo partecipato»).

Le sette lettere (a-g) dell'art. 1 del d.d.l. n. 1051 (al pari del precedente c. 62 dell'art. 4, l. 92/2012) contengono, infatti, un elenco di soluzioni partecipative eterogenee, importato, con alcune variazioni, dai principali d.d.l. presentati nel corso della XVI legislatura<sup>83</sup>. L'elenco copre una vasta latitudine di possibilità che spazia dalle forme di coinvolgimento "disgiuntive" o "esterne" – informazione, consultazione ed organismi congiunti (misti o paritetici) – alle forme tradizionalmente denominate "integrative", "interne" od "organiche" (la partecipazione agli organi societari), comprendo, finanche, la p.f.<sup>84</sup>.

Ancor più strutturato – anche per via dell'ampia latitudine tematica che contraddistingue l'intero progetto – è l'accostamento visibile nella "proposta DLM", che, nel dedicare due interi Capi alla partecipazione (V e VI), ne intitola uno alla "Partecipazione azionaria" «sia per completare il disegno nel suo insieme, sia per respingere l'idea secondo cui questa forma di partecipazione è da confinare nell'ambito della democrazia economico-proprietaria»<sup>85</sup>. In questa prospettiva, gli estensori dell'articolato si preoccupano, per esempio, di garantire ai lavoratori-azionisti adeguati meccanismi partecipativi (e, segnatamente, congrui strumenti di esercizio collettivo del diritto di voto nelle assemblee societarie) e, persino, diritti sindacali alle loro associazioni (associazioni dei dipendenti-azionisti).

Anche nei casi delle due proposte richiamate, l'accostamento è in contro-tendenza rispetto ad una distinzione tradizionale – quella, appunto, fra partecipazione alla gestione e p.f. -, da più parti considerata «la prima *summa divisio*» in materia.

La distinzione sarebbe determinata dai due diversi «ambiti di cose su cui la partecipazione dei lavoratori può insistere»: «la *regola*, la *decisione*, il *contenuto di una norma*», nel caso della partecipazione alla gestione; «il *reddito*, il *guadagno*, la *proprietà*, il *patrimonio*», nel caso della p.f.<sup>86</sup>.

Seguendo tale idea, la partecipazione come *diritto sociale di "voice"* e la partecipazione alla redditività o al capitale - e, dunque, al *rischio* - d'impresa sarebbero in naturale antitesi, poiché la seconda inserirebbe, nel rapporto di lavoro, forme di cointeressenza, a differenza della prima, che tenderebbe ad agire come contro-limite alla libertà di azione dell'imprenditore e, dunque, in una logica di democratizzazione dell'impresa<sup>87</sup>.

Diversamente da una simile impostazione, la norma di delega, per esempio, utilizza la categoria del coinvolgimento come una sorta di categoria "ombrello", sotto cui trovano posto schemi

<sup>83</sup> Cfr. i d.d.l. n. 803 (A.S. - Castro et al.); n. 964 (A.S. - Treu et al.) e il testo unificato cit. *retro* alla nota 52.

<sup>84</sup> Nelle lett. e) e g) si annoverano, infatti, «la *partecipazione dei lavoratori dipendenti agli utili o al capitale dell'impresa*» (lett. e) e l'«*accesso privilegiato dei lavoratori dipendenti al possesso di azioni, quote del capitale dell'impresa, o diritti di opzione sulle stesse*» (lett.g).

<sup>85</sup> Cfr. la *Guida alla lettura della proposta di legge*, pubblicata in calce al relativo testo.

<sup>86</sup> PEDRAZZOLI M., *Partecipazione, costituzione economica*, cit., 431-432; ma già *Id.*, *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, 1985, 254 e 162 e ss. ove si osservava che i fenomeni di partecipazione finanziaria – riguardando l'assetto proprietario piuttosto che l'esercizio del potere interno alle imprese – applicherebbero al primo, e non al secondo, la formula partecipativa e sarebbero, pertanto, collegati «ad un diverso itinerario logico-politico per il quale un processo di democratizzazione si *aprirebbe* incidendo (...) sulla proprietà e sulla titolarità delle imprese», piuttosto che sui processi decisionali e sui poteri di direzione che ne governano il funzionamento. In senso adesivo, da ultimi, BIASI M., *Il nodo della partecipazione*, cit., 243 e ss.; BIASI M. – FALSONE M., *Partecipazione e conflitto*, cit.

<sup>87</sup> BIASI M., *Il nodo della partecipazione*, cit., 243.

diversi, indicati con formule «volutamente generiche, per non “forzare la mano”» e mettere in campo un messaggio più di *policy* che dei contenuti normativi rigidi e inderogabili<sup>88</sup>.

A ben guardare, si va oltre il lessico europeo, poiché il diritto dell'Ue non ricomprende nel coinvolgimento la p.f., che, per la presenza dell'assorbente profilo retributivo in numerosi schemi, manca di basi giuridiche di intervento normativo dell'Unione<sup>89</sup> ed è stata oggetto, pertanto, solo di atti di indirizzo e sostegno<sup>90</sup> e, tutt'al più, di provvedimenti normativi di natura *soft*<sup>91</sup>.

Il tentativo di intervento compiuto in entrambi i progetti richiamati è, invece, quello di creare una *continuum* partecipativo, che non sembra dar luogo ad «inconcludenti derive da indistinzione»<sup>92</sup> -, se è vero, come sembra, che il medesimo ha come unica finalità il superamento della frammentazione normativa riguardante sia la partecipazione alla gestione che le forme di p.f.

Nelle proposte legislative messe in campo recentemente, l'idea di tenere insieme le due forme non equivale, pertanto, ad intervenire su un «*pot purri* di situazioni fra loro del tutto divergenti e irriducibili»<sup>93</sup> ma ha come unico, tutt'altro che deprecabile, scopo la progettazione di una disciplina legale organica delle varie forme possibili<sup>94</sup>.

Non sembra incongruente ritenere, peraltro, che p.f. e coinvolgimento siano congegni che non si escludono ma che, al contrario, possono virtuosamente interagire senza impossibili ibridazioni tra l'uno e l'altro ambito<sup>95</sup>.

Forme di retribuzione variabile collegate alla redditività dell'impresa (partecipazione finanziaria in *cash*) e forme azionarie (partecipazione finanziaria in *shares*) che attribuiscono ai lavoratori la titolarità di quote non irrilevanti di capitale sociale possono creare stretti collegamenti tra le due tipologie di partecipazione; è anzi verosimile che forme incisive di partecipazione all'economia delle imprese implicino un certo grado di partecipazione alle decisioni riguardanti la gestione<sup>96</sup>. Come si è giustamente osservato con riguardo all'azionariato dei dipendenti, i lavoratori coinvolti

<sup>88</sup> Ancora TREU T., *Flessibilità e tutele*, cit.

<sup>89</sup> Ex art. 153, § 5 TFUE, la materia della retribuzione – con la quale la partecipazione finanziaria spesso interferisce – non rientra fra le materie di competenza dell'Unione.

<sup>90</sup> Cfr. i quattro Rapporti PEPPER (*Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Community*) sollecitati dalla Commissione e stilati a partire dagli anni novanta [1991 (PEPPER I), 1996 (PEPPER II), 2006 (PEPPER III), 2008 (PEPPER IV)], nonché il *Working Paper* della Commissione del 27 luglio 2001 [SEC (2001) 1308 - *Financial Participation of Employees in the European Union*], che ha preceduto la Comunicazione del 2002. In argomento ci si limita a richiamare il più recente contributo di CARAGNANO R., *Il codice della partecipazione. Contributo allo studio della partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, 2011, 96 ss.; per il periodo precedente è possibile vedere ALAIMO A., *Azionariato dei dipendenti e democrazia economica*, in FERRARO G. (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale*, Giuffrè, 2003; GHERA E., *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica*, RIDL, 2003, I, 413.

<sup>91</sup> Cfr., in particolare, La Raccomandazione del Consiglio n. 92/443/CEE del 27 luglio 1992 e la Comunicazione della Commissione [COM (2002) 364 def. del 5 luglio 2002], *Quadro per la promozione della partecipazione finanziaria dei lavoratori dipendenti*. Sulla difficoltà e gli ostacoli giuridici riguardanti un'eventuale disciplina di livello europeo della p.f. – ed in particolare uno “statuto unico” – si rinvia ad ALAIMO A., *Partecipazione finanziaria*, in BAYLOS A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, 1996, 513.

<sup>92</sup> PEDRAZZOLI M., *Partecipazione, costituzione economica*, cit.,

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> L'obiettivo di elevare a sistema le regole sulla partecipazione è salutato positivamente anche da LOFFREDO A., *Delega al Governo*, cit.

<sup>95</sup> Rimando per più ampie considerazioni sul punto al mio *La partecipazione azionaria dei lavoratori*, Giuffrè, 1998, sp. cap. V.

<sup>96</sup> D'ANTONA M., *Partecipazione dei lavoratori*, cit., 227.

in piani di partecipazione finanziaria, «pur restando sotto il profilo sociale e giuridico-relazionale dipendenti hanno un titolo aggiuntivo a partecipare alla gestione dell'impresa in qualità di titolari collettivi di una quota non irrilevante del capitale sociale<sup>97</sup>».

È proprio questa la prospettiva in cui si sono mosse, peraltro, le istituzioni europee, che, malgrado il carattere *soft* degli interventi, hanno invitato gli Stati membri ad associare la partecipazione finanziaria al «coinvolgimento nella *governance* dell'impresa»<sup>98</sup> e ad agevolare – proprio nei casi di azionariato dei dipendenti – ogni forma di organizzazione che ne consenta la partecipazione alla gestione attraverso gli ordinari diritti sociali e, in particolare, tramite l'esercizio coordinato del voto nelle assemblee societarie (associazioni dei dipendenti azionisti, patti parasociali etc.)<sup>99</sup>.

Se infatti è vero che esistono almeno due modalità di coinvolgimento collegate all'azionariato dei dipendenti – la partecipazione attraverso l'intervento e il voto nelle assemblee societarie e la partecipazione attraverso l'ingresso di rappresentanti dei lavoratori-azionisti negli organi societari<sup>100</sup> – è certo che entrambe le modalità si prestano ad interventi legislativi di sostegno che possono, per l'appunto, mettere in collegamento le due prassi.

Ovviamente, la concreta possibilità che la p.f. finanziaria interferisca virtuosamente con la partecipazione alla gestione dipende dalle opzioni politiche e sindacali e, dunque, dai modelli e dalle soluzioni legislative e/o contrattuali prescelti.

Solo ben definite opzioni politico-legislative possono far sì che la partecipazione dei lavoratori alle scelte strategiche della società sia un riflesso della p.f.: basti pensare che in Francia il sistema della rappresentanza “organica” dei lavoratori nelle imprese societarie è imperniato su una duplice rappresentanza dei dipendenti – una generale, dei lavoratori, ed una, specifica, dei dipendenti-azionisti<sup>101</sup> - e che, pertanto, la p.f. tende a rafforzare il sistema generale di rappresentanza e di partecipazione<sup>102</sup>. Altrettanto valide sono le soluzioni partecipative riguardanti i piani di p.f. (di

<sup>97</sup> ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., 417-418. Pessimista, riguardo a tale possibilità, BIASI M., *Il nodo della partecipazione*, cit., per il quale il potenziale conflitto di interesse tra quello di azionisti (la massimizzazione del profitto) e quello di *stakeholders* sarebbe «addirittura drammatico con riguardo a quelle decisioni (...) che potrebbero generare vantaggi all' "anima azionista" dei lavoratori e, al contempo, danneggiare irrimediabilmente (...) quella "originaria" di prestatori di lavoro» (244).

<sup>98</sup> Cfr. la *Risoluzione del Parlamento europeo* del 14 gennaio 2014 sulla partecipazione finanziaria dei dipendenti agli utili dell'impresa.

<sup>99</sup> Cfr. la precedente *Risoluzione del Parlamento europeo* sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni su un quadro per la promozione della partecipazione finanziaria dei lavoratori dipendenti [COM(2002) 364 def.].

<sup>100</sup> ALAIMO A., *La partecipazione azionaria*, cit.; BIAGI M., *La partecipazione azionaria dei dipendenti tra intervento legislativo e autonomia collettiva*, RIDL, 1999, I, 283; GUAGLIANONE L., *Individuale e collettivo nell'azionariato dei dipendenti*, Giappichelli, 2003.

<sup>101</sup> La prima basata sulla *Ordonnance n° 86-1135 du 21 octobre 1986 modifiant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 (sur les sociétés commerciales afin d'offrir aux sociétés anonymes la faculté d'introduire dans leurs statuts des dispositions prévoyant que des représentants du personnel salarié siègeront avec voix délibérative au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance)* e, dopo l' *Accord National interprofessionnel du 11.1.2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*, sulla *Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 (relative à la sécurisation de l'emploi)*; la seconda sulla *Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 (relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise)*. Sulle due forme di rappresentanza – generale e specifica, dei lavoratori-azionisti - v. FULTON L., *The forgotten Resource: Corporate Governance and Employee Board-Level Representation. The Situation in France, the Netherlands, Sweden and the UK*, Edition der Hans Böckler Stiftung, 2008, 26-34.

<sup>102</sup> Ciò, tuttavia, è vero nelle sole ipotesi di piani di azionariato diffuso a tutti i dipendenti e non riservati soltanto ad alcune categorie. In quest'ultimo caso potrebbero, infatti, sorgere inediti conflitti fra interessi generali dei lavoratori e interessi specifici dei dipendenti-azionisti.



tipo sia retributivo che azionario) veicolabili dalla contrattazione collettiva: la costituzione di commissioni tecniche miste – esperienza già sviluppata in Italia con riguardo al salario di produttività/reddittività - e, per richiamare un'altra esperienza significativa, la creazione di consigli di sorveglianza esterni agli organi societari<sup>103</sup>.

Certo, non si può disconoscere che altre opzioni politico-legislative possono essere messe in campo e che la cointeressenza legata alla p.f. (unita ai vantaggi fiscali che quasi sempre la contraddistinguono) possa avere finalità meno “nobili” della condivisione di scopi e del coinvolgimento dei lavoratori nel governo dell'impresa. Tanto gli schemi di *profit-sharing* (p.f. in *cash*), quanto le formule di azionariato dei dipendenti (p.f. in *shares*) possono rispondere a prospettive più “manageriali” e “neo-liberali” che “solidali”, fungendo da strumento di fidelizzazione dei dipendenti e, in ipotesi estreme, da dispositivo *anti-union* di gestione del personale in forme individualizzate<sup>104</sup> e, persino, da fattore di bilanciamento della riduzione dei livelli di protezione dei lavoratori subordinati coinvolti nei piani di partecipazione finanziaria.

Una situazione di questo tipo si riscontra, oggi, nel Regno Unito – Paese che assieme alla Francia vanta la più lunga tradizione legislativa in materia di p.f. - in seguito alla recente introduzione del cosiddetto “*employee shareholder status*” (*Growth and Infrastructure Act 2013*)<sup>105</sup>. Tale *status*, conseguibile attraverso l'acquisizione individuale di una partecipazione azionaria di importo minimo (2000 sterline), comporta, infatti, la perdita di numerosi diritti tipicamente legati al *Contract of Employment* e allo *status* di lavoratore subordinato, fra cui il diritto a non essere ingiustamente licenziati, il diritto alla indennità di licenziamento ed il diritto a permessi per motivi di studio e di formazione<sup>106</sup>.

Del resto, pur senza giungere ad opzioni neo-liberali così estreme, anche il legislatore italiano non ha alimentato, sino ad oggi, la dimensione partecipativa dell'azionariato dei lavoratori, perdendo almeno due occasioni nelle quali il collegamento fra p.f. e coinvolgimento si sarebbe reso possibile, coniugando la prospettiva del diritto societario e quella del diritto del lavoro.

Una prima occasione si era avuta, alla fine degli anni novanta, con il “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria” (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) che ha introdotto, fra le altre novità, la possibilità, per i lavoratori azionisti (ma non solo), di costituirsi, come gruppo di minoranza omogeneo, in specifiche associazioni di azionisti (art. 141, d. lgs. n. 58/1998). Per come prevista dall'art. 141 del T.U., la possibilità di costituire associazioni di azionisti non rappresenta, tuttavia, una modalità *specific*a di protezione della minoranza azionaria dei lavoratori, poiché le

<sup>103</sup> Sull'esperienza Zanussi, negli anni '90, v. CASTRO M., *Partecipazione, contrattazione, remunerazione: il caso Zanussi*, GDLRI, 1996, 609. Dubbio circa la possibilità che i contratti collettivi possano introdurre discipline contenenti soluzioni che delineino forme *sui generis* di organismi di vigilanza diffusi e in contrasto con il nuovo diritto societario (d. lgs. n. 6/2003), ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., 418.

<sup>104</sup> CARAGNANO R., *Il codice della partecipazione*, cit., 116. Con riferimento alla scarna normativa italiana, già GHERA E., *Azionariato dei lavoratori*, cit., 430, sottolineava la «opzione individualistica di politica del diritto» messa in campo dal legislatore italiano, incline, se non ad ignorare la figura del lavoratore-azionista, a tipizzarla per lo più come quella di un azionista risparmiatore.

<sup>105</sup> Lo *status* di “*employee shareholder*” è stato introdotto dalla Section 31 del *Growth and Infrastructure Act 2013*.

<sup>106</sup> V. PRASSL J., *Employee Shareholder 'Status': Dismantling the Contract of Employment*, ILJ, 2013, 4, 307.

associazioni di azionisti possono essere costituite da qualsivoglia gruppo di minoranza<sup>107</sup>. Sebbene oggi le associazioni di dipendenti-azionisti costituiscano canali elettivi di aggregazione degli interessi e dei diritti di voto dei lavoratori - soprattutto nel settore del credito, nel quale sono ampiamente diffuse<sup>108</sup> - l'intervento del legislatore del 1998 non ha di certo inteso accordare una *specifica* etero-tutela all'interesse collettivo della categoria dei lavoratori azionisti, che è stata, viceversa, omologata alle altre minoranze azionarie<sup>109</sup>.

Neppure la successiva riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6 del 2003) ha fatto passi in avanti sul versante dei possibili collegamenti tra le due tipologie di partecipazione e, soprattutto, sul possibile ingresso di rappresentanti dei dipendenti-azionisti agli organi societari.

È vero che la previsione del sistema dualistico<sup>110</sup> potrebbe aprire nuove prospettive per i congegni partecipativi "interni" ed è indubbio che tale affermazione generale riguardi anche la possibilità di dare spazio a specifiche rappresentanze dei lavoratori-azionisti nei consigli di sorveglianza. Ma è anche vero che il legislatore della riforma ha riproposto, con riguardo ai membri dei consigli di sorveglianza delle società basate sul sistema dualistico, la regola della competenza esclusiva dell'assemblea sulla nomina alle cariche sociali (art. 2409-*duodecies*, c. 2). Mentre troppo timido è stato il tentativo di attribuire ai lavoratori titolari di "altri strumenti finanziari" (ma non di azioni) – ex art. 2349 c.c. - il diritto di nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco (nuovo art. 2351, c. 3, c.c.), poiché la possibilità di prevedere l'*an* e il *quomodo* di tale diritto è riservata, dal nuovo testo dell'art. 2351 c.c., agli statuti societari («secondo modalità stabilite dallo statuto»).

Come meglio si vedrà (cfr., *infra*, il § 5.1.), anche per questo aspetto occorrerebbero, pertanto, interventi legislativi più decisi e netti sul versante del coinvolgimento; per esempio, e per tornare all'ipotesi della partecipazione "interna", specifiche deroghe al principio della competenza assembleare alla nomina alle cariche sociali; deroghe alle quali potrebbero accompagnarsi disposizioni *ad hoc* sull'ingresso di un certo numero di rappresentanti dei lavoratori-azionisti nei consigli di sorveglianza e sui relativi sistemi di nomina (elettiva o sindacale).

<sup>107</sup> Rinvio alle considerazioni espresse, all'indomani della legge Draghi, nel mio *La partecipazione azionaria*, cit., sp. 186-198.

<sup>108</sup> La maggior parte delle associazioni di dipendenti azionisti sono coordinate, oggi, dalla FIADA (Federazione Italiana delle associazioni dei dipendenti azionisti). Tra le principali associazioni, nate soprattutto nel settore del credito, si annoverano l'ADAC (Associazione dipendenti azionisti del Gruppo Credito Italiano); l'ADAS (Associazione dei dipendenti ed ex dipendenti dell'Istituto Bancario San Paolo di Torino Spa); l'AssoBNL (Associazione dipendenti azionisti della Banca Nazionale del lavoro); la D.A.B.A. (Associazione dipendenti azionisti delle Banche e delle Assicurazioni). Al di fuori del settore creditizio, si segnala la costituzione dell'associazione dei dipendenti-azionisti in Fiat, avvenuta, nell'aprile 2013, su iniziativa della Fim-Cisl.

<sup>109</sup> SANTAGATA R., *Il lavoratore azionista*, cit., 276. Anche in questo caso, un tentativo di tutela più specifica è contenuto nella "proposta DLM", che oltre a proporre una differenziazione della disciplina delle associazioni dei dipendenti-azionisti rispetto a quella generale delle associazioni di azionisti, ex art. 141, d. lgs. n. 58/2008, vorrebbe attribuire alle prime associazioni anche «alcuni diritti sindacali, quali il diritto di affissione di cui all'articolo 25 e alla disponibilità dei locali di cui all'articolo 27 della legge 20 maggio 1970, n. 300» (art. 10, contenente principi e criteri direttivi per la «Delega in materia di forme di esercizio collettivo dei diritti azionari dei lavoratori e modalità di investimento»).

<sup>110</sup> Artt. 2409 *octies* e ss. c.c., introdotti dal d. lgs. n. 6/2003 - *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*.

## 5. La partecipazione decisionale fra forme “disgiuntive” o “esterne” e forme “integrative” od “organiche”.

Qualche osservazione è possibile dedicare, infine, alle prospettive di sviluppo della partecipazione decisionale, locuzione con la quale, come si è chiarito, ci si riferisce a qualsiasi congegno che implichi coinvolgimento “forte” o *co-decisione*.

Occorre anche in questo caso superare un convincimento diffuso: la partecipazione “organica”, “integrativa” o “interna” si contrappone alle forme di coinvolgimento “esterno” o “disgiuntivo” ed è l’unica versione “forte” del coinvolgimento.

Si tratta di un luogo comune che, anche in tal caso, è forse possibile sfatare, abbandonando l’idea che l’impegnativa partecipazione agli organi societari, di matrice tedesca – la *unternehmerische Mitbestimmung* –, sia di per sé una forma “forte” di coinvolgimento<sup>111</sup>.

Diritti di informazione e, soprattutto, di consultazione attribuiti ad organismi di rappresentanza esterna dei lavoratori, se assistiti da un quadro di legge di regole forti, non sono meno incisivi – in termini di possibile “codeterminazione” delle regole e decisioni d’impresa – rispetto alla partecipazione organica, come ci insegna la dicotomica codeterminazione tedesca (la codeterminazione attraverso i consigli di unità produttiva – *betriebliche Mitbestimmung* – e la codeterminazione societaria – *unternehmerische Mitbestimmung*).

Anche a partire dall’esercizio dei diritti di informazione/consultazione si può giungere, infatti, a “formare insieme” le norme, sicché anche tali diritti possono diventare diritti di *co-decisione* se condizionano, sino al limite del potere di veto, le decisioni imprenditoriali. Ciò è possibile se e quando l’esercizio dei diritti di informazione/consultazione si collochi nella fase iniziale di procedure dirette a produrre, per l’appunto, decisioni comuni, tali da non ridurre i medesimi diritti a meri “diritti di controllo”<sup>112</sup>.

Se ciò è vero, si può immaginare una versione “forte” del coinvolgimento legata anche ai diritti di informazione/consultazione e, ancora in una prospettiva *de iure condendo*, ad un rafforzamento delle regole legali contenute nel d. lgs. n. 25/2007.

Una possibile soluzione legislativa potrebbe consistere nella precisazione delle “modalità dell’informazione e della consultazione” (art. 4, d. lgs. n. 25/2007), di cui potrebbero essere scanditi tempi e materie ma di cui, soprattutto, andrebbero precisate le ricadute *in termini di vincolo per la decisione imprenditoriale*<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> Cfr., da ultimo e per tutti, ZOLI C., *I diritti di informazione e di consultazione*, cit.

<sup>112</sup> Presupposto logico di quanto affermato nel testo è la distinzione già compiuta da D’ANTONA M., *Partecipazione, codeterminazione*, cit., 212-213 fra: (a) diritti di codecisione, che condizionano, fino al limite del potere di veto, le decisioni imprenditoriali e (b) diritti di controllo, a seguito dei quali, viceversa, «ciascuna parte resta libera in ordine all’atteggiamento da tenere o alle decisioni da prendere». Contra PEDRAZZOLI M., *Partecipazione, costituzione economica*, cit., 438, per il quale l’informazione-consultazione è «meccanismo a sé stante», che ha funzione preparatoria e preliminare rispetto alla partecipazione e «non può avere la stessa qualità della partecipazione che rinuncia a raggiungere».

<sup>113</sup> Per analoghe proposte di rafforzamento degli obblighi di informazione/consultazione previsti dal d. lgs. n. 25/2007 v. ZOLI C., *La partecipazione dei lavoratori*, cit., 569.

Da questo punto di vista, il d. lgs. n. 25/2007 è certamente carente poiché prevede che i diritti di informazione/consultazione funzionino, sostanzialmente, come diritti di controllo.

È infatti noto che il decreto, dopo aver definito la consultazione in termini di mero «confronto, scambio di opinioni e dialogo tra rappresentanti dei lavoratori e datore di lavoro» (art. 2, lett. f), si limita a richiedere che l'informazione sia tale da permettere di «procedere ad un esame adeguato delle informazioni fornite e preparare, se del caso, la consultazione» (art. 4, c. 4). Quest'ultima può condurre, al massimo, alla «formulazione di un parere» (art. 4, c. 5, lett. c), riguardo al quale i rappresentanti dei lavoratori hanno diritto di «ottenere una risposta motivata» (art. 4, c. 5, lett. d). Tuttavia, «spetta sempre al sindacato far fruttare la fase della consultazione fino a formulare un parere» e ad ottenere una risposta motivata a quanto ivi espresso<sup>114</sup>.

È dunque evidente che l'attuale normativa «non intacca la unilateralità dei poteri decisionali, semplicemente ne complica il percorso di attuazione»<sup>115</sup>, garantendo solo una proceduralizzazione della fase decisionale, che rimane, pur sempre, di prerogativa datoriale.

L'alternativa al modello «debole» impiegato dal legislatore potrebbe consistere nella introduzione di vincoli ad alcune decisioni imprenditoriali, che potrebbero risultare inefficaci nella sfera giuridica dei lavoratori nel caso di violazione dei diritti di informazione/consultazione.

Un tentativo di regolazione simile si rintraccia, ancora una volta, nella «proposta DLM», che, nella parte dedicata ai «diritti di codeterminazione» (art. 7), prevede il diritto delle rappresentanze sindacali unitarie a partecipare alle determinazioni riguardanti una serie di «questioni sociali»<sup>116</sup>, aggiungendo che «sulle materie oggetto di codeterminazione, le decisioni dell'impresa sono inefficaci se adottate senza il parere motivato della rappresentanza sindacale unitaria».

Vale la pena di ricordare, al riguardo, che la proposta di direttiva quadro sull'informazione/consultazione presentata dalla Commissione nel 1998 raccomandava agli Stati membri di prevedere proprio la sanzione dell'inefficacia nei casi di violazione grave degli obblighi di informazione/consultazione sulle decisioni suscettibili di comportare cambiamenti di rilievo in materia di organizzazione del lavoro e di contratti, tale da avere conseguenze dirette e immediate in termini di

<sup>114</sup> LUNARDON F., *Fonti e obiettivo delle procedure di informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese*, in LUNARDON F. (a cura di), *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori*. D. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, lpsa, 2008, 37.

<sup>115</sup> *Ead.*, 38.

<sup>116</sup> Le materie oggetto di codeterminazione, in base alla proposta, sarebbero: a) l'organizzazione dell'unità produttiva e della conseguente attività lavorativa all'interno della stessa; b) il luogo, la durata e la collocazione temporale della prestazione di lavoro, inclusi i riposi, il lavoro a turni e il lavoro straordinario; c) la temporanea estensione o riduzione dell'orario di lavoro giornaliero; d) le misure generali di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro; e) la forma, l'organizzazione e l'amministrazione delle istituzioni sociali e culturali che operano a servizio dei lavoratori dell'impresa o dell'unità produttiva; f) il ricorso a contratti di lavoro a termine, di lavoro in somministrazione, di appalto e di altri contratti di lavoro subordinato o autonomo a durata limitata; g) la struttura e i sistemi di calcolo della retribuzione da definire a livello di impresa.

modifica sostanziale o di soluzione dei contratti o dei rapporti di lavoro<sup>117</sup>. Dalla successiva Comunicazione della Commissione del 2008, relativa al riesame della direttiva 2002/14/CE<sup>118</sup>, si ricava, d'altra parte, che diversi Stati membri applicano sanzioni particolarmente efficaci nei confronti di un datore di lavoro che assuma decisioni in violazione degli obblighi di informazione e consultazione, prevedendo, per esempio, che tali decisioni siano sospese o anche dichiarate nulle.

In una prospettiva di riforma, l'imposizione di vincoli di tal fatta potrebbe riguardare, per esempio, anche le decisioni concernenti i licenziamenti economici, già oggi riconducibili ad uno degli ambiti materiali nei quali deve dispiegarsi l'informazione/consultazione e, in particolare, al novero delle «decisioni (...) suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro» (art. 4, c. 1, lett. c, d. lgs. 25/2007). L'imposizione di tali vincoli era stata, peraltro, ipotizzata da una parte della dottrina all'indomani dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 25/2007, sia pure con riguardo alla possibilità che fossero i contratti collettivi ad introdurre tali vincoli, in ragione della più generale delega al sistema contrattuale collettivo, operata dagli articoli 1 e 4 del d. lgs. n. 25/2007<sup>119</sup>.

Non si può ovviamente disconoscere che, in sede legislativa, un intervento correttivo di questo tipo riproporrebbe, oggi, i tradizionali ostacoli derivanti dai principi generali ed, in particolare, dal presidio difensivo della libertà d'iniziativa economica imprenditoriale presente nell'art. 41, c. 1, Cost. Le recenti modifiche della disciplina dei licenziamenti (l. 92/2012) – unite alle novità introdotte in tema di flessibilità in entrata ed, in particolare, di a-causalità dei contratti a termine (d.l. n. 34/2014 conv. in l. n. 78/2014) – sembrano mostrare, d'altra parte, che le opzioni politico-legislative sono, al momento, di ben altro segno, con un equilibrio regolativo spostato più a vantaggio della libertà di iniziativa economica e, dunque, della libera decisione imprenditoriale, che del diritto alla stabilità del posto di lavoro e dei vincoli, sostanziali e procedurali, all'esercizio del potere di recesso.

### 5.1. Partecipazione “organica” e contrattazione collettiva: perché l'Italia è ancora così lontana.

Ancora qualche considerazione finale va dedicata alle prospettive di innesto della partecipazione “organica” nelle imprese societarie italiane.

È noto che la partecipazione “organica” ha incontrato forti resistenze nel movimento sindacale italiano (soprattutto in alcune sue componenti) – che ha finito per respingerla in ossequio ad una concezione più conflittuale che collaborativa dei rapporti impresa-lavoratori –, diversamente dall'informazione/consultazione destinata ad organismi di rappresentanza “esterni”, che vanta

<sup>117</sup> L'art. 7.3 della proposta della Commissione COM 612 def. 1998 (divenuto poi art. 8 della Dir. 2002/14/CE e dedicato alla “*Difesa dei diritti*”) prevedeva che gli Stati membri disponessero che, «in caso di violazione grave da parte del datore di lavoro degli obblighi di informazione e di consultazione sulle decisioni di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera c), tale da avere conseguenze dirette e immediate in termini di modifica sostanziale o di soluzione dei contratti o dei rapporti di lavoro, tali decisioni non producessero effetti giuridici sui contratti o sui rapporti di lavoro dei lavoratori interessati. La mancata produzione di effetti giuridici sussiste fino a quando il datore il lavoro non abbia ottemperato ai propri obblighi o, qualora ciò sia divenuto impossibile, non sia stato stabilito un indennizzo adeguato secondo le modalità e procedure che gli Stati membri devono determinare». L'inefficacia si sarebbe protratta fino al momento in cui la procedura fosse stata regolarmente espletata, salvi i casi di impossibilità, per i quali era previsto un indennizzo.

<sup>118</sup> COM (2008) 146 def.

<sup>119</sup> ZOLI C., *I diritti di informazione e di consultazione*, cit., 173-174.

una consolidata tradizione contrattuale nel nostro sistema, coadiuvata dal legislatore con interventi normativi inizialmente settoriali<sup>120</sup> e, successivamente, come visto, di portata più generale (d. lgs. n. 27/2005).

Le prospettive di sviluppo di tale forma di partecipazione possono essere valutate, oggi, *de iure condito* e, *de iure condendo*, alla luce delle (ormai) numerose proposte legislative.

In entrambi i casi il profilo di maggiore interesse è legato alla possibilità che siano i contratti collettivi a stabilire modalità e condizioni di ingresso di rappresentanti dei lavoratori negli organi societari.

Si è già detto che l'introduzione del sistema dualistico rappresenta un'opportunità per la diffusione dei congegni partecipativi interni ma che, al cospetto dell'attuale normativa legale, la possibilità che siano i contratti collettivi a prevedere l'ingresso di rappresentanti dei lavoratori nei consigli di sorveglianza incontra l'ostacolo della regola legale della competenza esclusiva dell'assemblea alla nomina alle cariche sociali. Non è infatti pensabile che la contrattazione collettiva, in qualità di fonte sotto-ordinata alla legge, possa derogare – in assenza di specifiche disposizioni legali di rinvio - al principio della competenza assembleare alle nomine sociali. Quel che si è osservato con riguardo all'ingresso di rappresentanti *dei lavoratori-azionisti* negli organi sociali, dev'essere, infatti, ribadito con riferimento all'eventuale rappresentanza *generale* dei lavoratori negli organi societari.

*De iure condendo* il discorso, ovviamente, cambia tono.

Nella maggior parte delle proposte di legge recentemente discusse e/o presentate (testo unificato, delega), l'introduzione della partecipazione organica viene affidata alla contrattazione collettiva e, segnatamente, ai contratti collettivi di livello aziendale.

Secondo il d.d.l. delega, «attraverso la stipulazione di un contratto collettivo aziendale» è possibile prevedere «che nelle imprese esercitate in forma di società per azioni o di società europea (...), che occupino complessivamente più di 300 lavoratori e nelle quali lo statuto prevede che l'amministrazione e il controllo siano esercitati da un consiglio di gestione e da un consiglio di sorveglianza, in conformità agli articoli da 2409-*octies* a 2409-*quaterdecies* del codice civile, possa<sup>121</sup> essere prevista la partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza come membri a pieno titolo di tale organo, con gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri che rappresentano gli azionisti compreso il diritto di voto».

L'innesto della partecipazione organica nelle imprese societarie riguarderebbe, dunque, le sole s.p.a. con sistema dualistico (e con organico superiore ai 300 dipendenti) e le Società europee registrate in Italia<sup>122</sup> e, soprattutto, sarebbe demandato alla contrattazione d'impresa, chiamata

<sup>120</sup> Cfr. MINERVINI A., *Dall'informazione alla partecipazione*, Giuffrè, 2002.

<sup>121</sup> C.vo nostro.

<sup>122</sup> Cfr. *Società europea senza appeal. Urgente la riforma*, *Il sole 24 ore*, 4 agosto 2013. Mentre la prima e (per quel che consta) l'unica SE italiana – la «Galleria di base del Brennero - BBT SE» - è nata, nel 2011, grazie al trasferimento in Italia della corrispondente società austriaca, dati aggiornati al marzo 2013 rilevano la presenza di 1.601 SE registrate in 25 Paesi dei 27 Stati Europei + 3 (Norvegia, Liechtenstein e Islanda). Delle 1.601 SE esistenti solo 234 sono effettivamente operanti; le altre o sono operative ma senza dipendenti oppure consistono in mere società "shell", prive di dipendenti e non operative. Il modello sembra ancora, dunque, di scarso

a stabilire l'*an* e il *quantum* della partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nei consigli di sorveglianza<sup>123</sup>.

È probabile che una disposizione di tal fatta, che non contempla alcuna riserva minima di posti inderogabilmente fissata dalla legge, renda difficile la negoziazione sindacale di presenze rilevanti nei consigli di sorveglianza. E ovviamente, quote irrisorie di partecipazione non garantiscono alcun coinvolgimento "forte", più di quanto possano farlo, come si è visto, forme partecipative "disgiuntive" o "esterne" forti ed effettive<sup>124</sup>.

Vale la pena di ricordare, al riguardo, che il d.d.l. n. 964 presentato nel corso della XVI legislatura – non a caso considerato un testo conciliante «l'eleganza della forma e della tecnica con la lungimiranza del disegno politico»<sup>125</sup> – prevedeva che la partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nei consigli di sorveglianza (delle imprese esercitate in forma di s.p.a. o costituite in forma di SE e con organico superiore ai trecento lavoratori) *dovesse essere prevista per una quota non inferiore a un quinto e non superiore alla metà dei componenti nei consigli di sorveglianza*, sia pure, anche in questo caso, «ai sensi di quanto previsto dai contratti collettivi stipulati con le associazioni di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» e su richiesta di «almeno il 30 per cento dei dipendenti della società o delle rappresentanze sindacali unitarie ovvero delle rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza, delle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Un'ulteriore spinta in avanti è visibile nella "proposta DLM", nella quale il diritto di partecipazione "organica" – pur essendo, anche qui, limitato alle imprese di grandi dimensioni (ma con organico superiore a duecentocinquanta unità) – è riconosciuto indipendentemente dall'adozione del sistema dualistico (pressoché estraneo alla realtà italiana) e viene, invece, più diffusamente esteso a diverse tipologie societarie (s.p.a, società a responsabilità limitata o in accomandita per azioni, società cooperative, società europee).

In entrambi i casi, ci si trova, comunque, dinanzi a prescrizioni più decise, tali da conferire alla partecipazione "organica" reali potenzialità di funzionamento in termini di partecipazione decisionale e, dunque, di coinvolgimento "forte", poiché è ovvio che per sortire gli effetti della partecipazione decisionale, la partecipazione organica non potrà scendere al di sotto di determinate soglie numeriche.

È, in conclusione, probabile che per ridare fiato alla partecipazione si debba uscire dalla sterile contrapposizione fra forme "forti" (il coinvolgimento "organico" o "interno") e forme "deboli" (il

---

utilizzo, tanto è vero che, a partire dal nuovo Piano d'azione presentato dalla Commissione nel dicembre 2012 e nell'ambito di un più generale dibattito sulle iniziative da intraprendere per modernizzare il diritto societario europeo, viene valutata l'opportunità di un'eventuale modifica dell'istituto della SE e del relativo regolamento (reg. SE 2157/01).

<sup>123</sup> Di una «netta distinzione tra la partecipazione agli organi societari tedesca, obbligatoria e generalizzata, ed il "modello italiano", facoltativo, limitato e, forse, addirittura inattuabile» (per via della presenza, nell'ordinamento, della regola della nomina dei componenti dei consigli di sorveglianza da parte dell'assemblea degli azionisti: art. 2409-*duodecis*, comma 2, c.c.) parla, infatti, BIASI M., *Il nodo della partecipazione*, cit., 227.

<sup>124</sup> Conf. DURANTE A., *Il coinvolgimento dei lavoratori*, cit., p. 39.

<sup>125</sup> NAPOLI M., *La discussione parlamentare*, cit., 75.

coinvolgimento “esterno” o “disgiuntivo”) e che tale superamento debba coniugarsi ad un generale rafforzamento legislativo di tutte le più genuine forme di coinvolgimento.

L’obiettivo - che potrà pur essere trasversale ad un *continuum* di schemi partecipativi – dovrebbe essere quello di evitare indebite strumentalizzazioni degli istituti partecipativi - soprattutto di quelli finanziari, che non dovrebbero solo distribuire rischio -, a vantaggio di meccanismi effettivi di coinvolgimento dei lavoratori, tali da conferire un assetto stabilmente “virtuoso” ai modelli organizzativi delle imprese e alle loro relazioni di lavoro.

Solo un più equo bilanciamento degli interessi e valori in gioco potrà, infatti, attenuare il carattere più strettamente produttivistico/competitivo del paradigma partecipativo<sup>126</sup>, facendo sì che la partecipazione favorisca, piuttosto che estremistiche funzionalizzazioni del sistema di relazioni sindacali aziendali alla massimizzazione della produttività delle imprese<sup>127</sup>, modelli di gestione dell’impresa più “etici”<sup>128</sup> e virtuosi nella ponderazione degli interessi coinvolti nelle diverse decisioni riguardanti la gestione delle imprese.

Proprio passando per questa via, la partecipazione potrà consentire, per esempio, nelle ristrutturazioni e nelle crisi, strategie condivise “di anticipazione dei cambiamenti e dei rischi”<sup>129</sup> e, in contesti “sani”, criteri utili di gestione della flessibilità – esterna ed interna – reclamata dalle imprese e, persino, di buon funzionamento del mercato del lavoro<sup>130</sup>; fungere, di certo, da risorsa meritevole di valorizzazione da parte dei diversi soggetti coinvolti – istituzionali, sociali e individuali – anche con l’ambizioso obiettivo di agevolare la fuoriuscita del sistema produttivo e delle imprese dall’attuale crisi.

<sup>126</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione*, cit., 910.

<sup>127</sup> Cfr. BAVARO V., *Azienda, contratto*, cit., cap. I; ZOPPOLI L., *Una nuova Costituzione per il sistema sindacale italiano?* in ZOPPOLI A. - ZOPPOLI L. - DELFINO M. (a cura di), *Una nuova costituzione*, cit.

<sup>128</sup> PIZZOFRATTO A., *Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di governance e democrazia economica*, RIDL, 2005, I, 243.

<sup>129</sup> Cfr. DA COSTA I. - REHFELDT U., *Transnational Company Agreements on restructuring at EU level*, in LEONARDI S. (a cura di), *Transnational Company Agreements: a stepping stone towards the internationalisation of industrial relations?*, Ediesse, 2012, 85. Su tali strategie e sull’impiego di tale formula, tanto invalsa in ambito europeo, quanto sfuggente per il giurista del lavoro nazionale, cfr. pure SCIARRA S., *Uno sguardo oltre la Fiat. Aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, RIDL, 2011, 174-175. L’A. riferisce dell’esperienza negoziale compiuta all’interno del gruppo multinazionale GDF Suez, generata, per l’appunto, dall’esercizio dei diritti di coinvolgimento da parte del CAE, ma il modello è presente anche nell’esperienza di altre grandi imprese transnazionali, nelle quali proprio l’esercizio dei diritti di informazione/consultazione conduce, spesso, alla stipulazione di *Transnational Company Agreements* [cfr. LEONARDI S. (a cura di), *Transnational Company Agreements*, cit.; ALES E. - ENGBLOM S. - JASPERS T. - LAULOM S. - SCIARRA S. - SOBCZAK A. - VALDÉS DAL-RÉ F., *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future, Final Report*. Brussels: European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2006], sovente finalizzati alla ricerca di soluzioni consensuali alle pressioni provenienti dai mercati globali. Sul caso Volkswagen e sulla “Carta globale dei rapporti di lavoro” (2009) stipulata nel gruppo - esempio virtuoso di relazioni sindacali ispirate alla cultura della partecipazione - v. TELLOHANN V., *L’implementazione della Carta globale dei rapporti di lavoro in Volkswagen*, QRS, 2013, n. 3, 277.

<sup>130</sup> Ancora TREU T., *Flessibilità e tutele*, cit., 19. Ancor più ottimistico l’auspicio di ICHINO P., *Lettera sul lavoro pubblicata su Il Corriere della Sera del 12 agosto 2010*, per il quale la legge sulla partecipazione potrebbe persino contribuire ad aprire il nostro sistema di relazioni industriali agli investimenti stranieri (cfr. <http://www.pietroichino.it/?p=9761>).



## Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro\*

Gaetano Zilio Grandi- Mauro Sferrazza

|                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Premessa                                                                                                       | 30 |
| 2. Il nuovo contratto a termine                                                                                   | 30 |
| 3. Il tetto del 20% quale unico limite all'apposizione del termine al contratto di lavoro                         | 33 |
| 4. Le altre modifiche alla disciplina del contratto a termine                                                     | 35 |
| 5. Le novità in materia di apprendistato                                                                          | 37 |
| 6. Le ulteriori previsioni del decreto n. 34 come convertito                                                      | 39 |
| 7. Le modalità del legiferare in materia di lavoro e le esigenze di semplificazione del relativo quadro normativo | 40 |
| 8. Politiche del lavoro e flessibilità                                                                            | 42 |
| 9. Politiche di flessibilità e modalità di attuazione                                                             | 44 |
| 10. Alla ricerca di un (nuovo) modello sociale                                                                    | 48 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 220/2014

## 1. Premessa

Ogni attività di interpretazione di una disciplina giuridica è operazione che solleva notevoli difficoltà di valutazione «a partire dagli indirizzi di politica legislativa e di politica del diritto effettivamente perseguiti e oggettivizzati in un testo di legge. È dunque inevitabile che su un determinato progetto di riforma si registri una massa più o meno cospicua di consensi e dissensi».<sup>131</sup> Consapevoli di ciò e del fatto, in particolare, che il contratto a termine, «prototipo della flessibilità in entrata nel lavoro subordinato»,<sup>132</sup> continua «a rappresentare un tormentato terreno di scontro politico»,<sup>133</sup> nel quale si affrontano «filosofie diverse e per taluni aspetti contrapposte della flessibilità del mercato del lavoro»,<sup>134</sup> anticipiamo, sin da queste righe iniziali, che nel commentare l'ultima novella legislativa cercheremo di attenerci ad una stretta esegesi del dato letterale delle nuove disposizioni, rifuggendo dalla tentazione, che anche in questa occasione ha impegnato una parte degli osservatori e della dottrina, di andare alla mera ricerca di elementi a favore e contro il programma politico di destrutturazione del diritto del lavoro, da tempo in corso, connotato da un forte ridimensionamento, se non addirittura, dal superamento delle garanzie previste dall'ordinamento a favore del soggetto debole.<sup>135</sup>

Il decreto legge n. 34/2014, come convertito, con modificazioni, dalla legge 16 maggio 2014, n. 78, ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina del contratto a termine e dell'apprendistato. Ciò ha fatto rimanere sotto traccia le altre novità dell'intervento legislativo in materia, ad esempio, di dichiarazione di disponibilità dei soggetti in cerca di occupazione, semplificazione del Documento unico di regolarità contributiva (Durc), contratti di solidarietà per le imprese che rientrano nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni. Altrettanto in secondo piano sono rimasti, a nostro avviso, gli effetti delle nuove norme sul contratto di somministrazione a termine.<sup>136</sup>

Ma, come si diceva, l'attenzione della prima dottrina si è soprattutto incentrata sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato. Partiamo, dunque, da qui.

## 2. Il nuovo contratto a termine

La novella sul termine si inserisce nello scenario normativo confuso e disorganico che caratterizza

<sup>131</sup> M. TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, *Wp Csdle "Massimo D'Antona"*, n. 21/2004, p. 17.

<sup>132</sup> «Vuoi perché esso rappresenta il classico modello di riferimento (e spesso costituisce un tassello essenziale) per la variegata casistica dei contratti di lavoro atipico caratterizzata da una durata temporanea del rapporto di lavoro, vuoi per la sua tormentata ed aggrovigliata evoluzione normativa post-riforma del 2001 (che conta, con un vorticoso crescendo nell'ultimo quinquennio, oltre 10 novelle, dopo la pacifica stabilità quasi quarantennale del sistema legislativo previgente imperniato sulla legge n. 230 del 1962), vuoi per le criticità che riflettono le tensioni e le trasformazioni del diritto del lavoro italiano, fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea, alla ricerca di strumenti per creare nuove occasioni di occupazione, nel contesto di politiche europee di *flexisecurity*» (M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il "Jobs Act"*, in corso di pubblicazione negli Atti di Torino in onore di Paolo Tosi).

<sup>133</sup> L. ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso* (nota a C. Giust. 24 giugno 2010, n. 98), in *Rivista italiana diritto lavoro*, 2010, 4, p. 1050.

<sup>134</sup> S. GIUBBONI, *Il contratto a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *Rivista italiana diritto lavoro*, 2011, 2, p. 227.

<sup>135</sup> Cfr., tra gli altri, in questi termini, in sede di valutazione del "progetto politico" immanente alla riforma del mercato del lavoro attuata con il decreto legislativo n. 276/2003, M. RICCI, *Le finalità del d.lgs. n. 276/2003*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, tomo I, Ipsoa, Milano, 2004, p. 8.

<sup>136</sup> Un primo esame in S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Poletti: una prospettiva di flexicurity*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro (Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78)*, Adapt University press, 2014, p. 61 ss.

la regolamentazione della materia. L'intervento correttivo qui in commento alimenta questa confusione e rende difficilmente decifrabile il relativo quadro legislativo. L'intervento si propone di ridefinire le regole, ma opera, però, in modo incerto e, comunque, non nella prospettiva della riduzione della segmentazione del mercato, innalzando, se possibile, le barriere che separano il lavoro a tempo indeterminato dai contratti temporanei.

Passa da 12 a 36 mesi la durata dei contratti a tempo determinato a-causali, ossia quelli per cui non vige l'obbligo di specificare il motivo dell'assunzione. La regola della mancata motivazione si applica anche alle proroghe e ai rapporti di lavoro in somministrazione. Sarà, tuttavia, possibile assumere a tempo determinato nel limite del 20 per cento del totale degli assunti a tempo indeterminato in forza al primo gennaio dell'anno di assunzione. Limite, però, previsto solo per le imprese che occupano più di 5 dipendenti. Al di sotto di tale numero di dipendenti, infatti, vi è libertà di stipula, anche oltre il 20%. Dal nuovo tetto legale sono, comunque, esonerati i contratti di lavoro stipulati dagli enti di ricerca (sia pubblici, che privati) con ricercatori e personale tecnico, mentre i contratti di ricerca scientifica in via esclusiva possono avere durata pari a quella del progetto di ricerca.

Le proroghe consentite passano da una a cinque (in decreto erano otto) nei 36 mesi. I contratti a tempo determinato potranno, infatti, essere prorogati fino a un massimo di cinque volte in tre anni, a prescindere dai rinnovi contrattuali. L'inciso secondo cui le predette proroghe sono oggi ammesse (pur nell'arco dei complessivi 36 mesi) «indipendentemente dal numero dei rinnovi solleva qualche perplessità. «Letteralmente, la disposizione dovrebbe essere interpretata nel senso che il numero massimo di proroghe non si riferisce ai singoli (molteplici) contratti a termine che, di rinnovo in rinnovo, possono concorrere al raggiungimento dei 36 mesi, ma al numero di proroghe ammissibili complessivamente, in relazione quindi all'attività lavorativa per la quale il contratto è stato inizialmente stipulato, ovvero alla medesima mansione».<sup>137</sup>

Insomma, il provvedimento normativo qui in commento sembra spingere «le imprese ad assumere, oggi, con un primo breve contratto, nella speranza che domani, rimessosi lentamente in moto il processo di ripresa economica, lo si possa prorogare, e poi ancora prorogare (fino ad un massimo di 5 proroghe) fino a 36 mesi. Così inteso il limite ha un senso concreto, ma il suo significato dipende, allora, dalle condizioni richieste per le proroghe».<sup>138</sup>

Diviene, dunque, adesso possibile assumere un lavoratore a termine per cinque volte nell'arco di tre anni. Una sorta di lungo "periodo di prova", durante il quale il datore di lavoro può "licenziare" senza obbligo di preavviso, motivazione, indennità. L'obiettivo specifico è, come si diceva, quello di incrementare le occasioni di lavoro e garantire a tutti un equo accesso a una occupazione dignitosa e regolare. Questo obiettivo viene, ancora una volta, perseguito azionando la leva della

<sup>137</sup> In questo senso, in modo condivisibile, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 6, che aggiungono: «Non è del tutto chiaro, infatti, se la precisazione sia da intendere nel senso che i contratti a termine possono essere rinnovati senza limiti, fermo restando il tetto di 36 mesi, oppure se le 5 proroghe debbano essere calcolate indipendentemente dal numero dei rinnovi effettuati nell'arco dei 36 mesi. Il nodo è controverso e dovrà essere quanto prima sciolto dalla prassi amministrativa».

<sup>138</sup> Così L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, Relazione al convegno organizzato il 4 giugno 2014 al Corso di Perfezionamento in diritto del lavoro dell'Università di Padova su "La nuova disciplina del lavoro a termine".

flessibilità (all'ingresso), nella ritenuta sua capacità di contribuire a ridurre le iniquità, le inefficienze e le imperfezioni che derivano da un mercato del lavoro (ritenuto ancora) rigido.

Secondo Pietro Ichino, con queste modifiche l'ordinamento fa un passo avanti, non considerando più il contratto a termine "socialmente pericoloso", «superando così la presunzione negativa che dal 1962 per mezzo secolo ha accompagnato questi rapporti di lavoro».<sup>139</sup> L'esperienza pratica, tuttavia, ha evidenziato che la strada della flessibilità non conduce alla destinazione sperata: il tasso di disoccupazione non ha invertito il suo percorso di crescita e il mercato del lavoro è rimasto duale e iniquo: da un lato, una quota ancora maggioritaria (ma per quanto?)<sup>140</sup> di lavoratori dipendenti che usufruisce di diritti e tutele; dall'altro, un esercito (in continua crescita) di precari che quei diritti e quelle tutele non riesce neppure ad immaginare.

Ancora una volta ci troviamo a registrare come, rispetto alla riformulazione normativa qui in esame, molta dell'attenzione dei c.d. addetti ai lavori si sia concentrata più sui profili "mediatici", che sulle possibili risposte occupazionali. Ci interessa, qui, invece, soffermare la nostra attenzione su alcuni passaggi del testo legislativo in commento che, così come i precedenti interventi di cui alle leggi n. 92/2012 e n. 99/2013, non svolge, a nostro avviso, come, invece, dovrebbe, il compito di irrigidire, in chiave antifraudolenta, gli strumenti di accesso al lavoro, a favore del "classico" contratto di lavoro a tempo indeterminato, dallo stesso legislatore «proclamato "idolo" della normativa italiana recente, almeno fin dal D.Lgs. n. 368/2001».<sup>141</sup> Anzi. Sotto tale profilo, il contratto di lavoro a termine, ad esempio, continua a costituire il simbolo della politica legislativa in materia, ossia di quella politica che in precedenti occasioni abbiamo definito "a passo di gambero", un po' avanti, molto indietro: a tal punto da rendere in concreto difficile ogni valutazione da parte delle imprese in termini di forza lavoro.

Sempre per ciò che concerne, specificamente, le modifiche apportate alla disciplina del contratto a termine, con l'entrata in vigore del nuovo impianto normativo il datore di lavoro potrà, come detto, sempre instaurare rapporti di lavoro a tempo determinato privi di specifica causale, purché nel limite di durata di trentasei mesi. Viene così superato il precedente sistema che limitava tale possibilità (di stipulare, appunto, un contratto a termine a-causale) soltanto al primo rapporto di lavoro a tempo determinato e ribaltata, di fatto, l'impostazione che alla disciplina della materia aveva assegnato la riforma Fornero, che consentiva all'impresa di rinviare per una sola volta la decisione di assunzione (o meno) del lavoratore a termine.

La prima parte dell'art. 1 del decreto legislativo n. 368/2001, introdotta dalla c.d. riforma Fornero di cui alla legge n. 92/2012 poneva, si rammenterà, l'accento sulla natura di "forma comune" del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. In precedenza, la legge n. 247/2007 aveva anteposto all'art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001 la seguente espressione:

---

<sup>139</sup> In *Il Sole 24 Ore*, 8 maggio 2014.

<sup>140</sup> Per quanto concerne il rapporto tra contratti a tempo indeterminato e contratti a termine, dall'esame dei flussi delle assunzioni (quelle "regolari", ovviamente) documentati dalle comunicazioni obbligatorie al ministero del Lavoro, risulta che il 21,4 per cento di assunzioni a tempo indeterminato sul flusso totale dei contratti del 2009 si è ridotto al 16,5 per cento nel 2013, mentre la frazione delle assunzioni a termine, sempre in termini di flusso, è nello stesso periodo aumentata dal 62,7 al 68 per cento.

<sup>141</sup> G. ZILIO GRANDI, *Dal D.L. n. 76 alla legge n. 99 del 2013: Back to the future o Timeline?*, University press, 2013.

«il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato». Formula di natura programmatica e sostanzialmente priva di specifico valore precettivo, ma di indiscutibile rilievo sistematico e dogmatico. Oggi, però, il provvedimento legislativo qui in esame, rende legittima l'apposizione del termine al contratto di lavoro alla stessa stregua del contratto a tempo indeterminato, nel senso che, come per quest'ultimo, non è più necessario giustificare l'apposizione del termine. Evidente e corposa la liberalizzazione.<sup>142</sup>

### 3. Il tetto del 20% quale unico limite all'apposizione del termine al contratto di lavoro

Come è sopra cenno, il numero complessivo di rapporti di lavoro a termine costituiti da ciascun datore di lavoro non può eccedere il limite del 20 per cento dell'organico complessivo. Sono fatte salve, però, «le disposizioni dell'art. 10 comma 7»:<sup>143</sup> così prosegue la norma.<sup>144</sup>

Per il caso di superamento del tetto del 20% si introduce (legge di conversione) una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, laddove il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno (la sanzione cresce al 50% se il numero dei lavoratori assunti in violazione del predetto limite sia superiore a uno). Qui è evidente e forte la discontinuità rispetto alla disciplina previgente ed il tentativo di deciso cambio di rotta che si vorrebbe imprimere alla fattispecie. Peraltro, sul punto, il testo di legge uscito dal Senato è incoerente rispetto a quanto in origine scritto nel decreto legge (che non prevedeva alcuna conseguenza per il superamento del tetto) e nel testo approvato dalla Camera dei Deputati (ove era prevista la trasformazione in contratti a tempo indeterminato). Una rilevante modifica, dunque, quella così da ultimo introdotta: l'impresa che superi la suddetta soglia del 20% non dovrebbe più essere costretta (usiamo il condizionale per quanto si dirà tra poco) ad assumere a tempo indeterminato, ma dovrebbe andare più semplicemente (e "serenamente") incontro ad una ammenda amministrativa.

Con o.d.g. n. 22/11 accolto nel corso dell'esame del decreto in commissione Lavoro del Senato il Governo si è impegnato, «a tutela di entrambe le parti del rapporto», a precisare la delimitazione

<sup>142</sup> *Contra*, in parte, L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., secondo cui ciò che è «rivoluzionario rispetto all'assetto precedente è l'abbandono del sistema delle causali sia oggettive che soggettive, e l'introduzione di limiti solo in termini temporali e quantitativi. Ancora una volta, tuttavia, a meno che l'applicazione del decreto dimostri l'assoluta ineffettività di questi limiti, a mio avviso non si può parlare di piena e completa liberalizzazione dell'istituto, divenuto equivalente o alternativo al contratto a tempo indeterminato, perché i limiti temporali e quantitativi continuano a segnalare lo sfavore verso il contratto a termine, che l'ordinamento continua a voler limitare, certo in modo di gran lunga meno stringente rispetto al passato, nei confronti del contratto a tempo indeterminato per gli aspetti legati alla precarietà del lavoro e della vita».

<sup>143</sup> Che così recita: «La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Sono in ogni caso esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi:

a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici;  
b) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni;  
c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi;  
d) con lavoratori di età superiore a 55 anni» (previsione introdotta dal decreto legge n. 76/2013).

<sup>144</sup> Secondo L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., se la sostituzione delle causali oggettive e soggettive con un limite numerico di contratti a termine utilizzabili semplifica l'attuazione della disciplina della materia, abbassa il contenzioso, apre le possibilità di investimenti esteri, dà maggior certezza alle imprese «e maggiori occasioni di lavoro (se pur precario) agli attuali tantissimi disoccupati, [...] vi è da chiedersi, innanzitutto, se il limite numerico sia congruo rispetto all'esigenza di incrementare l'occupazione senza sacrificare troppo l'esigenza di stabilità nel lavoro».

della portata della sanzione comminata per il contratto a termine eccedente il limite del 20% e, segnatamente, a chiarire che la sanzione opera soltanto sul piano amministrativo, comportando l'esborso pecuniario a carico del datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi sanzione ulteriore sul piano civilistico: il contratto resta valido ed efficace, produce tutti gli effetti suoi propri fino al termine pattuito e nessun risarcimento è dovuto al singolo lavoratore interessato, poiché nel nuovo contesto ordinamentale l'apposizione del termine al contratto, se stipulata nella forma dovuta, è in sé legittima, non necessitando di alcuna giustificazione. Insomma, secondo il suddetto ordine del giorno del Senato, la sanzione amministrativa, come detto, dovrebbe sostituire il precedente regime sanzionatorio (conversione del rapporto e indennità risarcitoria fino a dodici mesi).

Sembra che la scelta di applicare una soluzione più "morbida" in questi casi sia da collegare in termini di necessità di "bilanciamento" rispetto alla contrazione (operata, come detto, nel corso dell'iter parlamentare della conversione in legge) del numero di proroghe massimo consentito, che ridurrebbe l'iniezione di flessibilità complessiva. Si tenta di giustificare la sostituzione dell'obbligo di reintegro con la più "mite" sanzione dell'ammenda amministrativa (seppur di cospicua entità), con l'esigenza di ridurre il più possibile quelle barriere, anche psicologiche, ritenute ostacolo alla creazione effettiva di posti di lavoro. La sostituzione dell'effetto tradizionale della conversione del rapporto di lavoro (da determinato ad indeterminato) viene, poi, ulteriormente giustificata dalla situazione di incertezza, maggiore rispetto al passato, in cui oggi le nostre imprese si trovano ad operare e che farebbe sì che il termine apposto costituisca elemento essenziale del contratto, nel senso che senza quel termine esso non sarebbe stato stipulato. Se così è, questo il ragionamento a base della modificazione apportata in sede di conversione in legge del testo varato dal Governo, allora la sanzione per l'irregolarità del termine apposto non può evidentemente più consistere nella nullità del termine sanzionata con la conversione del contratto stesso in contratto a tempo indeterminato.

Ancora, ritengono i sostenitori dell'approccio sanzionatorio più morbido, occorre considerare che il contratto a termine non è più considerato in sé una "anomalia" che necessita di una specifica giustificazione per essere ammessa dall'ordinamento, bensì un tipo negoziale di cui l'imprenditore può avvalersi liberamente per l'inserimento di un lavoratore in azienda. Ne conseguirebbe che la sanzione correlata a una circostanza esterna al singolo contratto (ovvero il fatto che ci sia già un numero, superiore al 20%, di dipendenti assunti con tale modalità contrattuale) non può più consistere - come in passato - nella conversione a tempo indeterminato, ma può e deve concretizzarsi in un diverso disincentivo, che sia efficace, senza che però sconvolga l'assetto negoziale posto in essere dalle parti. In altri termini, la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato genererebbe una discrasia tra sanzione e interesse leso: quest'ultimo non sarebbe, infatti, l'interesse dell'ultimo lavoratore entrato in azienda, bensì l'interesse generale a che almeno quattro quinti degli organici siano legati all'azienda a tempo indeterminato.

Parlavamo prima di deciso cambio di rotta che si "vorrebbe" imprimere alla fattispecie degli effetti della stipulazione di un contratto a termine fuori dalle previsioni di legge. Sì, perché anche al legislatore, infatti, avrà ben presente noto il consolidato orientamento giurisprudenziale fondato sulla considerazione che il termine finale pattuito costituisce, nell'intendimento dell'imprenditore stipulante, soltanto un mero espediente per eludere la disciplina del licenziamento. Con la conseguenza che lo stesso non può elevarsi ad elemento essenziale del contratto, poiché l'imprenditore stesso lo avrebbe comunque stipulato (a tempo indeterminato) anche senza quella clausola.

Orbene, rispetto a queste conclusioni non riusciamo, in realtà, a rinvenire alcun mutamento di quel presupposto negoziale tipico che la giurisprudenza pone a base dell'effetto della conversione a tempo indeterminato. Né scorgiamo alcuna esigenza di "bilanciamento" in questa operazione al "ribasso", visto che la riduzione del numero massimo di proroghe consentite (da otto a cinque) apportata in sede di conversione non "svilisce" in alcun modo il notevole incremento di flessibilità che il nuovo impianto normativo complessivamente introduce.

Ma ancor prima di queste considerazioni, riteniamo che la conclusione della sostituzione della sanzione civile (conversione rapporto di lavoro) con la sanzione amministrativa (ammenda pari al 20% o al 50%, a seconda, come detto, del numero di lavoratori assunti a tempo determinato in misura superiore alla soglia di legge) non trovi valido e preciso sostegno normativo. Manca, infatti, qualsiasi riferimento, diretto o indiretto che sia, al superamento del sistema della conversione. E di ciò si ha conferma e riprova nello stesso sopra ricordato ordine del giorno approvato dal Senato, indice evidente che, allo stato, nella legge non vi è traccia di siffatta sostituzione. Insomma, a fronte di una chiara volontà del legislatore di escludere l'applicabilità della sanzione della conversione per i casi di superamento del tetto, all'interprete non resta altra strada che prendere atto del fatto che non è stato in alcun modo modificato il Collegato lavoro nella parte in cui considera quella della conversione la sanzione tipica per il contratto a tempo determinato non conforme a legge. In altri termini, riteniamo che nel caso in cui venga superata la soglia del 20% continui a verificarsi l'effetto della conversione del contratto a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato, per intrinseca carenza dei requisiti richiesti dal decreto legislativo n. 368/2001.<sup>145</sup>

#### 4. Le altre modifiche alla disciplina del contratto a termine

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001 l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto: adesso tale vincolo è però, sensibilmente più leggero, atteso che lo stesso opera solo in relazione alla circostanza della determinazione, diretta o indiretta, della durata del rapporto di lavoro, non essendo più necessario specificarne le ragioni. Tuttavia, il comma 3 non è stato modificato e, di conseguenza, «copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione». Deve, poi, ritenersi ancora in vigore anche quanto disposto dal successivo comma 4, secondo cui «la scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore a dodici giorni».

Così come resta valido quanto previsto dall'art. 5 in materia di maggiorazione della retribuzione: «Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore».

Quindi, per i contratti al di sotto dei sei mesi, vige la disposizione per cui il rapporto può continuare per 30 giorni extra, mentre al 50esimo scade il termine per il rinnovo dei rapporti di lavoro di durata superiore.

---

<sup>145</sup> Sulla problematica più generale della conversione si v. di recente Cassazione, 8 gennaio 2014, n. 161, in *Diritto e Giustizia online*, 2014, 9 gennaio.

Del pari, resta ferma la regola della trasformazione a tempo indeterminato del contratto proseguito di fatto: «Se il rapporto di lavoro continua oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4 bis, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini».

Ai sensi dell'art. 5, comma 4 *quater*, del decreto legislativo n. 368/2001, il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza fatte salve le diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine. Il nuovo impianto normativo ora precisa che «Fermo restando quanto già previsto dal presente articolo per il diritto di precedenza, per le lavoratrici il congedo di maternità di cui all'articolo 16, comma 1, del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, intervenuto nell'esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza di cui al primo periodo. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto, con le stesse modalità di cui al presente comma, il diritto di precedenza anche nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine».

Il successivo comma 4 *quinqües* dispone, poi, che «il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali».

Il comma 1, lett. b) *sexies*, del decreto legge, come convertito, aggiunge, in fine, all'articolo 5, comma 4 *sexies*, del decreto legislativo n. 368/2001, il seguente periodo: «Il diritto di precedenza di cui ai commi 4 *quater* e 4 *quinqües* deve essere espressamente richiamato nell'atto scritto di cui all'articolo 1, comma 2». La disposizione mira a chiarire che l'obbligo di informazione gravante sul datore di lavoro nei confronti della persona assunta con contratto a termine, circa il suo diritto di precedenza nella riassunzione, può e deve essere assolto con il richiamo del diritto in questione nello stesso documento contenente il nuovo contratto di lavoro, non essendo necessaria la consegna di un documento apposito. Si tratta di una precisazione alquanto utile perché dovrebbe riuscire a chiarire alcune difformi interpretazioni della prassi, nel senso che l'Inps, in applicazione della norma di cui all'art. 4, comma 12, della legge n. 92/2012, richiedeva ai datori di lavoro, ai fini del riconoscimento dei relativi incentivi, di fornire ai propri dipendenti a tempo determinato le previste informazioni a proposito del diritto di precedenza.

Detto dell'utilità della disposizione non possiamo che criticarne le modalità della sua redazione tecnica, posto che non si dice, ad esempio, cosa succede nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia ommesso tale informazione scritta. Fermo restando che detta omissione non ci pare in grado di inficiare in alcun modo né il rapporto in essere, né il diritto di precedenza, si può ipotizzare il sorgere di un diritto al risarcimento degli eventuali danni subiti dal lavoratore per effetto dell'omissione di cui trattasi, oltre che l'irrogazione di una sanzione amministrativa da parte degli organi ispettivi in materia di lavoro, previo invito ad adempiere formulato ex art. 14 del decreto legislativo n. 124/2004.



Resta da dire che la riforma della causale non sembra toccare i regimi speciali. Già prima del decreto legge n. 34/2014, infatti, questi ultimi garantivano l'esenzione dall'onere di specificazione della causale del ricorso al termine. Il mantenimento in vita di questi regimi sembra testimoniare la volontà del legislatore di salvaguardare le regole speciali previste per determinati settori, che, come sotto il vigore della disciplina precedente, potranno continuare a fruire di un doppio regime normativo. In questi speciali ambiti, infatti, potranno applicarsi le regole della disciplina ordinaria, e così, ad esempio, le regole sulla a-causalità e quelle sui limiti quantitativi di accesso al tipo; nel contempo, tuttavia, si potranno applicare tutte le altre regole (speciali) che, anche nel nuovo contesto normativo, rendano eventualmente più agevole il ricorso al contratto a tempo determinato.<sup>146</sup> Fermo restando che saranno da approfondire, nello specifico, i problemi di coordinamento tra regime ordinario e regime speciale, essendo mutati i parametri di riferimento.

## 5. Le novità in materia di apprendistato

Quanto all'apprendistato, «finalmente l'attenzione del Legislatore si sposta dall'apprendistato professionalizzante – che, indubbiamente, è la forma più utilizzata e, per questo, è sin qui stata la fattispecie oggetto di maggiore interesse a livello regolatorio – all'apprendistato di tipo scolastico e in alternanza quantunque con misure ambigue e di dubbia rilevanza pratica e applicativa».<sup>147</sup>

La prospettiva che sembra accompagnare le modifiche apportate alla disciplina in materia dettata dal decreto legislativo n. 167/2011 e dalla legge n. 92/2012 è quella della semplificazione, in primo luogo, per ciò che concerne la redazione del piano formativo individuale. Anche se deve subito segnalarsi come l'intervento di semplificazione risulta, alla luce della legge di conversione, sensibilmente ridimensionato rispetto a quello più drastico in origine previsto nel testo del decreto legge.

Discontinuità, dunque, rispetto alla passata tendenza alla "burocratizzazione" del procedimento per l'assunzione di un apprendista, anche se non è sopravvissuto, alla conversione in legge, il testo originario del decreto che faceva venir meno del tutto l'obbligo (previgente) di redazione in forma scritta. La disposizione (art. 2, comma 1, lett. a), del decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167), in tema di «forma scritta del contratto, del patto di prova e del relativo piano formativo individuale», che diviene «forma scritta del contratto e del patto di prova», recita oggi: «Il contratto di apprendistato contiene, in forma sintetica, il piano formativo individuale definito anche sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali».

<sup>146</sup> Così, a titolo esemplificativo, restano in vita le disposizioni che consentono di stipulare contratti di lavoro a termine privi di causale nelle aziende di trasporto aereo o esercenti i servizi aeroportuali, per un periodo massimo di sei mesi compresi tra aprile e ottobre e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti. Analoga la facoltà concessa per l'esecuzione di servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo di passeggeri e merci. Resta, del pari, in vita la legislazione speciale dettata per l'assunzione di lavoratori impiegati nel settore postale (rammentiamo che in detto settore non è necessaria la sussistenza e l'indicazione della causale per un periodo massimo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15% dell'organico aziendale riferito al primo gennaio dell'anno cui si riferiscono le assunzioni). Anche le start up innovative beneficiano di ampie deroghe rispetto alla disciplina ordinaria.

<sup>147</sup> M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Apprendistato: una semplificazione di facciata*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro (Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78)*, cit., p. 33.

Il nuovo contratto di apprendistato, dunque, rischia di vedere in qualche modo “svilita” la componente più formativa, ma, come sopra detto, ha anche rischiato di perderla del tutto. «In un certo senso, questo trasforma la natura stessa dell’apprendistato, eliminando la componente di interesse pubblico, in grado di accrescere non tanto la produttività a breve nell’impresa, quanto l’occupabilità a medio-lungo termine del lavoratore».<sup>148</sup>

Una corposa discontinuità rispetto alla precedente previsione normativa si registra in materia di assunzione di nuovi apprendisti. La novella, infatti, riduce gli obblighi previsti dalla legislazione previgente ai fini di nuove assunzioni in apprendistato (obbligo di stabilizzazione del 30% degli apprendisti nelle aziende con più di 10 dipendenti), da un lato circoscrivendo l’applicazione della previsione normativa alle (sole) imprese con più di 50 dipendenti, dall’altro riducendo al 20% la percentuale di stabilizzazione. È possibile segnalare come nel testo di cui al decreto legge gli obblighi di stabilizzazione di cui trattasi erano stati del tutto soppressi, mentre nel testo emendato dalla Camera detto obbligo era applicabile solo alle imprese con più di 30 dipendenti.

Mentre viene abrogata la disposizione di cui al comma 3 *ter*, all’art. 3 è aggiunto, in fine, il seguente comma: «2 *ter*. Fatta salva l'autonomia della contrattazione collettiva, in considerazione della componente formativa del contratto di apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale, al lavoratore è riconosciuta una retribuzione che tenga conto delle ore di lavoro effettivamente prestate nonché delle ore di formazione almeno nella misura del 35 per cento del relativo monte ore complessivo». La nuova disposizione denota una particolare “sensibilità” del legislatore al profilo retributivo, non sempre presente nei precedenti interventi normativi in materia.

Una rinnovata attenzione del legislatore alle diverse esigenze dei territori e del relativo mercato del lavoro sembra potersi scorgersi nella norma che prevede, per le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano che abbiano definito un sistema di alternanza scuola-lavoro, la possibilità che i contratti collettivi di lavoro stipulati da associazioni di datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possano consentire specifiche modalità di utilizzo del contratto di apprendistato, anche a tempo determinato, per lo svolgimento di attività stagionali.

La semplificazione di cui si diceva poc’anzi concerne anche i profili formativi. Si prevede, a tal proposito, che la Regione provveda ad informare il datore di lavoro, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell’instaurazione del rapporto, circa le modalità di svolgimento dell’offerta formativa pubblica, anche con riferimento alle sedi e al calendario delle attività previste, avvalendosi anche dei datori di lavoro e delle loro associazioni che si siano dichiarate disponibili, ai sensi delle linee guida adottate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano in data 20 febbraio 2014. Sotto tale profilo ricordiamo

---

<sup>148</sup> F. PASTORE, *Il difficile percorso dell’apprendistato*, in [www.lavoce.info.it](http://www.lavoce.info.it), maggio 2014, che osserva, tra l’altro: «Quando c’è la crisi, l’orizzonte temporale di programmazione delle scelte di personale delle imprese si riduce drasticamente: le aziende non sanno più se e quando saranno in grado di trarre vantaggio dalla formazione dei propri dipendenti. Gli effetti della formazione professionale specifica a un certo posto di lavoro richiedono tempo per dispiegarsi. Allora, meglio i contratti temporanei senza formazione professionale. E forse l’intento del legislatore oggi è proprio quello di andare incontro a questa esigenza delle imprese. Tuttavia, c’è il rischio che il provvedimento non sia risolutivo, cioè non riesca da solo a rilanciare l’apprendistato, mentre al contempo elimina un suo elemento costitutivo. Allora, forse meglio sarebbe stato aspettare tempi migliori e puntare, in questa fase, a permettere che gli operatori sviluppassero il dialogo sociale attraverso la sua pratica».

che la previgente disciplina disponeva l'obbligatorietà della formazione pubblica regionale. Il decreto legge n. 34/2014 lasciava al datore di lavoro la scelta se avvalersene o meno, mentre il testo approvato in prima lettura dalla Camera stabiliva che l'obbligo di integrazione della formazione con l'offerta pubblica veniva meno laddove la Regione non avesse comunicato, entro 45 giorni dall'instaurazione del rapporto di lavoro con l'apprendista, le modalità per usufruirne. Palese, sul punto, l'approccio ondivago del legislatore.

## 6. Le ulteriori previsioni del decreto n. 34 come convertito

Il decreto legge n. 34/2014 interviene, come detto, anche sui contratti di solidarietà che riguardano le imprese che, a vario titolo, rientrano nel campo di applicazione dell'integrazione salariale ordinaria. Viene, anzitutto, incrementato con una somma pari a 15 milioni di euro, per l'anno 2014, lo stanziamento a disposizione. Indice, questo, della particolare attenzione che viene prestata alla crisi occupazionale in corso ed alle connesse difficoltà delle nostre imprese.

Una seconda modalità di intervento, in continuità "legislativa" e discontinuità "operativa", concerne, poi, la riduzione contributiva oraria a favore dei datori di lavoro che hanno stipulato contratti di solidarietà ma che, per una serie di motivi, non è di fatto applicata da tanto tempo (gli ultimi contributi si riferiscono, a quanto consta, agli accordi stipulati entro il 31 dicembre 2005). Orbene, un ulteriore decreto interministeriale (Lavoro, Economia) dovrà stabilire i criteri per la individuazione delle imprese che ne potranno beneficiare, sempre nei limiti delle risorse disponibili. La norma, però, ha la pecca di non indicare alcun termine entro il quale il predetto decreto dovrà essere emanato, rischiando, così, di vanificare del tutto i buoni propositi del legislatore.<sup>149</sup>

Tra le modifiche apportate dall'art. 3 del decreto legge in commento, la prima riguarda l'art. 4, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 7 luglio 2000, n. 442, in materia di servizi in favore dei soggetti che cercano lavoro e che sono inseriti in appositi elenchi anagrafici.<sup>150</sup> La parola, generica, «persone» viene sostituita con «i cittadini italiani nonché i cittadini di Stati membri dell'Unione europea e gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia». Si tratta, come si vede, di una semplice precisazione, considerato che sono questi i soggetti che, risultando iscritti, possono usufruire dei servizi pubblici del collocamento. La norma, dunque, mira a garantire la parità di trattamento dei soggetti in cerca di occupazione in uno degli Stati membri dell'Unione europea indipendentemente dal luogo di residenza.

Viene, inoltre, eliminato il requisito del domicilio, nella prospettiva di ampliare la possibilità di usufruire delle azioni di politica attiva poste in essere dai servizi competenti. In particolare, la norma è diretta a rendere immediatamente operativa la c.d. *Youth guarantee*, disponendo che i giovani in cerca di occupazione possano rivolgersi ad un qualsiasi servizio per l'impiego indipendentemente dall'ambito territoriale di residenza.

<sup>149</sup> Una disamina delle novità in materia di contratti di solidarietà in R. PUPO, *Contratti di solidarietà: benefici contributivi ai datori di lavoro*, in E. BORTOLAMEI, L. DI STEFANO, L. MATRUNDOLA (a cura di), *La riforma infinita alla prova del Jobs Act*, in *QFMB Saggi/Ricerche*, p. 56 ss.

<sup>150</sup> Per un approfondimento v. S. SPATTINI, *L'elenco anagrafico dei lavoratori e l'acquisizione dello stato di disoccupazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro (Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78)*, cit., p. 117 ss.

L'art. 4 contiene, in materia di Durc, alcune disposizioni che non hanno un effetto immediato, ma che impegnano l'Esecutivo ad emanare provvedimenti finalizzati a rendere effettiva la "dematerializzazione" del predetto Documento unico di regolarità contributiva.<sup>151</sup> La disposizione appare sostanzialmente coerente rispetto agli obiettivi di semplificazione e "sburocratizzazione" che l'intervento legislativo dichiara di voler perseguire. A partire dal giorno nel quale il decreto interministeriale (Lavoro, Economia, Funzione pubblica, con necessario coinvolgimento procedimentale di Inps e Inail) entrerà in vigore sarà attuata una corposa facilitazione "amministrativa" per tutte quelle imprese interessate a verificare (in tempi rapidi e in via esclusivamente telematica) la regolarità contributiva verso l'Inps e l'Inail ed anche verso le Casse Edili per le imprese del settore delle costruzioni. Nulla, invece, cambia per la validità dell'interrogazione (prima si parlava di documento) che rimane di 120 giorni, ferme fatte le eventuali ipotesi di esclusione che saranno espressamente definite nel predetto provvedimento di natura ministeriale.

Si tratta, senza dubbio, di una semplificazione di grande rilievo, specie laddove si consideri che l'impresa non sarà più tenuta ad alcun adempimento, essendosi il Durc trasformatosi da documento materiale in dato informatico.

## 7. Le modalità del legiferare in materia di lavoro e le esigenze di semplificazione del relativo quadro normativo

Il continuo rimaneggiamento di un istituto contrattuale è già di per sé un elemento negativo. La nostra legislazione del lavoro «risulta non solo ipertrofica (spesso con una mera valenza demagogica o ideologica, senza tener conto della adeguatezza delle regole, anzi troppo spesso aumentandone i difetti) e quasi schizofrenica (prevede e regola contratti di lavoro c.d. 'atipici' rispetto al modello standard per lo più per ostacolarli o vincolarli), ma addirittura la formulazione tecnica e linguistica delle norme rende disagevole la lettura e la comprensione anche agli stessi addetti ai lavori e quindi rende complicata l'effettiva applicazione. Inoltre è una regolamentazione molto instabile e volatile (con stillicidi di aggiustamenti ondivaghi), di frequente incompiuta, con massici rinvii a provvedimenti attuativi di secondo livello, anche atipici, spesso tardivi o mancanti».<sup>152</sup> A prescindere, dunque, dal merito dei recenti interventi succedutisi in materia (Fornero-Monti nel 2012, Letta nel 2013 e Renzi oggi) dobbiamo ancora una volta evidenziare come siffatto modo di legiferare, per successive stratificazioni, e di regolare fattispecie contrattuali così importanti quali, ad esempio, quelle dell'apprendistato e del lavoro a tempo determinato,<sup>153</sup> con frequenti adattamenti che risentono dei diversi "umori" delle varie fasi storico-politiche nei quali sono adottati e rispondono ad obiettivi economico-sociali e di politica del diritto spesso tra loro contrastanti, non contribuisce di certo alla creazione di un sistema normativo chiaro, unitario e coerente, di cui da tempo, ormai, si sente il bisogno.

Sotto diverso profilo, non possiamo esimerci dall'evidenziare come i sopra ricordati interventi legislativi – a prescindere dagli effetti e dalle relative valutazioni in termini di miglioramento del

<sup>151</sup> Per un sintetico, quanto efficace, esame della disciplina in materia di Durc, alla luce delle recenti novità, v. R. COVINO, *Verso una dematerializzazione del Durc*, in E. BORTOLAMEI, L. DI STEFANO, L. MATRUNDOLA (a cura di), *La riforma infinita alla prova del Jobs Act*, cit., p. 32 ss.; P. RAUSEI, *Una interrogazione telematica istantanea per sostituire (in futuro) il Durc*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro (Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78)*, cit., p. 102 ss.

<sup>152</sup> Così sul punto si esprime, ad esempio, M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il "Jobs Act"*, cit.

<sup>153</sup> Schemi negoziali che rappresentano oggi circa l'80% dei nuovi avviamenti al lavoro.

quadro occupazionale – non hanno purtroppo contribuito a rimediare alla complessità del contesto normativo di riferimento in materia, compromettendo, così, già per definizione, il raggiungimento degli obiettivi auspicati, atteso che, in difetto di una concreta ed effettiva semplificazione del predetto quadro, difficilmente si invogliano le imprese ad assumere.

Questo, lo si ribadisce, a prescindere dalle valutazioni del merito e del contenuto dei predetti interventi normativi, sui quali pure molto vi sarebbe da dire. È facile osservare, in tale prospettiva, come sia divenuta ormai indifferibile una compiuta, profonda revisione delle numerose tipologie contrattuali che, in materia, affastellano, confusamente, il ns. sistema, con conseguente semplificazione del contesto normativo di riferimento ed abrogazione di tutte quelle disposizioni incompatibili con l'indirizzo prescelto, oltre che di tutte quelle che creano difficoltà interpretative e contribuiscono, quindi, ad alimentare un contenzioso che non fa di certo bene agli obiettivi di riduzione del tasso di disoccupazione. Il nostro legislatore, invece, maestro nella stratificazione normativa e nel legiferare con poca chiarezza, sembra oggi superarsi, intervenendo in modo confuso e senza (quantomeno apparente) visione strategica di medio periodo su un quadro normativo già incoerente e spesso avulso dal contesto europeo. «La stella polare che dovrebbe guidare il legislatore, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, è quella delle regole chiare e certe per un'applicazione semplice, facile e prevedibile della legislazione. Ma la luminosità di questa stella, negli ultimi trent'anni, risulta alquanto offuscata e fioca, specie sul fronte degli interventi normativi che hanno portato ad un accrescimento delle forme di flessibilità in entrata (nel lavoro subordinato e non) e, da ultimo, anche in uscita (dal lavoro subordinato)». <sup>154</sup>

La tecnica legislativa che sembra caratterizzare il provvedimento normativo appena varato è, ancora una volta, quella del legiferare sul fatto di ieri. Manca una prospettiva. Non c'è traccia di una visione complessiva. Un'attività legislativa, quella degli ultimi anni, intrapresa sulla scia delle ondate emotive o delle crisi finanziarie e di settore. Un metodo normativo, questo, «non proprio virtuoso, al quale siamo comunque abituati da tempo. Ma soprattutto una chiara assenza di strategia, di prospettiva, risposte immediate e di breve se non brevissimo periodo, un continuo intervenire in modo rapsodico ma certo non assonante, con continue cadute di tono e contraddizioni. E, ciò che è più grave, con la pretesa che sia un comma, un articolo, a cambiare le sorti dell'impresa e del lavoro nel nostro Paese». <sup>155</sup>

La sensazione che se ne ricava è quella di un contesto disorganico ormai difficile da armonizzare. Peraltro, il legiferare per successive stratificazioni e in modo tutt'altro che chiaro produce dirette e immediate conseguenze non solo sul piano del contenzioso (che ha così occasione di proliferare, con buona pace delle istanze di riduzione dello stesso che ogni legislatore dichiara di voler perseguire), ma anche su quello del processo in senso stretto inteso. Accade così che la norma non costituisca più la fonte regolativa della controversia, ma diventi essa stessa l'oggetto del giudizio. Non si ricava più la fonte di regolamentazione del rapporto nella disciplina, ma nell'interpretazione della stessa, anzi, in quell'interpretazione che più si presta a porsi a base della decisione.

L'itinerario labirintico ha sostituito la struttura piramidale del diritto. Al vertice della piramide vi era (*rectius*: dovrebbe esserci!) il legislatore e, dunque, la norma. Nel labirinto, invece, oggi, si

<sup>154</sup> M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il "Jobs Act"*, cit.

<sup>155</sup> G. ZILIO GRANDI, *Dal D.L. n. 76 alla legge n. 99 del 2013: Back to the future o Timeline?*, cit.

tracciano percorsi, nell'ambito dei quali l'interpretazione diviene fonte e il precetto viene trascurato. Tutto ciò nasconde una grave pericolosità, anche di natura sistematica e dogmatica.

## 8. Politiche del lavoro e flessibilità

L'ampia convergenza parlamentare, maturata in sede tecnica, sull'assetto complessivo della mini-riforma del mercato del lavoro appena varata non sembra si sia tradotta in unanime consenso politico; e questo, stavolta, almeno così ci sembra, non per ragioni di logica e strategia politica dei singoli schieramenti, bensì proprio per valutazioni legate ad un giudizio di merito sul nuovo prodotto normativo.

Nelle dichiarazioni programmatiche che hanno accompagnato l'emanazione del provvedimento normativo di cui trattasi si è fatto più volte presente che lo stesso deve essere considerato parte di un più ampio progetto di riforma complessiva del mercato del lavoro. La prospettiva è quella di un intervento che sia capace di incidere con vigore l'impianto della nostra legislazione in materia di lavoro e di modificarne il contenuto essenziale secondo il modello della *flexsecurity*, oggetto delle raccomandazioni ripetutamente rivolte negli anni recenti dall'Unione Europea agli Stati membri: un modello, questo, come noto, che implica la coniugazione della (massima) flessibilità delle strutture produttive con la (massima) sicurezza professionale ed economica dei lavoratori coinvolti nelle crisi occupazionali e nei processi di mobilità dai vecchi ai nuovi posti di lavoro. Una sicurezza non più basata sulla conservazione del posto di lavoro, bensì sul lavoro e sulla continuità del reddito da lavoro o, meglio, un passaggio da una logica di tutela dei redditi a una logica delle opportunità, nel quadro di efficaci strumenti di sostegno del reddito da assicurare alle persone coinvolte negli inevitabili passaggi tra posti di lavoro diversi, che già costituiscono (ed è facile intuire che sempre più costituiranno) eventi fisiologici, ordinari, nella vita lavorativa di ciascuno.

Nelle intenzioni del legislatore d'urgenza le disposizioni del provvedimento normativo oggetto di questo commento sono, dunque, come detto, destinate a collocarsi nel quadro di una riforma complessiva mirata a costruire la sicurezza economica e professionale delle persone che lavorano non mediante l'ingessatura dei singoli rapporti di lavoro (che ci si accinge, dunque, a caratterizzare – tutti, sia quelli a termine, sia quelli a tempo indeterminato – nel segno di una maggiore flessibilità), bensì mediante una congrua garanzia della continuità del reddito e di un investimento sulla efficace riqualificazione dei lavoratori che per qualsiasi motivo restino disoccupati, mirata agli sbocchi occupazionali effettivamente esistenti. L'intervento normativo di cui trattasi, in altri termini, si propone di agire, nell'immediato, per anticipare gli effetti della preannunciata più generale e profonda riforma, allentando subito i vincoli concernenti la costituzione dei rapporti di lavoro secondo i nuovi principi cui dovrebbe ispirarsi l'ordinamento delineato nel disegno di legge delega (A.S. 1428/2014) e per avvicinare l'Italia agli standard europei.<sup>156</sup>

La *ratio* sottesa al decreto è quella di tentare di rimuovere quello che è considerato il diaframma normativo che oggi ostacola l'incontro fra domanda e offerta di lavoro. Le novità legislative in materia, secondo esecutivo e maggioranza parlamentare, dovrebbero favorire uno shock positivo sul mercato, con un correlato aumento del flusso delle assunzioni. Il ragionamento di partenza è

<sup>156</sup> Nella Relazione introduttiva della discussione sul disegno di legge n. 1464/2014, di conversione in legge del decreto legge n. 34/2014, svoltasi in Senato il 6 maggio 2014, si sottolinea come in Italia a fine 2013, in termini di stock, i rapporti di lavoro a termine erano il 13,8 per cento, a fronte del 15 per cento della Francia, del 14,7 per cento della Germania e di una media europea che si aggira intorno al 15 per cento.

che se è vero che le norme non hanno il potere di “creare lavoro”, è altrettanto vero che le stesse sono capaci di impedire l’incontro fra domanda e offerta nel mercato dell’occupazione. Il provvedimento di legge qui in esame si fa, quindi, carico dell’esigenza di consentire alle imprese lo sfruttamento di qualsiasi opportunità di incremento del volume della produzione e degli organici, intervenendo con effetto immediato sulla possibilità di utilizzare in modo “incisivo ed efficace” gli strumenti normativi novellati.

In particolare, come si diceva, le modifiche alla disciplina in materia di lavoro appena varate si inseriscono (*rectius*: dovrebbero inserirsi) nell’ambito di un più ampio quadro di interventi normativi nella prospettiva di una corposa revisione delle attuali tipologie contrattuali lavoristiche, al fine di configurare un contesto negoziale che possa più efficacemente supportare le esigenze occupazionali e produttive.<sup>157</sup> Occorrerà, dunque, valutare l’effettiva coerenza di sistema delle modifiche apportate alla luce e in funzione degli eventuali annunciati interventi di complessivo riordino. Sotto tale profilo, la legge delega dovrebbe prevedere, a quanto trapela, un contratto unico a tutele crescenti, anche se la convergenza politica sul punto sembra alquanto lontana. Basti pensare a quanto afferma Maurizio Sacconi, secondo cui non possono esservi «testi unici, per quanto razionalizzanti, che possano essere esaustivi», né «tantomeno un solo contratto disegnato al meglio può assorbire la complessità dei lavori».<sup>158</sup> Per il momento, comunque, nero su bianco vi è soltanto un decreto legge, appena convertito, che liberalizza di fatto il contratto a termine: la contraddizione appare evidente, tanto che in *www.lavoce.info* si è affermato che a leggere il decreto e il disegno di legge delega sul lavoro usciti dal Consiglio dei ministri «si ha l’impressione di assistere ad una crisi di schizofrenia».

Inoltre, poi, ci chiediamo (anche laddove le voci sul contratto unico di cui sopra dovessero effettivamente prendere la forma della norma di legge) perché un imprenditore dovrebbe rivolgersi al contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti,<sup>159</sup> quando dispone di uno strumento negoziale come quello del contratto a termine triennale: nel periodo di inserimento lavorativo la competizione tra i due contratti appare improponibile!

Insomma, anche l’attuale Governo sembra ritenere che il problema, quantomeno quello centrale, del nostro mercato del lavoro sia rappresentato dalla rigidità dei contratti e non già dalla carenza di domanda interna e dal calo degli investimenti. Quindi, nonostante gli oltre 400 mila posti di

<sup>157</sup> Osservano E. BORTOLAMEI, L. DI STEFANO, L. MATRUNDOLA (a cura di), *Presentazione*, in *La riforma infinita alla prova del Jobs Act*, in *QFMB Saggi/Ricerche*, p. 4, come proprio il livello record raggiunto dal tasso di disoccupazione, «specialmente nella fascia giovanile, si presenta come la facile giustificazione dell’ennesimo intervento sul mercato del lavoro: una giustificazione che sembra estendersi dai fini ai mezzi, traducendosi nel conferimento di un mandato pressoché incondizionato all’esecutivo. Da parte sua, il governo ha pensionato la concertazione senza inaugurare una nuova stagione di ricerca e discussione diffusa in grado di costruire un progetto collettivo di cambiamento».

<sup>158</sup> In *Corriere della Sera*, 19 marzo 2014. Secondo l’ex Ministro, il «Paese più sindacalizzato dell’Occidente» ha fatto registrare, «in tutto il dopoguerra, nel confronto con i competitori, bassa occupazione, bassi salari, bassa produttività, alti investimenti nelle tecnologie di processo per risparmiare lavoro, alto sommerso. Ancora oggi continua ad allargarsi la forbice con la produttività degli altri, i salari sono decisi quasi per intero dal contratto nazionale in modo egualitario, la rotazione delle mansioni e la modulazione dell’orario sono una conquista difficile ed onerosa per l’impresa chiamata ogni giorno ad adeguarsi al mercato, la nuova assunzione è frenata dal timore di un contenzioso imponderabile».

<sup>159</sup> Sul tema e sulle conseguenze, sulle altre figure negoziali, di questa ulteriore “liberalizzazione” del contratto a termine v. B. CARUSO, *Nel cantiere del contratto di inserimento: “il contratto ad affidamento crescente”*, in *Nel merito*, 12 maggio 2014.



lavoro perduti nel solo 2013,<sup>160</sup> il primo provvedimento del tanto pubblicizzato Jobs Act, che pure promette di accelerare gli effetti positivi di una incerta crescita sul mercato del lavoro, generando una “interazione virtuosa” che possa colmare i ritardi con cui la creazione di nuova occupazione segue la ripresa,<sup>161</sup> si risolve in una mera ulteriore flessibilizzazione dei contratti di lavoro, considerato che oggi vi è la possibilità di rinnovare quelli a termine fino a ben cinque volte in tre anni. In breve, possibilità di spezzettare un rapporto di lavoro in tanti piccoli contratti di sei mesi (qualora si sfrutti l'intero periodo dei tre anni). E poi? Probabilmente conviene al datore di lavoro ripartire da zero con un nuovo lavoratore cui applicare le stesse modalità di assunzione: ecco che così si disincentivano le imprese ad investire sulle risorse umane e sulla progressiva acquisizione di competenze e professionalità e, in ultima analisi, a migliorare i margini di produttività. Come è possibile conciliare tutto questo con il preannunciato contratto unico a tutele crescenti?

### 9. Politiche di flessibilità e modalità di attuazione

Insomma, deregolamentazione e flessibilità: queste le linee guida della novella. Ma si tratta anche delle parole d'ordine della legislazione in materia di lavoro dal 2003 in avanti. Ad un certo punto, però, ci si accorge che la flessibilità non sembra in grado di mantenere le promesse in ordine alla crescita dei tassi di occupazione, crescita rimasta modesta, con una disoccupazione giovanile fuori controllo<sup>162</sup> ed una produttività che non decolla, unitamente alla drastica riduzione degli investimenti. Sulla scena giuslavoristica italiana ed europea irrompe così il concetto di *flexicurity*, che, come noto, viene presentata come una combinazione tra flessibilità sotto il profilo della libertà di assunzione e di licenziamento e sicurezza (sul mercato del lavoro) per i lavoratori in termini di (sostegno al) reddito per il tramite di un appropriato e moderno sistema di ammortizzatori sociali e politiche attive del lavoro. In breve, «una combinazione integrata di politiche mirate alla flessibilità del lavoro e alla sicurezza dell'occupazione, ma anche del reddito».<sup>163</sup>

Tuttavia, il nostro legislatore ha puntato molto sulla flessibilità e poco sulla sicurezza e sui sistemi di protezione sociale. E anche l'ultima novella qui in commento sembra confermare questa impostazione di politica del lavoro. A tal proposito, attenta dottrina segnala, in modo del tutto qui condiviso, come «seppur il legislatore della flessibilità in ingresso interviene solo al margine, tale variabilità proietta un'ombra sullo stesso centro del diritto del lavoro: alimenta sia la flessibilità 'in uscita', schivando agevolmente i residui vincoli dei licenziamenti e le nuove complicazioni delle dimissioni, sia la flessibilità 'gestionale' (diritti professionali, retributivi, formativi, di sicurezza,

<sup>160</sup> Fonte Istat.

<sup>161</sup> Sono parole, queste, pronunciate dal Ministro dell'economia PIER CARLO PADOAN in un'intervista pubblicata sul *Corriere della Sera* del 13 aprile 2014.

<sup>162</sup> I più recenti dati statistici a disposizione segnalano una disoccupazione al 12,7 % (soglia già toccata nel lontano 1977), mentre la disoccupazione giovanile ha raggiunto il record storico del 42,7%.

<sup>163</sup> S. LEONARDI, *Lo scambio imperfetto tra flessibilità e sicurezza*, in *Bollettino Adapt*, speciale, 20 marzo 2007, n. 9, p. 19. L'A. osserva, peraltro, come, sotto il profilo della sicurezza «ci si può riferire al singolo rapporto di lavoro, all'occupazione latamente intesa, al reddito, ad una combinazione infine di questi elementi. Da questo punto di vista, nessun modello nazionale può ritenersi integralmente appiattito su uno soltanto di questi ideal-tipi, ricorrendo di norma un mix di misure ed indirizzi normativi (Wilthagen, van Velzen, 2006), frutto di un complesso equilibrio di fattori che attengono al grado di sviluppo economico-sociale di un Paese, al tipo di specializzazione produttiva e alla collocazione nella catena internazionale del valore, al processo di formazione di un determinato sistema di welfare, alla natura del patto sociale che ha retto la costituzione materiale dei rapporti di classe, alle culture diffuse e condivise, agli assetti demografici di un Paese».



ecc.), dato che la soggezione aumenta per effetto della naturale tensione aspettativa (o della relativa, fortissima, pressione datoriale) verso il rinnovo del contratto di lavoro. Pertanto, a ben vedere, chi entra in modo flessibile nel mercato del lavoro è soggetto ad una 'flessibilità lavorativa' completa, a 360° gradi, che accentua i poteri del datore di lavoro e la condizione di debolezza del prestatore di lavoro». <sup>164</sup>

Si legge nel preambolo del decreto legge n. 34/2014: «Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni volte a semplificare alcune tipologie contrattuali di lavoro, al fine di generare nuova occupazione, in particolare giovanile». Anche il Governo Renzi, dunque, sembra scommettere sulla flessibilità come strumento per creare nuova occupazione. Ma è così? A nostro avviso, e lo abbiamo già detto in precedenti occasioni, no.

Il nostro Paese è più volte intervenuto sul mercato del lavoro, prima, durante e dopo il dibattito sulla *flexicurity*. Tuttavia, le politiche in materia, figlie peraltro di una prospettiva all'insegna dell'occasionalità e dell'urgenza, hanno prodotto ulteriore frammentazione, marcando la lacerazione del tessuto sociale. Strumenti normativi, oltre che istituzionali, fragili e disorganici hanno contribuito a stremare mercati del lavoro già ai limiti.

La letteratura economica in materia – dai classici ai keynesiani fino ai nekeynesiani – e, ancor prima, l'evidenza empirica non confermano una relazione positiva e sostenibile, specie nel lungo periodo, tra maggiore flessibilità e crescita dell'occupazione e della produttività. <sup>165</sup> Del resto, lo si ripete, ancor prima degli studi in materia è la stessa realtà dei fatti che dimostra come la riforma del mercato del lavoro del 2003, come nel tempo integrata e modificata, abbia prodotto non solo risultati di gran lunga inferiori alle attese, ma anche e soprattutto effetti distorti rispetto agli obiettivi posti dal legislatore. Non è possibile accettare l'idea che l'unica strada per l'incremento dell'occupazione sia quella della precarizzazione. <sup>166</sup> Una cosa è la flessibilità del mercato del lavoro, altra cosa è la precarietà sociale.

Se è vero che la tecnica utilizzata per l'attuazione delle politiche in materia sembra diretta a permettere al sistema di assorbire con maggiore facilità i rapidi cambiamenti che coinvolgono il diritto del lavoro e se è vero che tipologie contrattuali diverse possono servire a rispondere alle variegate esigenze di flessibilità della produzione e del lavoro ed a migliorare (in determinati contesti e date congiunture economiche) la capacità occupazionale, non è comunque giustificato il tentativo di mettere in discussione la stabilità dei rapporti di lavoro e le connesse tutele. Il problema, oggi, è semmai proprio quello di fronteggiare una proliferazione di rapporti atipici e flessibili che producono una eccessiva durata dell'instabilità lavorativa e, nel contempo, quello di come rendere sostenibili i rapporti di lavoro flessibili grazie ad un adeguato sistema di protezione

<sup>164</sup> M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il "Jobs Act"*, cit.

<sup>165</sup> Cfr., tra gli altri, L. TRONTI, F. CECCATO, *Il lavoro atipico in Italia: caratteristiche, diffusione e dinamica*, in *Argomenti diritto lavoro*, 2005, n. 14, p. 27 ss.; A. STIRATI, *La flessibilità del mercato del lavoro e il mito del conflitto tra generazioni*, in P. LEON, R. REALFONZO (a cura di), *L'Economia della Precarietà*, Manifestolibri, Roma, 2008; P. TRIDICO, *Flessibilità e istituzioni nel mercato del lavoro: dagli economisti classici agli economisti istituzionalisti*, in *Lavoro&Economia*, 2009, n. 1, p. 113 ss.

<sup>166</sup> Sul punto cfr. anche E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *Lavoro giurisprudenza*, 2014, 5, p. 434 ss., secondo cui la riforma in commento è la peggiore per i lavoratori di tutte quelle che si sono susseguite dal 1962, considerato che porterà ad un rilevante aumento della loro soggezione nei confronti del datore di lavoro, creando «ambiti di emarginazione sociale».

e sicurezza sociale. Del resto, la semplificazione della complessiva struttura normativa e della stessa formulazione delle regole agevolerebbe anche la velocità di attuazione delle politiche medesime.

La flessibilità non può essere la “via assoluta”, il dogma. Deve, comunque, trattarsi di una flessibilità “controllata” che, peraltro, non rappresenti una prospettiva di vita lavorativa. La leva della flessibilità, cioè, dovrebbe servire ad offrire ai giovani lavoratori un percorso, per quanto graduale e per tappe, ma pur sempre funzionale alla stabilità o, quantomeno, ad una maggiore stabilità di quella offerta dall’odierno orizzonte. La flessibilità non è un valore, ma un vincolo ed eventualmente uno strumento. Il valore resta quello della stabilità.<sup>167</sup>

Insomma, continuare a sostenere che le difficoltà delle imprese nostrane dipendano dalla rigidità del mercato del lavoro significa voler negare la realtà delle cose e offrire alibi alla politica e ad un certo modo di fare impresa. La complessiva strutturazione del mercato del lavoro e le (residue) rigidità che lo stesso connotano sono, semmai, uno dei problemi della nostra economia e non il principale: «se l’Italia non è terra di investimenti, non lo è per ben altro».<sup>168</sup> Del resto, come abbiamo già avuto occasione di osservare,<sup>169</sup> negli anni del boom economico, come anche negli anni ’80 e ’90 in cui l’economia segue un trend di crescita, il nostro mercato del lavoro era certamente assai più rigido dell’attuale. Dunque, il nodo centrale del problema lavoro deve ricercarsi più all’esterno del mercato, che al suo interno.

Non siamo per nulla convinti che ulteriori iniezioni di flessibilità (specie se non coniugata ad appropriati livelli di sicurezza) contribuiscano a far crescere l’occupazione. Le più recenti rilevazioni degli istituti di statistica segnalano da tempo una tendenziale diminuzione di tutti i principali aggregati della domanda ed un andamento negativo sia delle esportazioni, sia delle importazioni. Questa, dunque, la principale ragione della mancata diminuzione del tasso di disoccupazione. Ragione alla quale occorre, poi, sommare altri, ben tristemente noti, fattori: la mancanza di capitali propri; la scarsità di investimenti esteri causata dai problemi connessi alla burocrazia, alla corruzione, alla complessità e lentezza del nostro sistema giudiziario; la scarsità di risorse destinate alla ricerca ed alla formazione e, quindi, la mancanza dei prerequisiti per l’innovazione del prodotto e dei processi di lavoro;<sup>170</sup> la sfiducia che prevale in una fase congiunturale quale quella attuale (del resto, l’accelerazione del ritmo di obsolescenza delle tecniche applicate, dei materiali impiegati nella produzione, degli stessi prodotti, non può che indurre a pensare che anche per questo aspetto la maggiore incertezza riguardo al futuro prossimo caratterizzerà stabilmente il contesto

<sup>167</sup> Negli stessi sostanziali termini già L. MARIUCCI, *Dove va il diritto del lavoro? Le relazioni collettive ed individuali di lavoro*, in *Lavoro e diritti*, 2002, p. 259 ss. Analoghe considerazioni in M. NAPOLI, *Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione*, in *Diritto relazioni industriali*, 2002, p. 361 ss. Anche S. HERNANDEZ, *La flessibilità del rapporto di lavoro*, in *Massimario giurisprudenza lavoro*, 1998, p. 528, evidenziava come la flessibilità dovesse costituire un metodo per il perseguimento dell’obiettivo rappresentato dalla riduzione della disoccupazione.

<sup>168</sup> F. CARINCI, *Complimenti, dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2012, p. 529 s.

<sup>169</sup> G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Sul metodo delle riforme del mercato del lavoro: il caso del contratto a termine*, in *Bollettino Adapt*, 20 giugno 2013.

<sup>170</sup> Cfr. F. CARINCI, *Complimenti, dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 529 s.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *“Pacchetto lavoro” e assenza di contenuti previdenziali*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2013, speciale Riforme, p. 29 s.

in cui le nostre imprese si troveranno ad operare). Non ultima, poi, tra le cause cui attribuire le difficoltà occupazionali, non vi è dubbio che occorre inserire la nostra legislazione in materia di lavoro che, poiché caotica e stratificata, non sempre consente all'impresa di muoversi in modo chiaro all'interno dell'area della legittimità, così alimentando anche la crescita del contenzioso, con i connessi costi e disincentivi.<sup>171</sup>

Del resto, a ben vedere, la stessa riforma Fornero non solo non ha ridotto le distorsioni e gli abusi nell'utilizzo di alcuni contratti "atipici", ma ha anche disincentivato le imprese ad assumere nuovi lavoratori: infatti, in un contesto connotato dall'incertezza del ciclo congiunturale economico, si è aggiunta ulteriore confusione al quadro normativo in materia. Va da sé, il periodo di tempo è alquanto breve e gli eventi esterni al mercato molteplici. Ma anche laddove si dia credito ad alcune analisi che segnalano, nel dopo Fornero, un andamento anticiclico del lavoro a tempo indeterminato e di quello determinato che sembrerebbe presupporre un passaggio da alcune forme negoziali flessibili a quelle più stabili, resta comunque fermo il dato relativo ad un volume di avviamenti al lavoro complessivamente in calo.

Insomma, «a fronte di modifiche normative che paiono consentire tutto, senza tener conto di esistenze ordinamentali superiori (anche di diritto interno), il risultato è il caos che viene ricondotto a *ratio* solo dopo tempo e quando i problemi al mercato del lavoro sono stati causati».<sup>172</sup>

Resta, poi, più in generale, il problema delle politiche di flessibilità e delle relative modalità attuative. La dottrina ha più volte evidenziato il modo incongruo in cui la flessibilità è stata intesa nel nostro Paese. Una flessibilità, la nostra, che ruota sostanzialmente intorno alla proliferazione di una molteplicità di modelli contrattuali nel tentativo di andare a scovare qualche opportunità di lavoro anziché provare a costituire un solido tessuto di relazioni produttive integrato da una solida rete di protezione sociale e da un adeguato sistema di ammortizzatori. Una flessibilità, quella sin qui praticata, che mostra un sensibile squilibrio tra esigenze aziendali e aspettative di sicurezza dei lavoratori. Nell'ultimo decennio c'è stata una moltiplicazione delle forme contrattuali il cui effetto collaterale è stato, come si diceva, una frammentazione del mercato del lavoro.<sup>173</sup> In Italia non c'è eccesso di tutele, bensì di frammentazione.

Il problema del nostro sistema economico e del mercato del lavoro italiano non è quello di smantellare le garanzie del lavoro di tipo dipendente attraverso politiche di flessibilizzazione o quello di perseguire una riduzione (di fatto) dei costi del lavoro attraverso i minori vincoli e le attenuate "rigidità" del relativo rapporto lavorativo.<sup>174</sup> Nel mercato del lavoro vanno ridotte le barriere tra lavoratori temporanei e lavoratori a tempo indeterminato; occorre unificare, laddove, invece, an-

<sup>171</sup> In tema di eccessiva regolamentazione del mercato del lavoro, cui il provvedimento legislativo qui in esame non si astiene certo dal contribuire, v. G. FALASCA, *Riforma Fornero: quali prospettive per il mercato del lavoro?*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2012, 28, p. 12.

<sup>172</sup> P. COPPOLA, *Somministrazione e direttiva 2008/104/CE: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 10, p. 880.

<sup>173</sup> Cfr. B. VECCHI, *Il crinale del riformismo europeo tra diritti sociali e precariato del lavoro*, in *Bollettino Adapt*, speciale, 20 marzo 2007, n. 9, p. 12.

<sup>174</sup> Sul tema, in particolare, v. L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Bari, 2000; J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2002; J. RIFKIN, *Il sogno europeo*, Mondadori, Milano, 2004.

che questo nuovo intervento legislativo sembra destinato a produrre segmentazione; occorre abbattere i vincoli burocratici introdotti dalla riforma Fornero, agevolando un percorso di ingresso nel mercato del lavoro con prospettive di effettiva stabilizzazione. Occorre, ancor prima, ritornare a politiche del lavoro ispirate alla “filosofia” del dialogo sociale.

#### 10. Alla ricerca di un (nuovo) modello sociale

In definitiva, riteniamo ormai tramontata l’idea della ricerca nella flessibilità della soluzione ai mali del lavoro e dell’occupazione. «L’epoca della ideologia della flessibilità, intesa come valore in sé, come criterio discrezionale, quasi fosse una dimensione necessaria del pensiero è in via di esaurimento».<sup>175</sup> Si deve, in altri termini, prendere atto del sostanziale fallimento della teoria della flessibilità come rimedio unico e assoluto ai mali del mercato del lavoro; strada, quella della flessibilità pura e semplice, che conduce (e ha condotto) alla formazione di un mercato del lavoro duale e, comunque, iniquo, considerato che i prestatori di lavoro in possesso di contratti riferibili ai tradizionali schemi negoziali giuslavoristici rimangono sufficientemente garantiti, mentre i lavoratori interessati, in misura sempre maggiore, dalle nuove tipologie contrattuali scambiano il lavoro con una drastica riduzione delle complessive tutele e con una prospettiva di vita infarcita di precarietà.

Pur consapevoli della difficoltà, oggi, di determinare la misura degli effetti della regolamentazione del mercato del lavoro e dell’idoneità della stessa a rimuovere, in un’economia globalizzata, gli ostacoli allo sviluppo delle imprese, alla crescita della produttività e dei tassi di occupazione, nonché, più in generale, al superamento dell’attuale scenario di crisi economica, riteniamo sia tempo di pensare a nuovi metodi, di introdurre nuovi strumenti che consentano una maggiore compatibilità tra esigenze di flessibilità, pur esistenti, e tutele dei lavoratori, non essendo possibile far pagare a questi ultimi i costi del sistema in termini di indefinita precarietà. Nessuno qui invoca l’idea del “posto fisso”, ma non vi è dubbio che occorre lavorare con più efficacia per ridefinire strumenti atti a garantire un reddito connotato da maggiore continuità.

Serve un piano straordinario per i giovani, perché un Paese che ha percentuali di disoccupazione giovanile come la nostra è un Paese che perde risorse, energia, creatività, forse in modo irreversibile. Un Paese, insomma, che si avvia rapidamente a percorrere il sentiero (forse già intrapreso) del tramonto. E, invece, paradossalmente, la disciplina in materia di contratti a termine ed apprendistato appena introdotta sembra investire in primo luogo proprio i giovani, offrendo loro un orizzonte di vita ancora più incerto, se possibile, considerato che saranno proprio loro i primi cui si applicherà questa estensione della flessibilità, fatta di contratti brevi (ma non troppo), senza alcuna concreta (*rectius*: giuridica) prospettiva di stabilizzazione, pur dopo tre anni di lavoro.

Occorre, in definitiva, una netta presa di distanza dalle scelte normative di fondo compiute negli ultimi dieci anni, che oggi vengono, in qualche modo, sostanzialmente confermate con l’intervento legislativo oggetto del presente commento, volte ad aumentare la flessibilità in ingresso nel mercato del lavoro, moltiplicando gli schemi negoziali di accesso al lavoro ed a (tentare di) rimuovere gli “ostacoli” in uscita. Ecco, forse occorre ripartire proprio da qui, come sopra si di-

---

<sup>175</sup> Così, già tempo addietro, L. MARIUCCI, *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, Wp Csdle “Massimo D’Antona”, n. 27/2005, p. 7.

ceva, dalla radicale semplificazione delle numerose (e spesso illogiche ed irrazionali) tipologie negoziali in materia e dal riconoscimento della natura vincolante dei diritti fondamentali dei lavoratori nella prospettiva della concreta attuazione del modello sociale, a partire dalla protezione nel momento in cui termina il contratto di lavoro e dalla lotta all'esclusione sociale.

L'alternativa, accompagnata però da una rivisitazione della disciplina assicurativo-contributiva secondo una prospettiva di maggiore uniformità, dovrebbe rimanere quella tra lavoro autonomo e lavoro subordinato. Quest'ultimo, poi, potrebbe differenziarsi secondo tre o quattro contratti di base: tempo indeterminato, part-time, contratto a termine, contratto formativo, contratto di inserimento. Questi ultimi due tipi potrebbero anzi essere ricompresi in una sola forma negoziale, sull'archetipo del contratto unico di inserimento oggi al centro del dibattito politico, lasciando che il contratto a termine ritorni alla sua funzione originaria. All'interno di questa cornice legislativa, infine, alle parti sociali dovrebbe, poi, essere riservata una disciplina di dettaglio, specie al fine di adeguare la regolamentazione generale a specifiche situazioni od esigenze di natura oggettiva o soggettiva.<sup>176</sup>

Infine, necessita, a nostro avviso, una *policy* che punti, finalmente e con decisione, a superare il dualismo che caratterizza il ns. mercato del lavoro e discrimina i lavoratori a seconda se assunti a tempo indeterminato o con moduli flessibili, all'interno di un nuovo sistema di ammortizzatori sociali, riformulato nel segno della universalità. Una politica dell'occupazione che, previa adozione di rinnovati meccanismi di negoziazione sindacale, sia diretta, in modo conforme alle indicazioni europee e coerente con le enunciazioni di principio, alla redistribuzione delle tutele, tanto nel mercato del lavoro, quanto nel rapporto di lavoro.

---

<sup>176</sup> Sul tema, in termini non dissimili, v. anche L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, Wp Csdle "Massimo D'Antona", n. 141/2012, p. 11 s.

## Social law in the wake of the crisis\*

Silvana Sciarra

|                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Social law as a test case                                                    | 51 |
| 2. First step: EU social law despite the crisis                                 | 52 |
| 2.1 European social dialogue                                                    | 53 |
| 2.2 A network of Public Employment Services. From harmonization to co-operation | 54 |
| 2.3 The Tripartite Social Summit for Growth and Employment                      | 56 |
| 3. Second step: the role of international and EU law                            | 58 |
| 4. An institutional disorder. Some concluding remarks                           | 62 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 108/2014

## 1. Social law as a test case

Current discussions originated by the crisis place social law at the crossroad of other critical evaluations and proposals. This paper looks at how in the wake of the crisis EU legal methods related to employment and social policies are undergoing changes. Following a well-established tradition at the University of Copenhagen, EU legal methods are enriched in interdisciplinary approaches. For this reason, actions and policies in areas wrongly perceived as ancillary to the integration of the market, should not be marginalised in a coherent theoretical framework.<sup>177</sup>

In this paper I select two main areas of reflection, starting from the observation that the economic and financial crisis has shaken the order of legal sources, raising issues of democratic legitimacy and accountability for all institutional actors.

In a first step I look at the current state of EU social dialogue, one of the most original features in the evolution of market integration, according to Jacques Delors' early intuitions, and not extraneous to the construction of a monetary union, as indicated in the Werner Plan.<sup>178</sup> I follow this route in order to show that the lack of political consensus, accentuated by the crisis, caused a decline in the law-making process (articles 154-155 TFEU) and limited the quasi-institutional role of the social partners. Other processes were expanded, among all the European Semester, in which the social partners were not involved, as they should have been.

I then observe some changes taking place in employment policies, which confirm the decline of the Open Method of Coordination (OMC).

In a second step I look at the impact of austerity measures on fundamental social rights. The European Semester deals with an *ex ante* examination of Member States performances and attempts to rationalise *ex post* consequences. Recommendations sent to national governments follow a path not comparable to the regulatory technique enshrined in Title IX TFEU, despite the fact that they often interact with employment policies. Furthermore, the European Stability Mechanism (ESM), agreed by Euro area Member States, gave rise to a complex procedure, to be initiated by the country experiencing serious economic instability. Memoranda of Understanding (MoUs), signed by the Troika and the Member States concerned to grant financial support (art. 13.3 ESM), reiterated controversial emergency measures. The effects caused by all these manoeuvres are now under the scrutiny of courts and international organizations and reveal a fragmented picture, both in the choice of litigation and in the results to be achieved. Decoupling economic governance from respect of individual and collective social rights can give rise to infringements of art. 2 TEU, art. 9 TFEU, and of relevant articles in the Charter of Fundamental Rights (CFR). New experiments in social law are in need of careful evaluation. The state of emergency cannot justify renouncing the rule of law.

---

<sup>177</sup> U. Neergaard, R. Nielsen (eds), *European legal method. Towards a New European Legal Realism*, Copenhagen: DJØF Publishing, 2013, in which mention is made of all previous books in a series covering an overarching interdisciplinary research field.

<sup>178</sup> Report to the Council and the Commission on the realization by stages of Economic and Monetary Union in the Community - "Werner Report" - (definitive text) [8 October 1970], Bulletin of the European Communities, Supplement 11/1970.

## 2. First step: EU social law despite the crisis

There is urgency to contextualise social law in a theoretical framework, which also reflects an historical appraisal of the space covered by social policies in the EU. Historical reconstructions are controversial and commentators are divided. Wolfgang Streeck, for example, in a recent book in which he draws on arguments previously developed,<sup>179</sup> puts forward a history of defeats, started in the Nineteen Seventies, when – as he claims – the European post-war settlement fell apart.

A very weak resilience of national states to the reformulation of social policies imposed by EU institutions and a growing rate of unemployment shows, in his view, the lack of centrality of trade unions in representing collective interests. A concrete confirmation of this negative trend is the fading away of centralised bargaining on wages, which runs parallel to the increase in public debt. Hence the transformation of the fiscal state in a debtor state, in which wage policies do not counteract the introduction of a single currency. Social partners are portrayed in Streeck's analysis as actors not well equipped to defend the autonomy of collective bargaining and to strengthen it against recurring interferences of EU institutions.

Jürgen Habermas has criticised Streeck's 'nostalgic' attitude, pointing to the paradox that going back to nation states would imply demolishing all that has been built in terms of democracy and constitutional norms at supranational level.<sup>180</sup> His plea for solidarity, passionately circulated through recent writings and expressly addressed as a response to Streeck's latest book, is very close to the voices of those European social lawyers, who are critically considering the devastating impact of the crisis, while attempting to rebuild a system of rights.<sup>181</sup>

Even before the explosion of the crisis, a CJEU's controversial case law, originated by *Viking* and *Laval*, brought into the public eye the dramatic phenomenon of social dumping. Apart from blaming this practice, the emphasis can retrospectively be placed on short-sighted forecasts by groups representing organised interests and on the lack of a clear-cut social policy orientation in secondary legislation. A partial answer is now in the compromise reached under the Greek Presidency to reinforce the Directive on posting of workers in the free provision of services.<sup>182</sup> Member States should be able to impose to service providers requirements and control measures, which are deemed strictly necessary. In the construction sector, subcontracting liability will apply for posted workers with regard to pay.<sup>183</sup> Meanwhile, national legislatures are introducing measures going even further than the new enforcement Directive.<sup>184</sup> This issue will need to be further discussed at a supranational level and framed within additional measures to overcome the crisis,

<sup>179</sup> W. Streeck, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. New York, London: Verso Books 2014.

<sup>180</sup> J. Habermas, *Demokratie oder Kapitalismus? Vom Elend der nationalstaatlichen Fragmentierung in einer kapitalistisch integrierten Weltgesellschaft*, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 5 (2013), pp. 59-70. English version available at <http://www.resetdoc.org/story/00000022337>.

<sup>181</sup> N. Countouris, M. Freedland (eds), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge: CUP 2013.

<sup>182</sup> Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System ('the IMI Regulation'), [2014] OJ L 159/11.

<sup>183</sup> [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/lsa/141319.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lsa/141319.pdf).

<sup>184</sup> Most lately cf. for example in France the so-called 'Savary' law, which – at the time I am writing – is under parliament's approval procedure, <http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-discussion/proposition-loi-visant-renforcer-responsabilite->



taking into account the potentialities of EU social dialogue even in this field.

Contemporary discussions related to the crisis pay a lot of attention to wage bargaining. It can be disputed that the Euro Plus Pact interfered with national collective bargaining, when it recommended that increases in wages should be linked to productivity and should be dealt with at a decentralised level.<sup>185</sup> Even more problematic are the circumstances, which brought the ECB to surpass its own competence, addressing letters to national governments affected by serious economic instability, arguing for wage moderation, the decentralization of collective bargaining and labour market reforms.<sup>186</sup>

In different ways EU institutions aimed at controlling wage policies and reducing autonomous spaces for national bargaining agents. This is a counterintuitive model for a large part of European labour law scholarship, which built on collective autonomy its own post war identity. Voices of democratic groups representing collective interests were heard as a response to authoritarian regimes,<sup>187</sup> or as a confirmation of 'countervailing powers' connected to a well established practice of collective bargaining, resistant against state interference.<sup>188</sup>

Entering the sphere of wage bargaining is also in potential breach of 'collective autonomy', namely the autonomy of the social partners, as it is now enshrined in EU primary law (art. 152 TFEU, art. 28 CFR). These sources indicate very clearly that the exclusion of competences in the Treaty for matters such as pay and freedom of association do not impede the initiative of autonomous collective organizations. In other words, autonomy as an expression of a fundamental right – the right to associate and bargain collectively – prevails as a principle of EU law on the exclusions dealt with in art. 153.5 TFEU. Hence, there is no legal basis in the Treaty to propose secondary law on excluded subject matters, but bargaining on any matter, based as it is on primary law, cannot be the object of interferences by EU institutions.

## 2.1 European social dialogue

Within this critical scenario it is instructive to test how the social partners respond and how collective autonomy in the EU can be considered an essential part of a constitutional theory. When national systems of collective bargaining, badly affected by the crisis, are confronted with low wages and poverty traps, supranational bargaining follows different paths. A few examples of the

---

maitres-ouvrage-donneurs-ordre-cadre-sous-traitance-lutter-contre-dumping-social-concurrence-deloyale.html and <http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/exl-doc/FranceDiplomatie/PDF/baen2014-03-07.pdf>.

<sup>185</sup> The commitments under the Euro Plus Pact are expressed in Annex 1 of the European Council Conclusions of 24/25 March 2011, [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/120296.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/120296.pdf).

<sup>186</sup> K. Tuori, K. Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge: CUP, 2014, p. 102 ff. See also D. Tega, *Welfare rights in Italy*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Department of Law Research Paper No. 2014/05, pp. 51-52, and M.L. Rodríguez, *Labour rights in crisis in the Eurozone: the Spanish case*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), cit., pp. 108-109.

<sup>187</sup> Italy and Spain are two interesting, albeit different, examples. See S. Sciarra, *The 'Autonomy' of Private Governments. Building on Italian Labour Law Scholarship in a Transnational Perspective*, in A. Numhauser-Henning, M. Ronnmar (eds.), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, Oxford: Hart Publishing; S. Sciarra, G. Cazzetta, *Un 'puente doctrinal'. Scienza giuridica ed evoluzione del diritto del lavoro. Intervista a Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2013, p. 739 ff.

<sup>188</sup> O. Kahn Freund, *Labour and the Law*, London: Stevens, 1972; Lord Wedderburn, *The worker and the law*, Harmondsworth: Penguin Books, 1986 (III edition).

latest outcomes, within the so-called sector social dialogue,<sup>189</sup> prove that European collective autonomy can take imaginative routes even in the difficult times we are experiencing.

The social partners in air transport have been successful in influencing European institutions on changes to be made in existing Regulations,<sup>190</sup> in order to adopt the 'home base' criterion as the only one in determining applicable legislation for flight crew and cabin crewmembers. This measure aims at fighting social dumping and creating legal certainty in a very critical area of transport, in which litigation has been recurring in the last few years.

In the social dialogue committee for Central government administrations a framework agreement was signed. It sets 20 commitments to update Protocol n. 26 on Services of general interest, in compliance with the fundamental right to good administration and in response to budgetary constraints during the crisis.<sup>191</sup>

Finally, European social partners in the temporary agency sector have prompted better cooperation between private and public employment agencies, to become pivotal in employment policies and obtained in a very short time the proposal for a Regulation.<sup>192</sup>

Measures originated by sector social dialogue are not extraneous to the crisis, as much as they may appear a detour from other more relevant issues. They often refer – as in the examples I selected – to matters of broad institutional relevance.

## 2.2 A network of Public Employment Services. From harmonization to co-operation

Improved labour mobility through EURES, facilitated by sector social dialogue in the temporary agency sector, is complementary to another legal act. A recent Decision,<sup>193</sup> having regard in particular to art. 149 TFEU, creates a network of public employment services (PES) and assigns to this new supranational structure the task to support employment guidelines, referred to in art. 148.4 TFEU, until 31 December 2020. Such a revisited form of co-operation should also facilitate initiatives within the Youth Guarantee scheme,<sup>194</sup> particularly for skills matching, labour mobility and transition from education and training to work.

<sup>189</sup> P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: OUP, 2012 (II edition), pp. 238-241 devotes attention to these autonomous practices. See also A. Jobert (ed), *Les nouveaux cadres du dialogue social*, Brussels: P.I.E. Peter Lange, 2008; S. Clauwaert, I. Schömann, *European social dialogue and transnational framework agreements as a response to the crisis?* Policy Brief – European Social Policy 4, ETUI, Brussels 2011.

<sup>190</sup> Regulation (EU) No 465/2012 of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004, OJ L 149, 8.6.2012.

<sup>191</sup> The text of the agreement is accessible at [www.epsu.org/r/569](http://www.epsu.org/r/569); see also [www.cesi.org/index.html](http://www.cesi.org/index.html).

<sup>192</sup> In 2012 Eurociett and Unieuropa global union, the social partners in the temporary agency sector carried on a project on labour market transitions in Europe and produced recommendations to EU policy makers. See European Commission, Social Europe, Newsletter n. 5, January 2014, p. 90-92. The Commission has proposed a Regulation, based on art 46 TFEU, which should facilitate labour mobility through EURES. See COM (2014) 6 final 2014/0002 (COD), 17.1.2014.

<sup>193</sup> Decision No 573/2014/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on enhanced co-operation between Public Employment Services (PES), OJ L 159/32, 28.5.2014.

<sup>194</sup> Council Recommendation of 22 April 2013 on establishing a Youth Guarantee, OJ C 120, 26.04.2013, p. 1–6.

This mixture of sources deserves some attention. The diminished impact of Title IX on employment policies has shown the weak side of a EU legal method, which took for granted the propensity of national administrations to interact and enhance best practices. In the body of Title IX a new binding legal act has now been implanted. The Decision establishing the PES network is addressed to Member States and accompanied by an Annex on benchmarking indicators, which can be amended by delegated acts of the Commission (art. 290 TFEU). The delegation of powers is conferred to the Commission until 31 December 2020, the established 'expiring date' of the PES system. Albeit for a limited time, the Commission is once more in the driving seat, if we accept that benchmarking – or 'bench-learning', as another neologism suggests – is not a mere statistical exercise.

The enhanced co-operation established under this Decision is different from the employment strategy, which nourished the OMC. This new partially revised method is targeted to provide new strength to employment policies in compliance with the agenda set in Europe 2020,<sup>195</sup> hence it expires at the end of 2020 and it concentrates on rather specific issues. Furthermore, projects developed by the network should have access to funding from the European Social Fund (ESF), the European Regional Development Fund (ERDF) and Horizon 2020. It is worth emphasising that this new co-operation requires very technical expertise.

However, that expertise should be finalised towards a political aim, namely to bring to the surface and to privilege employment policies in specific fields, as an answer to the dramatic impact of the crisis. Therefore, the selection of those who will become members of the network should mirror the competence of state administrations politically responsible for actions to be taken. Furthermore, this co-operation should aim at a fair distribution of funding. Employment policies in the wake of the crisis are meaningless without well-targeted financial support. From now to 2020 a new cooperative federalism, based on policies of social inclusion and support for the weakest groups hit by the crisis and marginalised in national labour markets, could emerge from the disillusion of employment policies under OMC.

Rearrangements, taking place in social and employment law sources, reveal a shift from harmonization to co-operation. The core nature of governance is changing, as a consequence of the crisis.<sup>196</sup> The creation of an *ad hoc* specialised network of employment services could impoverish the role of the Employment Committee, which should operate in consultation with management and labour (art. 150 TFEU) and could even more contribute to de-politicise the deliberative process. However, if we take a constructive view, this new technical structure could profitably become the emanation of well-defined political decisions, should the Council adopt in the future clear-cut positions on employment and coordinate them within its different configurations. This should be part of reformed economic governance in the EU.

I mentioned before that emergency decisions to be taken during the crisis have increased the difficulty to gather political consensus around legislative proposals and have weakened the har-

---

<sup>195</sup> Communication from the Commission of 3 March 2010, Europe 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, COM(2010) 2020 final.

<sup>196</sup> K. Armstrong, *Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominium Law*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 65 ff.

monisation of social policies. EU institutions are adjusting the legal methods enshrined in Chapters IX and X, exactly at the time when they lack the necessary accountability to do so. Changes should, on the contrary, be brought to the public attention in a more transparent way.

A reduced impact of harmonization as a regulatory technique leads to the adoption of 'quality frameworks'. Two recent examples are directly relevant for the discussion on measures to boost employment as a reaction to the crisis. One is the Youth Guarantee, based on art. 292 TFEU, dealing with a 'good-quality offer of employment, continuous education, an apprenticeship or a traineeship within a period of four months of becoming unemployed or leaving formal education'.<sup>197</sup>

The other example is the Recommendation on traineeship, based on art. 153 of TFEU's Social Policy chapter. Adopted in response to the Annual Growth Survey 2014,<sup>198</sup> this source is characterised by the intent to improve transparency and to encourage the conclusion of written agreements for the definition of educational objectives, working conditions and a reasonable duration of traineeships.

The noteworthy detail in both Recommendations is the encouragement addressed to Member States to make use of European Funds, namely the ESF and the ERDF, and to seek for technical assistance from the EU. Actions to facilitate access to employment, particularly when they enter the dramatic dimension of youth unemployment are meaningless without financial support from the EU. For too long this synergy has been under evaluated, but it cannot be ignored in the current discussion.

### 2.3 The Tripartite Social Summit for Growth and Employment

The space of deliberative democracy emerging from EU sector social dialogue despite being partial is, nevertheless, supported by criteria of representativeness and legitimacy of the social partners. These criteria, unlike for other deliberative processes, are established in a Decision addressed to the social partners.<sup>199</sup> Hence, the point can be made that a binding EU legal act has generated the practice of sector social dialogue, which enforces the fundamental right to collective bargaining. Primary and secondary EU law are supportive to autonomous collective autonomy. While all this takes place in the area of social dialogue, the procedure provided for in articles 154 and 155 TFEU, to pursue legislative initiatives in social policy, suffers from a declining political consensus.<sup>200</sup>

<sup>197</sup> Council Recommendation of 22 April 2013 on establishing a Youth Guarantee, OJ C 120, 26.4.2013, *whereas* (5).

<sup>198</sup> Council recommendation of 10 March 2014 on Quality Framework for Traineeships, OJ C 88/1, 27.3.2014. Harsh criticism has been expressed by youth organisations <http://www.youthforum.org/pressrelease/joint-letter-condemning-council-recommendation-on-quality-framework-for-traineeships/>.

<sup>199</sup> Commission Decision 98/500 CE of 20 May 1998 on the establishment of Sectoral Dialogue Committees promoting the Dialogue between the social partners at European level, OJ L 225/27, 20.05.1998. Empirical research is referred to in E. Léonard, E. Perin, P. Pochet, *The European Sectoral Social Dialogue: Questions of Representation and Membership*, in 42 *Industrial relations Journal* 2011, p.254 ff.

<sup>200</sup> For example, failure to adopt legislation on restructuring, after lengthy investigations into this area caused a complaint by ETUC to the European Ombudsman, following a previous initiative of the European Parliament, as for Art. 225 TFEU, namely the formal request to 'submit any appropriate proposal' on matters relevant for the implementation of the Treaty, [http://petition.etuc.org/IMG/pdf/ETUC\\_complaint\\_to\\_EU\\_Ombudsman\\_on\\_European\\_Commission.pdf](http://petition.etuc.org/IMG/pdf/ETUC_complaint_to_EU_Ombudsman_on_European_Commission.pdf).

One further contradiction to highlight is the imperfect composition of the Tripartite Social Summit for Growth and Employment, which includes representatives of employers and labour. The specific composition of this Council<sup>201</sup> can be considered an anomaly, when compared with other Council's 'configurations' indicated in art. 16.6 TEU. The Commission seems now aware of this and is proposing a more visible role of the tripartite summit within the overall architecture of economic governance.<sup>202</sup> It is, in fact, hard to deny that employment and growth constitute essential elements of macroeconomic strategies.

In the attempt to facilitate coordination of policies and set targets within specific deadlines, the European Semester has progressively ignored the involvement of social partners. The strengthened economic governance program, part of the Stability and Growth Pact, incorporates the so-called Macroeconomic Imbalance Procedure, in order to detect problems at an early stage. The instrument adopted by the Commission is the Alert Mechanism Report, which, at the beginning of the fourth European Semester in November 2013, brought the Commission to the screening of all Member States, on the basis of a scoreboard of indicators.<sup>203</sup> But social rights were not part of that assessment, despite the Commission's declared intention to strengthen the social dimension of economic governance.

In a Resolution, followed by specific Recommendations to the Council,<sup>204</sup> the EP acknowledges critically its own limited involvement and develops a detailed critique of the European Semester. Social indicators, unlike in the Macroeconomic imbalance procedure scoreboard, are not binding. They are inadequate, in particular with regard to inequalities due to lowering wages and in-job poverty. Wage increases are not sufficiently encouraged, despite the beneficial impact they could have in increasing propensity to spending.<sup>205</sup> The EP also underlines a critical unbalance and lack of coordination among Ecofin, on the one hand, and Employment and social affairs council meetings, on the other.

The EP stigmatizes institutional imbalances – for example the lack of coordination among different configurations of the Council – as a consequence of the exceedingly strong position assigned to the Commission, seen as the leading actor in running the show of the European semester. The criticism raised by ETUC runs along similar lines.<sup>206</sup> Furthermore, a recent study<sup>207</sup> shows the

<sup>201</sup> Council Decision 2003/174/CE of 6 March 2003 establishing a Tripartite Social Summit for Growth and Employment, OJ L 70/31, 14.3.2003. It can be worth to recall that in European Council Decision 2010/594 EU of 16 September 2010, OJ L 263/12, 6.10.2010, amending the configuration of the Council to reflect changes provided for in the Lisbon Treaty, no mention is made of the Tripartite Social Summit.

<sup>202</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Strengthening the Social Dimension of the economic and monetary union, of 2 October 2013, 690 (2013) final, 14. The EP Committee on Employment and Social Affairs, in its Motion for a Resolution of 6 January 2014, 2013/0361 (APP) suggested to expand even further the competences of the Summit.

<sup>203</sup> [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/economic\\_governance/documents/2014-03-05\\_in\\_depth\\_reviews\\_communication\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/documents/2014-03-05_in_depth_reviews_communication_en.pdf).

<sup>204</sup> European Parliament resolution of 25 February 2014 on the European Semester for economic policy coordination: Employment and Social Aspects in the Annual Growth Survey 2014 (2013/2158(INI)).

<sup>205</sup> See, for instance, Building growth: Country-specific recommendations 2014, Commission Press Release, IP/14/623, 6.2.2014.

<sup>206</sup> <http://www.etuc.org/documents/etuc-position-european-commission-communication-strengthening-social-dimension-economic#U2-wFyidSbk>.

<sup>207</sup> ETUI, *Benchmarking Working Europe 2014*, Brussels: ETUI aisbl., 2014.

contradictions emerging from the implementation of austerity measures. The largest cuts in social spending took place in countries with a high risk of poverty and social exclusion. Limitations put on public spending prevailed on measures for social inclusion and no attention was paid to the increasing level of poverty among working people. All these missed opportunities in further enhancing social law demonstrate that inequalities among weak groups in the labour market are the prevailing outcomes of current economic governance.

There is enough evidence to prove that the European Semester does not interact in a constructive way with social dialogue and in some cases puts severe limits to it. However, if we look at the implantation of social dialogue in EU primary law and in the practice of EU social partners, the indication is that there are ways to pursue democratic forms of collective interests representation. The auspice for the future is to expand social dialogue even further, with a view to creating a legal framework for transnational agreements signed by large multinationals operating within the EU and by European sector and cross-sector federations. This practice, yet another imaginative expression of collective autonomy, is increasingly expanding inside and outside the EU.<sup>208</sup>

### 3. Second step: the role of international and EU law

In taking the first step, I started from the legal preconditions allowing some expansion of social law despite the crisis. In social law I have included social dialogue, a clear manifestation of the fundamental right to collective bargaining. I now turn to austerity measures affecting social law, both at national and supranational levels.

The negative impact of the crisis has been visible in all countries of the EU, albeit with varying degrees of infiltration within welfare and labour law systems.<sup>209</sup> Austerity measures dealing with fundamental social rights also affect institutional balances, whenever they come into collision with EU law. The route chosen by different actors to challenge austerity measures, relying on ILO<sup>210</sup> and Council of Europe sources, while at the same time sending preliminary references to the CJEU, is an indisputable sign of the widespread fear that democracy and the rule of law are being threatened.

It has been suggested that a 'legitimacy dilemma' lies behind fiscal and economic policies adopted in the EU.<sup>211</sup> The option to de-politicise choices and solutions to be taken as a response to the

---

<sup>208</sup> S. Sciarra, M. Fuchs, A. Sobczak, *Towards a legal framework for transnational company agreements*, Report to the ETUC, with the support of the European Commission DG Employment, Brussels 2013, <http://www.etuc.org/documents/etuc-resolution-proposal-optional-legal-framework-transnational-negotiations-multinational#.U4lM1SidSbk>, I. Schömann et al., *Transnational collective bargaining at company level*, ETUI, Brussels 2012.

<sup>209</sup> M.-C. Escande Varniol, S. Laulom, E. Mazuyer (eds.), *Quel droit social dans une Europe en crise?*, Brussels: Larcier, 2012; Z. Darvas, G. B. Wolff, *Europe's social problem and its implications for economic growth*, Bruegel Policy Brief 2014/3, April 2014, <http://www.bruegel.org/publications/publication-detail/publication/823-europes-social-problem-and-its-implications-for-economic-growth/>.

<sup>210</sup> On austerity measures and ILO sources see for example A. Koukiadaki, L. Kretsos, *The case of Greece*, in M.-C. Escande Varniol, S. Laulom, E. Mazuyer (eds.), cit., fn n. 33, pp. 199-200.

<sup>211</sup> K. Tuori, K. Tuori, cit., fn n. 10, p. 211.

crisis can go into the direction of applying specialised and technical expertise, instead of strengthening political deliberations. The state of emergency ends up justifying the abandonment of a European legal method. This analysis is confirmed by the examples I gave above.

In this process social law is the 'eternal loser'.<sup>212</sup> The voice of the Commission, in the attempt to offer answers, is fragmentary and not too coherent. Proposals, such as the ones discussed before dealing with the reform of the European Semester and of economic governance, do not seem to reach the core problems. The lack of political consensus in the Council jeopardizes legislative initiatives in the social field and gives rise to all sorts of weak experimental solutions. Social law should instead offer valid countermeasures in the wake of the crisis and at least limit concerns among those who see their entitlements to fundamental rights shaken if not diminished.

In a recent study the evocative figure of a 'triangular prism' is suggested to connect the rule of law with democracy and fundamental rights in the EU.<sup>213</sup> The study develops a critique of instruments, such as monitoring and benchmarking, used in the assessment of country performances, within the overall architecture of the European Semester. The marginal role of the EP is also stigmatised and seen as yet another sign of weak democratic legitimacy. A way of controlling the enforcement of art. 2 TEU by Member States – it is suggested – is in art. 7 TEU.

Art. 7, added in 1997 by the Amsterdam Treaty to the TEU to provide a monitoring mechanism for countries of enlargement, is situated by the authors at the centre of a discussion on austerity measures, which have affected in different ways a large number of Member States. That Treaty amendment has not coincided with reinvigorated human rights policies within the EU, notwithstanding the establishment of the Fundamental Rights Agency. Nevertheless, it could still play a significant role in a new and perhaps stronger strategy.

Issues related to the breach of social rights are not specifically addressed in this study, but the critique of surveillance mechanisms within the scheme of the European Semester developed by the authors is applicable to social policies, which are an integral part of economic manoeuvres. However, actions for the prevention of violations in the national textures of fundamental rights were not put in place by means of existing EU instruments in the bailout countries, nor in other countries coming under the scrutiny of EU institutions. The point to make clear, in fact, is that all different sources adopted in the aftermath of the crisis generate parallel discussions on breaches of fundamental rights.

A survey focused on MoUs, which, as already mentioned are negotiated by the Troika and the countries required to adopt austerity measures, is developed in a 'legal opinion' commissioned to the Bremen centre of European law and Politics (ZERP).<sup>214</sup> References in this study are to infringements of EU law and to responses found in a systematic interpretation of international law

---

<sup>212</sup> Ibid., p. 231.

<sup>213</sup> S. Carrera, E. Guild, N. Hernanz, *The triangular relationship between fundamental rights, democracy and the rule of law in the EU. Towards an EU Copenhagen mechanism*, Study commissioned by the EP Committee on Civil liberties, Justice and Home affairs, CEPS 2013.

<sup>214</sup> A. Fisher Lescano, *Human Rights in Times of Austerity Policy. The EU institutions and the conclusion of Memoranda of Understanding*, Bremen 17 February 2014. The opinion was commissioned by the Vienna chamber of labour, in cooperation with the Austrian trade union federation, ETUC, ETUI.



sources, with an aim to expanding the scope of protection of fundamental rights and establishing responsibilities. The underlying allegation is that a state of emergency cannot lead to suspending the rule of law, nor can affect the foundations of democracy. Troika is not accountable in international law, but the ECB and the Commission are. The latter have acted as EU institutions in the crisis and must be considered responsible for breaches of fundamental rights ex art. 6 TEU. Their obligation is at the same time towards Member States and citizens.<sup>215</sup>

Proposals put forward in this legal opinion try to respond back to the disillusion generated by austerity measures among EU citizens and to the serious attacks perpetrated to States' sovereignty. A systematic interpretation of all EU and international law sources, with a view to creating a safety net around fundamental rights, must, nonetheless, take into account the very weak position of individuals affected by MoUs and the uneven capacity of organised groups to pursue strategic litigations.

Results can be very fragmented, as it appears from the analysis of national cases.<sup>216</sup> In a preliminary reference, which is still pending, the *Tribunal do Trabalho do Porto* in Portugal asks the CJEU to evaluate whether the right to equal treatment has been breached, following wage cuts in the public sector, required by the 2012 budget law. It is argued, with reference to art 31.1 CFR, which guarantees fair working conditions, that fair wages should also be protected, to avoid the undermining of families' stability.<sup>217</sup> The CJEU had declined a similar reference, coming from the same court, since it 'did not contain any concrete element allowing to infer that the Portuguese law was aiming to apply Union law'.<sup>218</sup> The interaction among courts is further complicated by the views of the Portuguese Constitutional Court. Ruling on a complaint filed by some members of Parliament, the Court decided that the 2011 budget law was not in violation of the right to equal treatment, since measures addressed to the public sector were in line with the agreements signed with the Commission and the IMF, which assigned more sacrifices to civil servants. The latter are regarded as citizens more observant than others towards the public common good. In 2012 the Court ruled differently on wage cuts – holidays and Christmas allowances – highlighting the increased hardship imposed on citizens and the unfairness in sharing sacrifices.<sup>219</sup> In 2013 the Constitutional Court was asked to evaluate the constitutionality of the 2013 budget law, this time on a complaint filed by the President of the Republic, Members of Parliament and the Ombudsman. Despite the fact that the economic conditions had not drastically changed from the previous budget law, the Court found that the equality principle had been breached, in assigning more sacrifices to civil servants.<sup>220</sup> In 2014 once more the Court ruled unconstitutional articles in the

---

<sup>215</sup> Ibid., pp. 5-7.

<sup>216</sup> A wide-ranging and deep analysis of national cases in C. Kilpatrick e B. De Witte (eds), cit., fn n. 10.

<sup>217</sup> CJEU, Case C-264/12, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros*, pending.

<sup>218</sup> CJEU, Case C-128/12 *Sindicato dos Bancários do Norte*, [2013] ECR nyr.

<sup>219</sup> J. Gomes, *Social rights in crisis in the Eurozone. Work rights in Portugal*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), cit., fn n. 10, p. 81.

<sup>220</sup> G. Coelho, P. Caro de Sousa, 'La morte dei mille tagli'. *Nota sulla decisione della Corte Costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 2013, p. 527 ff. See also R. Cisotta e D. Gallo in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), cit., fn n. 10, pp. 90-94.



budget law introducing cuts to state sector workers who earned over a certain ceiling and reducing pensions and welfare benefits.<sup>221</sup>

It is impossible to enter the technicalities of these decisions, which have attracted a lot of attention and will continue to do so, waiting for the CJEU's ruling, still to be delivered. They prove, once more, how difficult it is to establish equilibrium between the judiciary and the lawmakers in the wake of the crisis. Despite all these uncertainties in the judicial arena, Portugal is a success story for the Troika, since in the last three years the country regained both international credibility and financial stability, ending the bailout program.<sup>222</sup> However, there are a few clouds in this sky, if one considers that, despite welfare and wage cuts so unevenly distributed, unemployment remains very high. If Portugal was to be taken as a paradigm, the EU institutions should now enter a post emergency phase and activate supportive social measures. A different dialogue should start with the same actors – be they judges or members of parliament or civil society organizations – which fought back austerity measures, trying to keep alive democracy and the rule of law.

In the Greek case other contradictions emerge. The European Committee of Social Rights (ECSR), following a collective complaint filed by Greek unions, decided for the discriminatory nature of lower wages paid to workers under 25 years and invited national courts not to apply national law. The same was suggested for measures degrading living conditions. The Committee had to adopt a proportionality criterion and clearly stated that 'measures taken to encourage greater employment flexibility with a view to combating unemployment should not deprive broad categories of employees of their fundamental rights in the field of labour law, which protect them against arbitrary decisions by their employers or the worst effects of economic fluctuations'. It also referred to the position taken by the Greek national commission for human rights, which had expressed 'the imperative need to reverse the sharp decline in civil liberties and social rights'.<sup>223</sup> This citation shows that the domestic alert mechanism, assigned to a body in charge of guaranteeing compliance with human rights, was not taken into consideration by the legislature, constrained within the scheme of the MoU, which took precedence as an emergency measure.<sup>224</sup>

The language of the ECSR in another case filed by Greek trade unions is even more specific, when it addresses the cumulative impact of austerity measures as a criterion to evaluate the breach of social security rights. The arguments brought by the Committee are once more illuminating as for the role that should be assigned to *ex ante* empirical examinations of the overall impact of emergency decisions. The point made is that 'the Government has not conducted the minimum level of research and analysis into the effects of such far-reaching measures, that is necessary to assess in a meaningful manner their full impact on vulnerable groups in society.' And '(n)either has it discussed the available studies with the organisations concerned, despite the fact that they represent the interests of many of the groups most affected by the measures at issue'.<sup>225</sup>

<sup>221</sup> Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão nº 413/2014 of 30.5.2014; <http://euobserver.com/news/124434>.

<sup>222</sup> II Sole 24 ore, 6 May 2014.

<sup>223</sup> ECSR, General federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece, Complaint n. 66/2011, Decision on the merits of 23.5.2012. Comments in K. Tuori, K. Tuori, cit., fn n.10, p. 239.

<sup>224</sup> See M. Yannakourou and C. Tsimpoukis, *Flexibility without security and deconstruction of collective bargaining. The new paradigm of labour law in Greece*, in 35 Comparative Labour Law and Policy Journal 2014, p. 339 ff.

<sup>225</sup> ECSR, Federation of employed pensioners of Greece (IKA- ETAM) v. Greece, Complaint n. 76/2012, Decision on the merits of 7.12.2012.

The results of judicial activism and social mobilisation in countries badly hit by austerity measures deserve careful evaluation. The ECSR in particular has developed very relevant legal analysis, which should be now considered by the EU institutions as a starting point for a new strategy in social law. The non-binding nature of this Committee's decisions does not obscure the moral value that should be attached to them. Labour standards should be restated as a clear response to the detrimental effects of the crisis.

#### 4. An institutional disorder. Some concluding remarks

A plea for solidarity, in response to sceptic and nostalgic views on the future of the EU, entails the construction of stronger supranational institutions, transparently empowered in redistributing resources and in reconstructing clear links of representation. Measures dictated by the crisis have, on the contrary, changed the nature of states' competences in recognising specific entitlements both to individuals and collective organizations and have not fully clarified under which conditions weaker groups in the labour market will be the addressees of supportive measures.

The examples offered in this paper show an institutional disorder, which has been provoked by recourse to emergency measures of different nature and weight. Social law has been taken as a test case, with special regard to the functions traditionally assigned to the social partners, re-invented despite the crisis. One point to make is that attempts to regain social emancipation in the countries most affected by austerity measures have been made by trade unions and other collective organizations. In such a way new inequalities and serious exclusions from basic welfare services have emerged and now are being discussed in the public sphere.

The crucial point is how to recover from the institutional disorder, disclosed by these new forms of judicial activism and social protest. 'The shift from legislation to contract'<sup>226</sup> clearly underlined with references to present institutional circumstances, shows the many risks inherent in negotiations undertaken in a state of emergency. Hence, there is an urgent need to regain space for legislation inspired by the fundamental values of the EU. We should recall that solidarity is a source of social integration, besides money and administrative power. In this perspective EU legislation should re-assign entitlements to individuals and to groups representing collective interests and should do so with full respect for democracy and the rule of law.<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), cit., fn n. 20, p. 29.

<sup>227</sup> J. Habermas, cit., fn. n. 4. See also J. Habermas, *Between facts and norms, Postscript (1994)*, Cambridge: Polity Press, 1997, p. 449 ff.

## Europe's Crisis-Law and the Welfare State – A Critique\*

Stefano Giubboni

|                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Introduction                                                                                               | 64 |
| 2. 'Integration through law' and its crisis                                                                   | 66 |
| 3. De-politicisation, loss of neutrality of the European economic constitution and de-socialisation processes | 67 |
| 4. De-legalisation of the economic and monetary governance of the Union                                       | 69 |
| 5. The uncertain scenarios of the Welfare State in Europe                                                     | 71 |
| 6. References                                                                                                 | 73 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 109/2014

## 1. Introduction

The great economic crisis – the worst and longest at least since the post-war period, which is still holding a large part of Europe in an unequal grip – has a constitutional dimension that has certainly been overlooked, compared to other more direct and visible repercussions. In recent years the measures put into force by supranational institutions, both outside and within the traditional channels of EU law, to counteract the sovereign debt crisis by deeply modifying the economic governance of the Union, have in fact ended up questioning some of the most established paradigms that have historically forged – and constitutionally legitimised – the process of ‘integration through law’. According to the most credited of these paradigms, European integration should be conceived – particularly in its foundation – as a political project, the implementation of which is essentially left to economic processes mediated by the law. The German ‘Ordoliberal’ theorists grasped the meaning of this project better than others,<sup>228</sup> identifying the constitutional anchorage of the newly-born European Economic Community (EEC) with the fundamental economic freedoms and with the system of undistorted competition established by the 1957 Treaty of Rome. Economic and monetary Union (EMU) would have had to refine this project by bringing it to completion; but as is well known the foundation of the whole edifice started to erode soon after its construction (§ 2).

The financial and sovereign debt crisis has dramatically revealed the fragility of the EMU and the substantial erroneous basis of the constitutional premises on which it was built according to the Maastricht Treaty, with a fundamental decision to create a ‘currency without a sovereign’ (Fitoussi 2013, pp. 120 ff.).<sup>229</sup> The response to the crisis pursued by the EU unsuccessfully aimed at compensating these original defects of construction, by introducing regulatory mechanisms which, in practice, have deprived national democratic institutions (primarily parliamentary) of their budgetary powers (at least in the debtor-States) constraining the residual autonomy of the Euro-zone Member States as to their choices regarding fiscal and social policies. The most vulnerable countries are now subjected to unsustainable semi-permanent austerity constraints, set by European level mechanisms according to an ideologically uniform approach (a rigid ‘one-fits-all’ approach), that consequently increases the powerfully divisive effects of the economic crisis<sup>230</sup>, at the risk of (political) disintegration.

---

<sup>228</sup> The influence of German ‘Ordoliberalism’ on the European constitutional constellation has been masterfully (and critically) examined by Joerges 2004. More recently cf. Joerges and Giubboni 2013, from which this paper has taken its starting point, expanding on some of its arguments.

<sup>229</sup> That is, to institutionalise a monetary policy fully withstanding the principle of price stability (whose management is to be entrusted to a fully independent central bank), although not supported by the creation of an adequate central (federal) budget (and therefore of a political fiscal-union).

<sup>230</sup> The crisis has re-emphasized the already large economic disparities, especially within the Euro-zone, mainly burdening the debtor countries and advantaging the creditors and Germany in particular (*e.g.* see Quadrio Curzio 2014). Indeed, it has resulted in a massive redistribution of wealth, but in an exact reverse sense to the one accredited by the *clichés* of the austerity supporters, given that the flow of such transfer clearly goes from the Southern countries to the Northern ones. Hence, as effectively observed, a transfer-Union has actually operated in these years in the Euro-zone: ‘though contrariwise, and the Northern countries are the main beneficiaries’ (Fitoussi 2013, p. 123).

The new European crisis-management-law, therefore, triggers apparently contradictory processes that actually coalesce into a questioning of the original constitutional assumptions of European integration. On one hand (§ 3), we are witnessing a shift in the locus of core decisions regarding essential aspects of State policies from the national to the supranational level. The Treaty on Stability, Coordination and Governance of the economic and monetary Union (an unprecedented example of *Ersatzunionrecht*<sup>231</sup>) has firmly placed at its core the new 'golden rule' of a balanced-budget. On the other hand (§ 4), the very same process of 'dethroning politics'<sup>232</sup> has been entrusted to governance-mechanisms – broadly defined outside the perimeter of the classic Community-method and even of EU law –, which hand over decisions to be taken by opaque and unaccountable technocratic élites and which, by definition, evade the traditional constraints of Community rule of law by putting it beyond the reach for an effective judicial review.

A double (and only apparently contradictory) process of de-politicisation and de-legalisation is therefore taking place within a new EU constitutional setting. The technocratic acquisition of fundamental political decisions, which in the European constitutional model was reserved to national democratic processes, especially with reference to policies affecting the Welfare State systems (Giubboni 2006 and 2012), takes place within an institutional framework that has moved away from the classic realm of the EU rule of law. The formula coined by Habermas (2011) of a 'post-democratic executive federalism' effectively depicts this dual dimension of the new European crisis-management-law. The category of 'authoritarian managerialism' evoked by Joerges<sup>233</sup> is even more *tranchante* in denouncing the non-democratic traits (and the Schmittian ascendancy) of the new European economic governance. But regardless of the redolant power that these expressions or other similar ones have,<sup>234</sup> what we want to highlight here is the emergence of a new phenomenon that we might explain as a constitutional paradigm-change underlying the new European economic governance, which goes beyond the seeming emergency requirements of the austerity policies of fiscal consolidation conducted in recent years. In this new framework, the original 'Ordoliberal' normative ideal of a formal constitutional order of the European economy is disregarded at the very moment in which the ineffective answers given to the economic-financial crisis through the 'neo-monetarist medieval medicine of austerity' (Countouris and Freedland 2013a, p. 5) contribute to undermine the very democratic legitimacy of the Union, openly questioning the constitutional embedding of the several *Sozial-Staat* democratic traditions on which, in the mid-fifties, the Communities were originally rooted.

The crisis of the so-called 'European social model' has constitutional roots in the new economic governance of the Union: a constitutional dimension which is worth exploring in more depth before attempting to set out some concluding remarks on the uncertain prospects of the Welfare State in Europe (§ 5).

<sup>231</sup> That is, an international-intergovernmental surrogate of EU law, according to the figurative expression used by the German Constitutional Court, although in a different context, in its decision of 7 September 2011 on the measures of financial assistance to Greece (2 BvR 987/10 – 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10).

<sup>232</sup> As Supiot 2010, p. 33, wrote evoking the famous Hayekian expression.

<sup>233</sup> Cf. Joerges 2012. The similarity with the term 'authoritarian liberalism', coined by Heller (1933) in the midst of the Weimar crisis is evident – and sought after. Also in similar terms cf. Wilkinson 2013, p. 548 ('executive emergency constitutionalism').

<sup>234</sup> See now Streeck 2013, p. 119 ff., speaking of technocratic neutralization of politics and of a new fiscal-consolidation-State in Europe.

## 2. 'Integration through law' and its crisis

The term 'Community of law', which has been adopted over a long period by the case law of the Court of Justice, owes its success to the first president of the European Commission (Hallstein 1969). In a Community based on law, it represents, at one and the same time, 'the object and the agent'<sup>235</sup> of the integration process. Since the very beginning of this process there was, without doubt, a decisive reliance on law and on its resources, especially for the building of the common market: the founding stone of the entire Community project.

The celebrated formula of 'integration through law', established in the 1980s as a successful motto due to the seminal work of the most influential scholars on the European scene<sup>236</sup>, has represented the most proficient and advanced attempt to rationalise the whole European project, as it synthesised (better than through any other conceptualisation) the specific balance between law, politics and economy – on which the whole integration process was built in its founding stage. The constitutionalisation of the Treaties – carried out by the Court of Justice through the *inventio* of a new type of autonomous legal order, distinct both from the law of the Member States and from international law – was a key concept within this paradigm.

Nevertheless, on the long path that travelled from the Community of 1957 towards an ever closer union among its people, Europe has continuously renewed what Ipsen (1987) called its *Wandelverfassung*. And along this path, some of the main tenets of the 'integration through law' paradigm have been progressively weakened and eroded. The actual integrity of those principles is now being challenged, as never before, by the Union's 'existential crisis' (Menéndez 2013). Upon a closer inspection, we might assume that even the original plan for a monetary union, as had been envisioned under the Maastricht Treaty, appears to be incompatible with the fundamental principles of the role of law within the European integration process, as conceived under that model.

Monetary union was not conceived as a political union; on the contrary, it was bound to a rigid system of supranational legal rules which were aimed at compensating for the void of political budgetary solidarity among the Member States. Monetary policy was thus entirely subjected to the European constitutional rules and, at the same time, almost entirely isolated from the political process. And this could fit the normative requirements of an 'Ordoliberal' European economic constitution. However, from the outset, this construction reveals a crucial difference compared to the classic paradigm of 'integration through law'. The essential difference, with respect to the function assigned to law in the European integration process, is that, in that conceptualisation, supranational law and intergovernmental policy-making must maintain a balance. The 'dual character' (Weiler 1981) of the Community system in that model implies a necessary dynamic equilibrium between law and politics in the European integration process. Supranational law neither should nor could have entirely replaced the intergovernmental political process, given that, in such a theoretical framework, the overall balance of the Community system depends on the mechanisms of adaptation and mutual balancing among the two subsystems.

The monetary union conceived by the Maastricht Treaty, instead, disrupts this balance. Beneath the dominant function assigned to law in the implementation of this political project we can in

---

<sup>235</sup> Dehousse and Weiler 1990, p. 243.

<sup>236</sup> It is an obvious reference to the seminal reconstruction by Weiler 1981, followed by the no-less fundamental collective research directed by Cappelletti, Seccombe and Weiler 1986 (*et seq.*) at the European University Institute at Florence.

fact retrace the legacy of another categorisation of the Community system, the one attributable to the German 'Ordoliberal' tradition, much more demanding and prescriptive regarding the functions of European economic law. The EMU's constitutional architecture was actually meant to comply with these prescriptions by giving the EMU a configuration capable of immunising it once and for all from possible Keynesian distortions in the European macro-economic management. Nevertheless, the reforms of the economic and monetary governance of the EMU, introduced as of 2010 onwards in an attempt to mitigate the effects of the financial crisis which had spread to the sovereign debts of the Member States of the Euro-zone's periphery, have come to sever the ties also within this normative tradition, when Europe's new crisis-law entered the unexplored constitutional territories of 'post-democratic executive federalism' (Habermas 2011).

### 3. De-politicisation, loss of neutrality of the European economic constitution and de-socialisation processes

Evidently, the European economic and monetary Union – as it was devised in Maastricht – was not able to cope with the devastating effects produced by the financial crisis: it had been founded on assumptions that did not contemplate such a systemic crisis and, more importantly, it did not have the tools to manage it (cf. e.g. Fitoussi 2013). That is why, at the beginning of 2010 the reaction to the crisis had begun in an unusually rapid way with respect to the usual slow pace of the Community decision-making process, although nevertheless with a fatal delay compared to what would have been necessary to ease the tensions originating from the unruly financial markets. This was carried out with unprecedented and ever more inventive regulatory techniques that became necessary and urgent – or at least were justified as such – due to the concrete risk of the imminent tightening of the crisis with the possible breakdown of the Euro-zone.

A quick chronology of events can remind us of the hectic pace eventually taken by the emergency measures adopted by the Union: 'Europe 2020' strategy (March 2010); European semester (May 2010); framework agreement on the establishment of a European stability fund (June 2010); Euro-Plus Pact (March 2011); Six Pack (December 2011); Two Pack (proposed by the European Commission on November 2011 and adopted with Regulations n° 472 and 473 of 2013); European Stability Mechanism (February 2012); Fiscal Compact (March 2012). The cornerstone of this complex weaving of emergency tools is the Fiscal Compact, which introduces the previously evoked clause of the public debt-brake, modelled on the German constitutional experience, compliance to which is eventually left to a sort of *extra-ordinem* supervision of the Court of Justice as it is designed outside its ordinary jurisdictional competence under EU law (cf. Seifert 2014, p. 313 ff.). Access to financial support given by the European Stability Mechanism (ESM) is only permitted to those Member States of the Euro-zone that have signed the Fiscal Compact and have therefore transposed into national law – preferably at constitutional level – the golden rule of balanced budgets.

At the same time, in order to provide a less questionable legal basis than the one outlined by the Treaties at the time of the negotiation of these tools, the simplified revision procedure, introduced by the Lisbon Treaty, was activated, as provided for in Art. 48, paragraph 6 of the TEU, with the addition of a new paragraph 3 to Art. 136 of the TFEU that permits – as of 2013 – the establishment of (conditional) mechanisms of financial emergency, similar to the ones that have already been implemented. From a strictly technical-legal standpoint, these measures offer a wide range of reasons and themes for debate, and not surprisingly the debates on the limits of action

guaranteed to the Union by the Treaties, especially prior to the amendment of Art. 136 of the TFEU, are still ongoing, and among many legal scholars there has been a growing criticism and a questioning of the overall legality of this creative institutional infrastructure (see especially Guarino 2012). However, the true issue here is not so much the occurrence of more or less creative interpretations of the text of the Treaties, as much as the deep constitutional change that has taken place around these reforms, so that the legal paths determined by the classic canons of the Community rule of law are, to an ever greater extent, being superseded by discretionary measures marked by contingency and conditionality that are entrusted to the discretionary governance of a distant multilateral administration. These measures revolve around some sort of new-fangled supranational functional administration, apparently fashioned on the model of independent agencies, but intended to take action in areas that fall outside the sphere of the formal competences of the Union and characterized by a wide-ranging political discretion.

However, before addressing this issue, it is necessary to focus to a greater extent on the other side of the coin of this constitutional transformation realised by the new European crisis-management-law. Considered together, these measures assault the Euro-zone with binding detailed rules aimed at limiting and – more or less strictly – conditioning the sphere of macroeconomic discretion left to the Member States. As has been observed in practice, the reason why ‘the Euro-zone is governed by rules is that few of its Member-States – least of all its wealthier North European ones – have any appetite for fiscal union. Crudely, rules (*governance*) exist because common fiscal institutions (*government*) do not. And tighter rules do not amount to greater fiscal integration. The hallmark of fiscal integration is mutualisation – a greater pooling of budgetary resources, joint debt assistance, a common backstop to the banking system, and so on. Tighter rules are not so much a path to mutualisation, as an attempt to prevent it from happening’.<sup>237</sup>

This massive juridification, resulting from the appropriation by the new European crisis-law of the (already heavily constricted) sphere of discretion of macro-economic governance by Member States in the Euro-zone, occurs in the context of an attempt to the technical neutralization of the political decisions regarding very delicate redistribution-issues – now placed precisely inside the sharp-eyed mechanisms for surveillance and punishment of the economic governance of the Union (Chalmers 2012) –, which is clearly anything but neutral in its consequences. The pervasive juridification of decisive aspects of macroeconomic governance, along with the juxtaposition of rules and sanctions to ‘intelligent discretion’ (Salvati 2013, p. 567), which national governments were previously permitted to apply (at least partially) has resulted in a permanent loss of neutrality for the economic constitution of the EMU.<sup>238</sup> This results in the incorporation of neo-monetarist precepts into European higher law, causing highly asymmetrical impacts on the very different economies of the Euro-zone’s countries. Rules of this kind, in fact, not only refute the prospects of a greater fiscal integration and of a political solidarity on occasion (and futilely) evoked in these past years, but they actually establish a regime from which the ‘virtuous’ and wealthier Northern countries, led by Germany (Beck 2013), systematically benefit compared to the Southern ones, especially when – as in Italy – these bear the historical burden of high public debt.

<sup>237</sup> Tilford and White 2011, p. 2.

<sup>238</sup> On the matter cf. Countouris and Freedland 2013a, p. 6, who emphasise how ‘the monetarist dogma of fiscal austerity is being institutionalised and entrenched in the European constitutional framework with provisions such as the Euro Plus Pact and the new Treaty on Stability, Coordination and Governance in the EMU’.



Although in a highly asymmetrical way and depending on the starting point of the Member States of the Euro-zone, the 'constitutionalisation of austerity' (De Witte 2013) deriving from the new European crisis-law, and particularly from the Fiscal Compact, has deep and in some cases direct implications for national Welfare State systems. In fact, it establishes a sort of permanent constitutional pressure towards a flexible (*i.e.*, de-regulated) labour market (both in terms of fostering the use of non-standard types of employment and reducing protection in the event of dismissal, especially with regard to economic lay-offs), a decentralised collective bargaining system (specifically encouraged by the Euro Plus Pact) and consequently a downgrading of the overall weight and role granted to public social security and in particular State pension systems (see Deakin and Koukiadaki 2013). Such a constitutional grounding of the most ideal-typical neo-liberal political and economic doctrines (Crouch 2013) installs the logic of permanent competition within the system between the several national social models, creating a situation in which the Member States of the Euro-zone are urged to manage their disparities and gain efficiency and competitiveness by basically utilising the only leverage remaining, which is, broadly speaking, the 'structural reform' of their own welfare systems.

Naturally I am aware that this sketchy and stylised description of the new neo-liberal economic constitution of the EMU deliberately emphasises a singular determinism that in the real world is hopelessly lacking. The reality is obviously much more complex and intricate, and the mechanisms of resilience variously activated by the several national systems – especially by the industrial relations sub-systems – show how the legislative responses given by the Member States do not follow a logic of linear and deterministic de-structuring of those widespread and deep-rooted social and labour protection arrangements that we usually encapsulate in the – increasingly less evocative – formula of the 'European social model' (cf. Treu 2013 and Carrieri and Treu 2013). However, we cannot deny the presence of very strong forces towards a de-regulative competition (in the sense of a 'race to the bottom'<sup>239</sup>) between systems of labour law and social security in the Member States (not only) in the Euro-zone and the occurrence of a significant acceleration in what Baccaro and Howell (2013) called the convergence towards a common 'neo-liberal trajectory' of the collective bargaining systems.

#### 4. De-legalisation of the economic and monetary governance of the Union

As already mentioned, the constitutional direction given to the Union by the new European crisis-law is not even compatible with the classical precepts of German 'Ordoliberalism', fundamentally because it extends the sphere of the European economic constitution to areas that we may define as ontologically imbued with a concentrated dose of political discretion and therefore not likely to be reducible to immediately definable and legally predetermined rules of action that are capable of being 'subjected to constraints by constitutional rules based on justiciable criteria' (Mestmäcker 1972, p. 97). In the 'Ordoliberal' constitutional ideal, those rules may (and in fact must) be confined to the sphere of the formal-rational prerequisites for the functioning of the common market (including the institutionalization of the fundamental economic freedoms, of undistorted competition and of the principle of monetary stability entrusted to the technocratic government of an independent central bank that is isolated from political pressure), but they cannot go as far as to touch the sphere of macroeconomic policies that presuppose contingent

---

<sup>239</sup> Deakin and Koukiadaki 2013, p. 163. See also Marshall 2014.

and discretionary decisions. This sphere must remain a prerogative of national governments and their parliaments, as it has not been possible to remove them from democratic political debate.

For this same reason, in the original constitutional framework of the Treaties establishing the European Community, and fully consistent in this regard with the requirements of 'Ordoliberalism', social policy was to remain assigned to national democratic sovereignty, in particular so as to ensure the necessary respect for the private-collective autonomy of trade unions. The underlying reason for this choice of maintaining a distinct functional separation (the 'de-coupling' according to Scharpf 2010, p. 221) between the building of the common market, within the remit of the Community economic constitution, and the sphere of social policies, a prerogative of national democratic political and social processes, evidently lies in the fact that the latter belong to the realm of discretionary-politics.

None of this can be observed in the complex regulatory machine of the new European economic governance which, on the contrary, can claim to be intruding deeply into the sphere of the discretionary politics of the Member States, typifying notions that are characterized – beyond the effort of introducing 'objective' numerical parameters<sup>240</sup> – by a compelling ambiguity and a great elasticity (we can just think of concepts such those of serious or excessive macroeconomic imbalance). In such a context, the role of judicial review, entrusted by EU law (Article 263 of the TFEU) to the Court of Justice, becomes so crucial in theory but unfeasible in practice. Firstly, it is not very likely that those defined as the interested parties by paragraph 2 of that provision – namely the Member States, the Council, and the Commission – might effectively question those measures in which they themselves are so deeply involved, especially in the likelihood of an economic-financial crisis such as the current one, and that the Court may, then, effectively exercise its review functions. But, perhaps, what is most important is the fact that the Court would find itself adjudicating quintessentially political issues and consequential decisions made in light of elastic and indeterminate notions which cannot be scrutinised, as such, within the parameters of a properly defined judicial review. The two very well-known disputes on the ESM so far deliberated upon before the German Constitutional Court<sup>241</sup> and the Court of Justice<sup>242</sup> have visibly demonstrated the essentially untreatable nature of these issues before the courts, revealing that the European economic constitution is dangerously lacking in a 'guardian'<sup>243</sup> (Everson and Joerges 2013; Joerges and Giubboni 2013).

On the other hand, the answers given by the Court of Justice within preliminary-ruling-proceedings by which some judges of the debtor-States of the Euro-zone have raised questions of the compatibility of the austerity measures adopted by their national governments in implementing supranational commitments with the Troika with the EU Charter of fundamental rights have to

---

<sup>240</sup> See the fine deconstructive critique by Jubé 2011.

<sup>241</sup> Bundesverfassungsgericht, decision of 12 September 2012 and ruling of 18 March 2014.

<sup>242</sup> Court of Justice of the European Union, 27 November 2012, case C-370/12, *Thomas Pringle v. Ireland*.

<sup>243</sup> Moreover, the methodological nationalism of the German Constitutional Court prevents it from being a guardian of the European constitution and particularly a guarantor for what Rödl (2008) may call the interdependence of labour constitutions of the Member States. The Court of Karlsruhe – beyond the commitments towards a 'European openness' – may actually play an effective role only in the protection of the German social and democratic constitution (Art. 20 and 79 of the *Grundgesetz*). A clear evidence of this is the German Constitutional Court's preliminary reference to the Court of Justice on 14 January 2014 on the OMT (Outright Monetary Transactions) programme enacted by the BCE. See BVerfG, 2 BvR 2728/13 of 14.1.2014.

date at best been elusive. So far, the Court has rather easily and hastily managed to declare that it does not have jurisdiction to rule on such matters,<sup>244</sup> thus avoiding, thanks to a decision on inadmissibility, a review on the merit of the (obviously problematic) relations between these measures of fiscal consolidation and the fundamental principles of European social law, as enshrined in the Charter of Nice/Strasbourg. We do not know the extent to which the Court will maintain this elusive strategy (depending for the most on how the preliminary reference will be formulated); nonetheless, we are not confident that the Luxembourg judges will actually be able to consider the merits of these untreatable political issues reaffirming the constitutional logic of fundamental social rights.

On the whole, this case law demonstrates a fairly accurate picture of the new European constitutional constellation in times of crisis. The philosophy of the prohibition of bail-out, along with its appeal to Member States' autonomy and responsibility, is replaced by a new system of collective governance in situations of crisis. However, the law delegates the management of these situations to an unaccountable supranational technocratic authority, without worrying about the problems of democratic legitimacy arising from the new decision-making processes, especially those that take place within the ESM. This generates an apparent contradiction: on one hand, the new crisis-management-law over-regulates European economic governance in order to tighten the macroeconomic and fiscal conduct of the Member States within a dense texture of rules, assisted by a strong semi-automatic supranational sanctioning system. On the other hand, we are witnessing a creeping de-legalisation, in so far as the key concepts of the new governance – starting with notions like excessive deficit or serious imbalance – create the space for discretionary political evaluations made by the post-democratic technocratic bodies in charge of their implementation.<sup>245</sup> The first facet is only apparently in line with the 'Ordoliberal' requirements of an economic policy that is bound by legal rules. In contrast, the second is openly in contradiction with such a normative ideal-type in that it recalls the Schmittian propensity to replace law with the sheer, unrestrained governmental political-discretionary decision.<sup>246</sup>

## 5. The uncertain scenarios of the Welfare State in Europe

The European crisis-law has thus deeply modified the economic constitution of the EMU. At the same time it is evident that the crisis of the European social model has itself a precise constitutional dimension in this new context. The link between these aspects is very evident: the impact caused by the measures adopted by the Member States of the Union, and especially of the Eurozone, over national systems of labour law and social security, for the implementation of policies that are more or less directly attributable to the pervasive deployment of the new economic governance of the crisis, already offers plentiful confirmation of this tight relationship.<sup>247</sup> Nor is it a

<sup>244</sup> The best known of these preliminary rulings is the one decided by the Court of Justice in case C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte et al.*, For a complete listing of these cases and for a careful recognition of the limits of the Court's case law, cf. Barnard 2013.

<sup>245</sup> Cf. Joerges 2008.

<sup>246</sup> Again cf. Joerges 2012.

<sup>247</sup> The *Memoranda of understanding* negotiated with the Troika by the countries that made recourse (to varying degrees and in different ways) to European financial aid (Ireland, Greece and Portugal) all provide for obligations for radical reforms of the national labour law and social security systems according to a 'crude, unreconstructed neo-liberalism' (Crouch 2013, p. 41). Spain and Italy offer examples of more indirect, but not less relevant, impact of such politics of austerity *cum* conditionality. Cf. Deakin, Koukiadaki 2013 and Costamagna 2012; for Italy, Giubboni, Lo Faro 2013 and Jessoula 2012.

coincidence that the ambitious agenda for re-socialising Europe, suggested by the eminent group of European intellectuals gathered in London by Nicola Countouris and Mark Freedland (2013b), pleads for a substantial inversion of the constitutional trajectory imprinted on the Union by the new management-crisis-law.

These proposals for re-socialising Europe contain indeed a very detailed and path-breaking programme for reforms (also cf. Supiot 2013) and there is not the space in this paper to give appropriate attention to their technical-legal aspects. In line with the general and critical analysis carried out so far, we would rather like to suggest a more modest attempt to set out the possible scenarios for the Welfare State in Europe, in the light of models of economic and social constitution that are available or may be simply foreshadowed (or desirable).

The scenario that Deakin and Koukiadaki (2013, p. 186) effectively define of 'regulated austerity' is the mere projection of the existing one, with some timid tempering of the harshness of austerity/conditionality policies constitutionalised by the 'Stability Compact', for example through the flanking of (moderate) policies for growth and employment, a bit more effective than those foreshadowed by the anaemic 'Growth Compact'.<sup>248</sup> This scenario would essentially confirm the current trends towards de-regulative competition and internal devaluation through a (further) flexibilisation of labour markets and the reduction of wage levels by means of the marginalisation of the role of (especially national) collective bargaining. In this kind of scenario, any encouragement of practices of social dialogue, even at European level, would constitute hardly more than a 'travesty of the real thing' (Carrieri and Treu 2013, p. 24), as its value would essentially be functional to the strengthening of the strategies of 'competitive solidarity' among national systems<sup>249</sup> (Streeck 1999 and 2013, pp. 138 and 209 ff.).

Not even the scenario of a 'two-speed Europe' as defined by the same authors – with a division of the Euro-zone in a core group of virtuous Northern European countries led by Germany and a Southern periphery of weak economies, which are intended to go along the downside routes of competitiveness, based on the systematic compression of labour costs – evidently gives rise to optimistic outlooks on the possible dynamics of the Welfare State in the new European constitutional framework. A very different scenario is the one that Deakin and Koukiadaki (2013, p. 187) term as 'solidaristic integration', to which the two authors attribute (along with their explicit normative preference) a degree of probability that is more or less equivalent to the one defined as 'regulated austerity'. Therefore, attention must be drawn to this scenario, in order to outline a possible strategy of the re-constitutionalisation of social Europe that follows a path that is the opposite of the (de-legalised and de-socialised) one enshrined in the new economic governance of the EMU.

Deakin and Koukiadaki (2013, p. 187) suggest three convergent routes for such a re-socialisation, based respectively: a) on the expansion of the European central-budget in order to perform tasks of fiscal-transfer re-directed in favour of peripheral countries and actually adjusted to meet their needs (thus accessible beyond the suffocating conditionality requirements contemplated today

---

<sup>248</sup> On the total inconsistency of the so called Growth Compact emphatically launched by the European council of 28-29 June 2012, but actually remained unaccomplished, see Treu 2013, p. 610.

<sup>249</sup> The 'competition trap' that Gallino (2012, p. 81) refers to.

by the ESM); b) on replacing the regime-competition among national labour law systems with new social harmonisation policies (or rather, more likely, with the fixing a minimum floor of social and labour standards);<sup>250</sup> c) on the rethinking of the role of the ECB, with the assignment of a broader mandate that explicitly takes into account (and therefore systematically balances) price stability, employment growth and social cohesion.

'*Vaste programme*' – one might say –, in relation to which it is hard to foresee who might be the social and political actors (the 'material forces', to use an old-fashioned expression) that can operate with realistic prospects of (even just partial) success.<sup>251</sup> However, the merit of this proposal is to clearly put into evidence how an effective prospect of the Union's re-socialisation implies, on one hand, a greater *political* investment in the new 'European social question' (De Witte 2013), and on the other, a *constitutional* reform of the Union. We could say it implies a re-politicisation and a re-constitutionalisation of the social question on a European and transnational scale at the same time.

Defensive responses at national level – basically a return to the original division of labour between the Union and the Member States that returns national welfare policies to the narrow boundaries of national social sovereignty – appear simply illusory. Certainly, this does not mean that there is no need to restore a greater margin of autonomy into the hands of the Member States for the determination of their social and labour policies.<sup>252</sup> However, in order to do so, it is necessary to re-construct a European social policy, both by establishing minimum protection standards, which would channel regulatory competition among the national legal systems above a common floor of rights, and also by strengthening transnational social solidarity ties, for example through auxiliary legislation aimed at fostering and coordinating autonomous collective bargaining processes at European level (cf. Carrieri and Treu 2013, pp. 33 ff.).

Time will show how much of this scenario is wishful-thinking or if it has even a minimal possibility of being pursued in a future European political agenda.

## 6. References

Baccaro, L., Howell, C., 2013, *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune in direzione neoliberista*, in M. Carrieri, T. Treu (eds.), *Verso nuove relazioni industriali*, ASTRID - Il Mulino, Bologna, pp. 189 ff.

Barnard, C., 2013, *The Charter in Time of Crisis: A Case Study of Dismissal*, in N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 250 ff.

Beck, U., 2013, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere*, Italian translation, Laterza, Rome and Bari.

<sup>250</sup> Cf. Giubboni 2013, chap. I and II.

<sup>251</sup> A less ambitious perspective was outlined in Joerges and Giubboni 2013.

<sup>252</sup> In this sense, cf. Giubboni 2012, p. 78 ff., and Joerges and Giubboni 2013. In equal terms, Rödl 2008, p. 164, who emphasises how a 'European labour constitution should not simply reflect the competitive framework for labour in Europe as it currently does, but should serve to re-increase the autonomy of national labour constitutions *despite* the persistence of integrated markets. In other words, a European labour constitution should support the autonomy of national labour constitutions against the pressures of the European single market' (as well as those of the new economic governance of the EMU).

Cappelletti, M., Seccombe, M., Weiler, J.H.H., 1986, *Integration Trough Law*, De Gruyter, Berlin - New York.

Carrieri, M., Treu, T., 2013, *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in Id. (eds.), *Verso nuove relazioni industriali*, ASTRID - Il Mulino, Bologna, pp. 7 ff.

Chalmers, D., 2012, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, pp. 667 ff.

Costamagna, F., 2012, *Saving Europe 'Under Strict Conditionality': A Threat to EU Social Dimension?*, Centro Einaudi – Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica, Working Paper n. 7/2012.

Countouris, N., Freedland, M., 2013a, *Introduction - The Myths and Realities of «Social Europe»*, in Id. (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1 ff.

Countouris, N., Freedland, M., 2013b, *Epilogue: Resocialising Europe – Locking Back and Thinking Forward*, in Id. (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 493 ff.

Crouch, C., 2013, *Entrenching Neo-liberalism: The Current Agenda of European Social Policy*, in N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 36 ff.

Deakin, S., Koukiadaki, A., 2013, *The Sovereign Debt Crisis and the Evolution of Labour Law in Europe*, in N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 162 ff.

Dehousse, R., Weiler, J.H.H., 1990, *The Legal Dimension*, in W. Wallace (ed.), *The Dynamics of European Integration*, Pinter, London, pp. 242 ff.

De Witte, F., 2013, *EU Law, Politics and the Social Question*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, pp. 581 ff.

Everson, M., Joerges, C., *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, London School of Economics and Political Science, LES Europe in Question Discussion Paper Series - LEQS Paper No. 63/2013.

Fitoussi, J.-P., 2013, *Il teorema del lampione, o come mettere fine alla sofferenza sociale*, Italian translation, Einaudi, Torino.

Gallino, L., 2012, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, interview ed. by P. Borgna, Laterza, Rome and Bari.

Giubboni, S., 2006, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.

Giubboni, S., 2012, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna.

Giubboni, S., Lo Faro, A., 2013, *Crisi finanziaria, governance economica europea e riforme nazionali del lavoro: quali connessioni?*, in AGI, *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012: competizione versus garanzie?*, Giappichelli, Turin, pp. 41 ff.

Guarino, G., 2012, *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Editoriale Scientifica, Naples.

Hallstein, W., 1969, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Econ Verlag, Düsseldorf - Wien.

Habermas, J., 2011, *Questa Europa è in crisi*, Italian translation, Laterza, Roma - Bari.

Heller, H., 1933, *Autoritärer Liberalismus*, in *Die Neue Rundschau*, vol. 44, pp. 289 ff.

Ipsen, H.-P., 1987, *Europäische Verfassung – Nationale Verfassung*, in *Europarecht*, pp. 195 ff.

Jessoula, M., 2012, *Like in a Skinner Box: External Constrains and the Reform of Retirement Eligibility Rules in Italy*, Centro Einaudi – Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica, Working Paper n. 4/2012.

Joerges, C., 2004, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *European Law Review*, pp. 461 ff.

Joerges, C., 2008, *A New Alliance of De-legalisation and Legal Formalism? Reflections on the Responses to the Social Deficit of the European Integration Project*, in *Law Critique*, pp. 235 ff.

Joerges, C., 2011, *Will the Welfare State Survive the European Integration?*, in *European Journal of Social Law*, pp. 4 ff.

Joerges, C., 2012, *Europe's Economic Constitution in Crisis*, ZENTRA Working Paper in Transnational Studies No. 06/2012, Bremen - Oldenburg.

Joerges, C., Giubboni, S., 2013, *Diritto e politica nella crisi europea*, in *Rivista critica del diritto privato*, pp. 343 ff.

Jubé, S., 2011, *Droit social et normalisation comptable*, L.G.D.J., Paris.

Marshall, S. (2014), *Shifting Responsibility: How the Burden of the European Financial Crisis Shifted Away from the Financial Sector and onto Labor*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 35, pp. 449 ff.

Menéndez, J.A., 2013, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, pp. 453 ff.

Mestmäcker, E.-J., 1972, *Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, n. 137, pp. 97 ff.

Pernice, I., 1999, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam. European Constitution-Making Revised?*, in *Common Market Law Review*, pp. 704 ff.

Quadrio Curzio, A., 2014, *Quei vincoli di Bruxelles pagati dai giovani*, in *Il Sole 24 Ore* of Sunday 12 January 2014.

Rödl, F., 2008, *Constitutional Integration of Labour Constitutions*, in E.O. Eriksen, C. Joerges, F. Rödl (eds.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union. The Unsettled Political Order of Europe*, Routledge, London - New York, pp. 152 ff.



Salvati, M., 2013, *Troppe regole, nessun governo. Un ragionamento realistico sul futuro dell'euro e dell'Europa*, in *Il Mulino*, n. 4, pp. 567 ff.

Scharpf, F.W., 2010, *Community and Autonomy. Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe*, Campus Verlag, Frankfurt - New York.

Seifert, A. (2014), *European Economic Governance and the Labor Laws of the E.U. Member States*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 35, pp. 311 ff.

Streeck, W., 1999, *Competitive Solidarity: Rethinking the «European Social Model»*, Max Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Working Paper 99/8.

Streeck, W., 2013, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Italian translation, Feltrinelli, Milano.

Supiot, A., 2010, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris.

Supiot, A., 2013, *Towards a European Policy on Work*, in N. Countouris, M. Freedland (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 19 ff.

Tilford, S., White, Ph., 2011, *Why Stricter Rules Threaten the Eurozone*, Centre for European Reform – Essays, in [www.cer.org.uk/](http://www.cer.org.uk/).

Treu, T., 2013, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, pp. 597 ff.

Weiler, J.H.H., 1981, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, n. 1, pp. 257 ff.

Wilkinson, M.A., 2013, *The Spectre of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, pp. 527 ff.



## L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro dopo le recenti riforme\*

Fabrizio Ferraro

|                                                                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa. L'associazione in partecipazione nell'ottica della rimodulazione della flessibilità "in entrata"                                                                                             | 78  |
| 2. Brevi cenni sulla disciplina dell'associazione in partecipazione nel codice civile.                                                                                                                    | 80  |
| 3. L' "emersione" della fattispecie fuori dal codice civile.                                                                                                                                              | 81  |
| 4. Le presunzioni nella l. 92 del 2012: a) effettiva partecipazione agli utili e consegna del rendiconto                                                                                                  | 82  |
| 5. b) la professionalità (pratica o teorica) del lavoratore associato                                                                                                                                     | 88  |
| 6. c) l'attività dell'associato in partecipazione svolta con modalità analoghe a quelle dei dipendenti dell'associante                                                                                    | 91  |
| 7. Il limite numerico degli associati tra rilievi di incostituzionalità e dubbi di opportunità.                                                                                                           | 93  |
| 7.1 (segue) La medesima attività                                                                                                                                                                          | 96  |
| 7.2 (segue) Le eccezioni alla conversione                                                                                                                                                                 | 98  |
| 8. L'estensione agli associati in partecipazione del procedimento di convalida ex art. 4, commi 16-23, l. 92/2012 e il regime di decadenza ex art. 32 comma 3 lett. b: due processi assimilativi inversi? | 100 |
| 9. Le maxi-sanatorie dei rapporti fittizi e il possibile ruolo della contrattazione collettiva nell'opera di selezione e regolazione del lavoro associato (cenni).                                        | 102 |
| 10. Il nuovo apparato contenitivo dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro e il "lavoro associato a-regolato", un bilancio solo provvisorio?                                             | 103 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 221/2014

## 1. Premessa. L'associazione in partecipazione nell'ottica della rimodulazione della flessibilità "in entrata"

L'associazione in partecipazione è stata inclusa nel disegno complessivo di contrazione e irrigidimento della "flessibilità in entrata"<sup>253</sup>.

L'idea di limitare l'uso del contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro attraverso una tecnica legislativa dichiaratamente antielusiva è stata perseguita dal legislatore degli ultimi anni con coerenza. L'approccio di *soft-law* inizialmente adottato è stato più di recente abbandonato a favore di misure *trancianti*.

L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro è un negozio dalla storia travagliata e la stessa deducibilità di prestazioni lavorative non è sempre stata pacifica per una, supposta, tendenziale incompatibilità con l'art. 2553 c.c.<sup>254</sup>. Una volta ammessi gli apporti d'opera secondo le indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie<sup>255</sup>, l'associazione in partecipazione è proliferata in quanto agile strumento di acquisizione di lavoro a costi ridotti, concretamente adatto a schermare effettivi rapporti di lavoro subordinato<sup>256</sup>.

Se è vero, come è stato esattamente notato, che la diffusione del contratto, in parallelo con il «rigonfiamento della "zona grigia"» al confine tra autonomia e subordinazione, non è integralmente ascrivibile alla "novità post-fordista"<sup>257</sup>, è forse parimenti vero che il lavoro associato in

<sup>253</sup> Sulle incoerenze del disegno del legislatore cfr. Tosi P., *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, 4-5, 813 ss.; e Proia G., *I "cortocircuiti" tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, in *ADL*, 2013, 4-5, 780 ss.

<sup>254</sup> Cfr. De Ferra G., *Sull'ammissibilità di apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, in *GCCC*, 1954, n.1968, 90 ss.; ma lo stesso A. ha mutato il suo pensiero in Id., *Della associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja, Branca (a cura di), Zanichelli, 1973, 36 ss.

<sup>255</sup> Solo per citare i contributi più rilevanti Colombo G.E., *Associazione in partecipazione, cointeressenza e contratto di lavoro subordinato*, in *RDComm*, 1962, II, 332; Spagnuolo Vigorita L., *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione: contributo alla qualificazione dei contratti*, in *RDCiv*, 1965, I, 369 ss.; Santoni F., *L'associazione in partecipazione*, in *Trattato di diritto privato*, Rescigno (diretto da), XVII, Utet, 1985, Torino, 517 ss.; Mignone G., *L'associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, in *Il Codice Civile - Commentario*, Schlesinger (fondato da), Busnelli (diretto da), 2008, 122 ss.; De Acutis M., *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, 63; De Ferra G., *op. ult. cit.*. La peculiare relazione di rischio tipica del contratto ex art. 2549 cc. con apporto di lavoro è stata affrontata dalla recente dottrina: Leone G., *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs. 276/2003*, in *RIDL*, 2012, II, 565 ss.; e Id., *Associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa e lavoro subordinato: brevi riflessioni di perdurante attualità*, in *RIDL*, 2013, II, 350 ss.; Mignone G., *Sulla partecipazione alle perdite dell'associato d'opera*, in *GComm*, 2013, I, 9 ss.; Tosi P., *Associazione in partecipazione con la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 10, 965 ss.; Russo A., *Profili teorico-pratici della nuova associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Quaderni della fondazione Marco Biagi*, 2012, 4-II; Riccardi A., *I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 156/2012; Diamanti R., *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro. Evoluzione giurisprudenziale e interventi legislativi*, in *RIDL*, fasc.1, 2013, 57 ss.

<sup>256</sup> Nella pratica si sono verificati casi non isolati in cui l'associato ha assunto la posizione quantomeno dubitabile di macellaio (Cass. 10.8.1999, n. 8578, in *RIDL*, 2000, II, 445), commesso (Cass. 7.10.2004, n. 20002, in *LG*, 2005, 5, 450; Cass. 11.6.2013, n. 14644, in *altalex*; Trib. Monza 11.3.2014, n. 193, e Cass. 26.5.2014, n.11724, in *iusexplorer*), manovale (Cass. 23.1.1999, n. 655, in *NGL*, 1999, 162) operatore di *call center* (Trib. Milano 9.12.2008, in *D&L*, 2009, 1, 133), insegnante (Cass. 14.2.2005, n. 2932, in *Gal*, 2005, 17, 40); addetti in farmacia (C. App. Firenze 14.5.2012, n. 361). Cfr. Cass. 21.12.2012, n. 2496, in *GComm*, 2013, I, II, 5. Una parte minoritaria della giurisprudenza ha avallato alcune "prassi" distorsive che hanno indubbiamente favorito l'affinamento delle tecniche elusive. V. favorevoli al cosiddetto "minimo garantito" all'associato indipendente dall'*alea* Cass. 24.11.2000, n. 15175, in *MGCiv*, 2000, 2433; e Cass. 18.4.2007, n. 9264, in *RGL*, 2007, 4, II, 616. Cfr. in materia di *alea* dell'associazione in partecipazione, C. App. Perugia 21.2.2013, in *www.iusexplorer.it*, d'ora in avanti anche *iusexplorer*.

<sup>257</sup> Cfr. Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 65/2008, 12.

partecipazione ha scontato troppo la «campagna mediatica sui rapporti mascherati di lavoro subordinato»<sup>258</sup>.

Il legislatore ha predisposto norme antielusive. Agli interventi “qualitativi” centrati sul rapporto individuale (presunzioni legali ex art. 86 comma 2d.lgs. 276/2003; poi ex art. 1, comma 30, l. 92/2012) si sono accompagnate misure dissuasive di tipo “quantitativo” (il contingentamento numerico degli associati ex art. 1 comma 28, l. 92/2012). Nel complesso le disposizioni concorrono, con intensità e tagli differenti, a formare un apparato repressivo della fattispecie associativa<sup>259</sup>, isolata all’interno di fasce di mercato piuttosto ristrette a tutto vantaggio della fattispecie lavoro subordinato verso la quale convergono anche rapporti genuini di lavoro autonomo e associato<sup>260</sup>. Per tale ragione simili misure sembrerebbero a tratti sopravanzare l’obiettivo di concretizzazione degli intenti della l. 92/2012, con speciale riferimento all’art. 1 lettere a) e c), relativamente alla asserita dominanza del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La normativa recente, non priva di ricadute sistematiche, restituisce nel complesso un quadro in chiaro-scuro, teso tra giustificata lotta all’elusione e scarsa attenzione alle «più ambiziose prospettive di rivisitazione del lavoro autonomo in chiave regolativa e promozionale»<sup>261</sup>. Ipertrofia delle sanzioni e atrofia della regolazione determinano un evidente squilibrio.

Le composite tecniche legali (essenzialmente presunzioni e conversioni) non sono andate esenti da critiche a causa dell’eccesso di compressione sia dell’area del lavoro autonomo sia dell’area del lavoro associato e del correlato rischio di alterazione degli equilibri tra fattispecie. La conseguenza della manipolazione tipologica è infatti la «sovrainclusione» nell’area del lavoro subordinato<sup>262</sup>. Questo processo è particolarmente evidente nell’ipotesi dell’associazione in partecipazione.

<sup>258</sup> Ferraro G., *Il lavoro autonomo*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla legge Fornero alla legge di stabilità 2013*, Cinelli, Ferraro, Mazzotta (a cura di), Torino, 2013, 152 ss., ivi 153.

<sup>259</sup> Non sono peraltro mancate negli anni proposte esplicite di eliminazione dell’istituto dal novero dei contratti di lavoro: cfr. Allamprese A., *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *RGL*, 2000, 712-713. Cfr. anche Alleva P.G., *I lavori atipici: pericolo o opportunità?*, in *RGL*, 2000, 518. Proposte che fanno anche leva sulla gravosità della posizione dell’associato lavoratore genuino, remunerato, a parità di valore apportato, peggio del capitale: cfr. Cass. Sez. Lav. 8.10.2008, n. 24871, in *RIDL*, 2009, II, 327. Se rischiare è però la scelta di un lavoratore autonomo non mi pare contestabile. Cfr. il ragionamento di Mignone G., *Apporto d’opera dell’associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *GI*, 2002, 1, 209 ss.; e App. Genova 24.11.2009, n. 758, in *Gal*, 2010, 37, 42. V. *contra*, favorevole alla deducibilità di lavoro subordinato, Spagnuolo Vigorita L., *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione: contributo alla qualificazione dei contratti*, in *RDCiv*, 1965, I, 369 ss.; Santoni F., *L’associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla legge Fornero alla legge di stabilità*, cit., 162 ss.; e Riccardi A., *I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 156/2012.

<sup>260</sup> Sulle tecniche normative di imposizione della subordinazione utilizzate dal legislatore, cfr. Ferraro, op. loc. ult. cit.; Bano F., *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in *LD*, 2012, 497 ss.; Pinto V., *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 151/2012, in part. 10 ss.

<sup>261</sup> Magnani M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* – 174/2013, 3. Credo che nel discorso possa includersi il “lavoro associato”. Sulle prospettive di riforme (tradite?) del lavoro non-subordinato, nel senso di una necessità di ripensare complessivamente la graduazione delle tutele, cfr. Santoro Passarelli G., *Crisi economica globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in *DLM*, 2013, 425 ss.; Id., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, in *RIDL*, 2013, I, 103 ss.; e Perulli A., *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del “lavoro a progetto”*, in *DRI*, 2013, I, 1 ss.

<sup>262</sup> Novella M., *Lavoro subordinato, lavoro a progetto, lavoro autonomo. La legge n. 92/2012 ridefinisce la fattispecie?*, in *LD*, 2012, 569 ss., ivi 578.

## 2. Brevi cenni sulla disciplina dell'associazione in partecipazione nel codice civile.

Il rapporto di associazione in partecipazione è un modello teoricamente distante nei suoi caratteri tipici dal lavoro subordinato, ma pericolosamente contiguo nel concreto. Rinsaldare le nozioni relative ai requisiti legali della fattispecie è quindi, già di per sé, una “tecnica antielusiva” in senso lato.

L'associazione in partecipazione, disciplinata dagli artt. 2549-2554 c.c. è un contratto caratterizzato da una apparente commistione di elementi dello scambio e associativi, ricondotto alla famiglia dei contratti di scambio a prestazioni corrispettive dalla grande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, che ritengono decisiva la sua struttura bilaterale e la mancanza di esercizio in comune di attività<sup>263</sup>.

Dalla natura non propriamente associativa del contratto, nel quale l'associante gestisce e organizza l'impresa (art. 2552 cc.)<sup>264</sup>, deriva il profilo di confusione pratica con la subordinazione rilevato dalla dottrina<sup>265</sup>.

All'associato è riconosciuto dalla legge un potere di controllo che consiste almeno nel diritto al rendiconto, per controbilanciare i deficit informativi derivanti dall'estraneità alla gestione<sup>266</sup>. La giurisprudenza del lavoro si è spesso concentrata sull'effettività del potere di controllo, in quanto la sua radicale mancanza è parte della sintomatologia specifica dell'elusione<sup>267</sup>.

Il contratto di associazione in partecipazione è inoltre, secondo la dottrina maggioritaria, tipicamente aleatorio<sup>268</sup>. L'associato, in particolare, apporta una “quantità certa” di lavoro, ma subisce il rischio di non percepire alcun corrispettivo. Partecipa infatti sia agli utili sia alle “perdite”, sebbene le perdite, ai sensi dell'art. 2553 c.c., non possano mai superare il valore dell'apporto<sup>269</sup>.

<sup>263</sup> Il differenziale tra associazione in partecipazione e società è messo bene in luce da Mignone G., *L'associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, in *Il Codice Civile - Commentario*, Schlesinger (fondato da), Busnelli (diretto da), Milano, 2008, 122 ss. V. contra Ferri G., *Associazione in partecipazione (voce)*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. comm.*, 1987, rist. 1989, 506; Corapi D., *Sulla partecipazione dell'associato alle perdite nell'associazione in partecipazione*, in *RDComm*, 1965, II, 280. L'associato «non interviene nella formulazione d'un programma lucrativo comune, ma scambia l'apporto con una probabilità di guadagno» (Spada P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 196 e v. 200, nt. 186); e v. Montalenti P., *Il socio accomandante*, Milano, 1985, 297. In giurisprudenza cfr. C. cost. 15.7.1992, n. 332, in *RGL*, 1992, II, 738, e tra le tante Cass., sez. I, 28.10.2011, n. 22521, in *GCMass.*, 2011, 11, 1544.

<sup>264</sup> V. però, sull'utilizzo disinvolto della nozione di “gestione”, Trib. Bari, 17.7.2012, in *RIDL*, 2013, 1, II, 47; e Cass. 24.2.2012, n. 2884, in *RIDL*, 2013, 2, II, 350. E cfr. le condivisibili critiche di Mignone G., *Associato in partecipazione: “controllo” sulla gestione non è “ingerenza” in essa (sugli effetti degenerativi di un accostamento infelice)*, in *GI*, 2012, 8/9, 1809 ss.

<sup>265</sup> Spagnuolo Vigorita, *op. ult. cit.*

<sup>266</sup> Cfr. Bolego G., *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro: orientamenti giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in *ADL*, 2006, 3, II, 831 ss.

<sup>267</sup> Si tratta di un consolidato filone. Cfr. ex multis di recente Trib. Milano 28.3.2013, n. 1295; Cass. 28.5.2010, n. 13179, in *MGCiv*, 2010, 5, 837; Cass. 8.11.2011, n. 23167, in *GDir.*, 2012, 2, 54; Cass. 21.2.2012, n. 2496, in *GI*, 2012, 2073; Cass. 24.2.2012, n. 2884, in *RIDL*, 2013, 2, II, 350; Cass., 28.1.2013, n. 1817, in *LPO*, 2013, 9-10; Cass. 19.2.2013 n. 4070, ined.; Cass. 11.6.2013, n. 14644, in *altalex*. V. più elastica sul requisito Cass. 6.11.1996, n. 11222, in *Contr.*, 1999, 572, nt. Romeo C., *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*. Cfr. anche Nappi S., *Associazione in partecipazione e apporto di lavoro dell'associato*, in *DL*, 1993, II, 150 ss., ivi 153.

<sup>268</sup> Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., 50 ss.. In giurisprudenza il concetto si è tradotto nella più vaga espressione “rischio d'impresa”: cfr. Cass. 21.2.2012, n. 2496, in *D&G*, 2012; e Cass. 8.11.2011, n. 23167, in *GDir.*, 2012, 2, 54. V. sulla questione anche le sentenze citate in nt. prec. Raramente i caratteri del rischio applicato all'associato lavoratore (*alea causale*) hanno trovato esplicitazione: v. C. App. Perugia 25.6.2013, n. 99, in *iusexplorer*. Cfr. sulla nozione di *alea* Gabrielli E., voce *Alea*, in *Enc. giur. Treccani*, 2000, 6-7; e Boselli A., *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *RTDPC*, 769 ss., ivi 776 e 785.

<sup>269</sup> Sono istituti diversi da non confondere con l'associazione in partecipazione le cointeressenze (propria e impropria) dell'art. 2554 c.c. Cfr. Mignone, *op. ult. cit.*, 683 ss.; e Irti N., voce *Negoziario parziario*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968, 223 ss., ivi 230. V.

Il legislatore, nella consapevolezza delle profonde differenze teoriche tra il contratto dell'art. 2549 c.c. e quello dell'art. 2094 c.c., ha innanzitutto impostato indici di riconoscimento della fattispecie associativa, favorendo la prova della subordinazione in caso di mancata adesione concreta al tipo legale.

### 3. L' "emersione" della fattispecie fuori dal codice civile.

La presenza di speciali norme limitative della deducibilità di prestazioni di lavoro nel contratto di associazione in partecipazione è acquisizione relativamente recente. Un primo fallimentare tentativo è rappresentato dall'art. 86, co. 2, d.lgs. 276/2003, oggi abrogato, il quale prevedeva che ai rapporti «resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora» si sarebbero applicati «i trattamenti contributivi economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato [...]». Tuttavia il datore, ovvero il committente o altrimenti l'utilizzatore avrebbe potuto ancora provare, «con idonee attestazioni e documentazioni, che la prestazione rientra[va...] in un altro contratto espressamente previsto dall'ordinamento».

Al di là delle innumerevoli critiche mosse dalla dottrina ad una formulazione spigolosa e confusa<sup>270</sup> e dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati *ex art.* 76 Cost.<sup>271</sup>, l'«*emersione extracodicistica*»<sup>272</sup> della fattispecie dava forma all'ipotesi che il rapporto privo di quei requisiti potesse ancora rispondere ai crismi di un diverso rapporto, anche di lavoro autonomo purché almeno nominato. La «doppia presunzione» dell'art. 86, comma 2, d.lgs. 276/2003 consisteva, secondo una dottrina, in un meccanismo alternativo alla (e quindi sostitutivo della) regolare prova in giudizio della subordinazione<sup>273</sup>.

L'abrogazione del comma 2 dell'art. 86 è intervenuta – quasi “per desuetudine”<sup>274</sup> – per opera del comma 31 dell'art. 1 della l. 92/2012.

infatti, con un argomento non del tutto convincente, sull'inammissibilità di un contratto di mera cointeressenza agli utili Cass. 28.5.2010, n. 13179, in *MGCiv.* 2010, 5, 837. *Contra* Cass. 8.10.2008, n. 24871, in *RIDL*, 2009, 2, II, 327, con nota adesiva sul punto di Orlandi A., *Ancora sui requisiti del contratto ex art. 2549 c.c.: in particolare, sulla non necessaria partecipazione dell'associato alle perdite*, sulla scia della tesi esposta da una parte della giurisprudenza. V., in linea con Cass., sez. I, 15.1.1979, n. 294, in *RNot*, 1979, 519, Cass. 11.6.1991, n. 6610, in *SOC*, 1991, 1635; e Cass. 6.11.1998, n. 11222, in *RIDL*, 1999, II, 483.

<sup>270</sup> Cfr. *ex multis* De Cristofaro M., *L'associazione in partecipazione nello schema di decreto delegato per la riforma del mercato del lavoro*, in *DL*, 2003, Maggio-Giugno, 181 ss., ivi 183; Tatarelli M., *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, 2003, 5; Beghini V., *L'associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa tra disciplina codicistica e d.lgs. n.276 del 2003*, in *ADL*, 2007, 1, 91 ss., ivi 102; Caponetti S., *Problemi qualificatori in tema di associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa*, in *ADL*, 2010, 4-5, 951; Leone G., *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs. 276/2003*, cit., 579. Vi ritorna, di recente, mettendo bene in luce le ragioni del fallimento Santoni F., *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, cit., 166.

<sup>271</sup> De Cristofaro, *op. cit.*, 182.

<sup>272</sup> Ricci G., *Il lavoro associato (associazione in partecipazione, lavoro nell'impresa familiare, lavoro in cooperativa)*, in Amoroso, Di Cerbo, Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro. Vol. I. Costituzione, codice civile, leggi speciali*, Giuffrè, 2009, III ed., 1648, ivi 1664.

<sup>273</sup> Bolego, *op. loc. cit.*. Ciò potrebbe costituire un netto tratto differenziale con il comma 30 dell'art. 1, l. 92/2012.

<sup>274</sup> Accenni alla norma in giurisprudenza, con giudizio sostanzialmente neutrale, si riscontrano in Cass. 24.2.2012, n. 2884, in *FI*, 2012, 9, I, 2284; C. App. Perugia 25.6.2013, n. 99, in *iusexplorer*; e Trib. Siena 22.9.2011, n. 100, in *iusexplorer*.

#### 4. Le presunzioni nella l. 92 del 2012: a) effettiva partecipazione agli utili e consegna del rendiconto

L'esperienza dell'art. 86 comma 2 ha spinto il legislatore ad affinare la tecnica normativa. Il comma 30 dell'art. 1, l. 92/2012 istituisce una presunzione relativa di lavoro subordinato a tempo indeterminato per colpire i rapporti realizzati «senza che vi si stata un'effettiva partecipazione agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'art. 2552 del codice civile».

Si insiste quindi sull'uso di "presunzioni legali" che sono, ai sensi degli articoli 2727 e 2728 c.c., le conseguenze che la legge trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato, con l'effetto di dispensare il lavoratore dalla più onerosa prova diretta della subordinazione<sup>275</sup>. Nel campo del diritto del lavoro le presunzioni hanno trovato terreno fertile. Assolvono infatti una funzione di riequilibrio della capacità probatoria processuale nel senso che coadiuvano la parte presumibilmente debole del rapporto (e quindi debole nel processo) nella dimostrazione del fatto costitutivo, in deroga alla regola generale dell'art. 2697 c.c.

La presunzione rinvia integralmente ad elementi caratteristici della fattispecie, valorizzandone in senso antielusivo la capacità di selezionare quegli "usi impropri" del negozio che determinano sovrapposizioni con il lavoro subordinato<sup>276</sup>.

La norma non ha un contenuto innovativo ma recepisce le indicazioni della giurisprudenza e della dottrina prevalenti, secondo le quali partecipazione agli utili e rendicontazione sono indici di genuinità del rapporto.

La partecipazione agli utili è la modalità negoziale assolutamente prevalente ed evita il ribaltamento dell'onere della prova<sup>277</sup>. Si presume invece la subordinazione quando il rinvio sia ad elementi differenti, quali i ricavi, considerato spia di un qualche tentativo di camuffamento di un rapporto di lavoro subordinato essenzialmente in quanto non realizza una «effettiva partecipazione agli utili»<sup>278</sup>. L'aggettivo "effettiva", infatti, rimarca la necessità di una attenta indagine do-

<sup>275</sup> Cfr. sulla incidenza sostanziale della presunzione Comoglio L.P., *Le prove*, in *Tr. dir. priv.*, Rescigno P. (diretto da), 1997, 418, secondo il quale il loro effetto tipico è di «semplificare le fattispecie disciplinate, agendo sulla disposizione reciproca dei loro elementi costitutivi, e solo secondariamente sulle modalità del loro accertamento nel processo». Ma v. già in precedenza autorevolmente *contra* Andrioli V., voce *Presunzioni (Diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, 1966, 766 ss.

<sup>276</sup> Si può però brevemente osservare che i requisiti prescelti "ai fini della presunzione" non impediscono in assoluto diverse modalità concrete comunque compatibili con il tipo legale, che potrebbero divenire i fondamenti della controprova. Queste alternative costituirebbero già una valida controprova (v. oltre).

<sup>277</sup> Si deve trattare di "utili di esercizio" per De Ferra, *op. ult. cit.*, 45. E cfr. C. App. Firenze 2.4.2013, n. 342, in *iusexplorer* La presunzione non scatta in presenza di acconti fissi periodici se questi vengano poi riparametrati agli utili effettivamente conseguiti al momento della presentazione del rendiconto. Sulla legittimità di questa prassi in ultimo cfr. Trib. Milano 14.3.2013, 1074, in *iusexplorer*; e v. Ruggiero L., *Il lavoro nella associazione in partecipazione e la questione della effettiva partecipazione agli utili*, in *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Enrico e Tiraboschi (a cura di), Milano, 2005, V, A, 623 ss., *ivi* 628.

<sup>278</sup> Escludono i ricavi con un argomento letterale *ex art.* 2549 c.c. Cass. 26.5.2014, n. 11724, in *iusexplorer*; e C. App. Bologna 22.10.2007, n. 450, in *DRI*, 2008, 4, 1157; e C. App. Ancona 5.6.2006, n. 178, in *DL Marche*, 2006, 4, 471. Di avviso contrario, favorevoli ad ammetterli, Cass. 2884/2012, *cit.*; Cass. 27.1.2011, n. 1954, in *GI*, 2011, 391, e Cass. 18.2.2009, n. 3894, in *GDir*, 2009, 12, 54. Il rinvio ai ricavi, che rende sicuramente più "opaca" la partecipazione, non contraddice di per sé la lettera della legge – atteso che il termine "utili" è usato in senso atecnico – e non altera automaticamente il carattere aleatorio del contratto. È vero infatti che i ricavi, in determinate condizioni, potrebbero mancare o essere esigui. È opportuno tuttavia che il giudice effettui un'indagine complessiva del caso concreto per verificare che la clausola di rinvio ai ricavi non celi in realtà una volontà elusiva.

cumentale (sulla base del rendiconto da consegnare materialmente, v. oltre) e conferma l'incompatibilità tra retribuzione minima garantita e *alea* tipica del contratto<sup>279</sup>. Non è da escludere che il termine "effettiva" possa anche spingere il controllo giudiziale ad una verifica, sia diagnostica sia prognostica, sulla congruità tra valore dell'apporto e entità della partecipazione in relazione alla redditività media (pluriennale e/o attesa) dell'attività economica, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 2225 c.c. o, ancora meglio, dall'art. 2263 comma 2 c.c. Questo sindacato di stampo equitativo valorizza di sicuro la strumentalità dell'apporto rispetto all'attività d'impresa e bilancia la connaturata subalternità contrattuale e la carenza di informazioni dell'associato nella determinazione della percentuale di partecipazione spettante. Allora una percentuale esigua di utili in relazione ai predetti canoni potrebbe non essere considerata una "effettiva partecipazione"<sup>280</sup>.

Rimane invece aperta e andrebbe chiarita, quantomeno dal punto di vista giuridico-semiologico, la questione della "partecipazione alle perdite" dell'associato lavoratore<sup>281</sup>.

La consegna materiale del rendiconto è stata invece di rado presa in considerazione dalla giurisprudenza, che si accontenta anche della mera presenza o messa a disposizione del documento contabile dove è attestato lo stato economico dell'impresa o dell'affare in relazione ad ogni associato<sup>282</sup>.

È sufficiente la prova di uno degli elementi (partecipazione agli utili non effettiva «ovvero» mancata consegna del rendiconto) perché scatti la presunzione di subordinazione e si inverta l'onere ex art. 2697 c.c.

Se è certo che una volta integrati i "requisiti negativi" della norma presuntiva è sempre ammessa la controprova, più complicato è capire in cosa questa possa consistere.

Al riguardo occorrono da subito alcune precisazioni. In primo luogo, a ben vedere, i meccanismi presuntivi non impediscono il ricorso ai "metodi normali" di qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato (v. *infra*).

Inoltre, come accennato, colui che subisce la presunzione relativa – il presunto associante – può ancora confermare il rapporto associativo attraverso la ricostruzione di alcune "prassi" come modalità di partecipazione al rischio in linea con il tipo legale. Se infatti il rinvio ai ricavi sembra, alla luce della disciplina attuale, un elemento tale da far presumere la subordinazione, la norma non

<sup>279</sup> V. però Cass. 18.4.2007, n. 9264, in *ADL*, 2007, 1437. Si tratta di una pronuncia originale sotto più punti di vista, piuttosto isolata nel recente panorama giurisprudenziale. In passato già Cass. 14.1.1982, n. 197, in *MGCiv*, 1982, 1. Accenna a questa possibilità in una ipotesi particolare, C. App. Ancona 30.1.2013 n. 1116. V. *infra*.

<sup>280</sup> Cfr. Trib. Milano 22.6.2010, n. 2837, in *iusexplorer*.

<sup>281</sup> Cfr. sul tema brevemente Leone G., *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs. 276/2003*, cit., 572. E Tosi P., *Associazione in partecipazione*, in *DPL, Commentario alla riforma Fornero*, Carinci e Miscione (a cura di) 2012, 143, secondo il quale la norma presuntiva, citando i soli utili, dimostrerebbe che «la partecipazione alle perdite non è requisito della fattispecie legale». In tal senso cfr. Cass. 27.1.2011, n. 1954, in *ADL*, 2011, 391. Si vedano però in ultimo – a conclusione di una annosa *querelle* e ragguagliando il significato della partecipazione alle perdite all'ipotesi dell'apporto di lavoro – nel senso della necessaria partecipazione alle "perdite", Cass. 28.1.2013, n. 1817, in *LPO*, n. 9-10, 499 ss.; Cass. 27.11.2013, n. 26522, in *FI*, 2014, I, 507; Cass. 17.4.2014, n. 87977; Cass. 26.5.2014, n. 11724. Trib. Monza 11.3.2014, n. 193. Cfr. Mignone G., *Sulla partecipazione alle perdite dell'associato d'opera*, cit., 14 ss.

<sup>282</sup> Cass. 8.10.2008, n. 24871, in *RIDL*, 2009, 2, II, 327.



potrebbe precludere la dimostrazione che l'alea si sia mantenuta intatta e che, quindi, si sia conservata la genuinità del rapporto instaurato e attuato come associazione in partecipazione. Parimenti, la presunzione fondata sulla mancata consegna del rendiconto è vincibile dalla prova dell'esercizio effettivo del controllo con modalità alternative alla consegna e comunque tali da garantire l'estrinsecazione del potere negoziale sancito dall'art. 2552 c.c. Diversamente opinando si riconoscerebbe ad una presunzione relativa la capacità di alterare la fattispecie sostanziale (v. *supra*).

Il discorso si fa invece più articolato qualora una delle parti abbia contestato con successo l'alea-torietà del contratto ma l'altra sia comunque in grado di provare la non-subordinazione. Bisogna innanzitutto distinguere l'ipotesi in cui emergano i tratti della collaborazione coordinata e continuativa senza vincolo di subordinazione ex art. 409 n. 3 c.p.c., dalla diversa ipotesi in cui risulti la natura autonoma sul modello corrispondente al "nucleo puro" dell'art. 2222 c.c.<sup>283</sup>.

Nella prima ipotesi prospettata è lecito dubitare del carattere meramente relativo della presunzione. Esiste infatti un collegamento naturale con la "disciplina sanzionatoria" che colpisce le collaborazioni con i caratteri della norma processuale ma prive di progetto. La conseguenza dell'assenza degli indici di associatività, per questi rapporti, è l'applicazione degli artt. 61 ss. d.lgs. 276/2003 e, quindi, della conversione legale in lavoro subordinato del primo comma dell'art. 69<sup>284</sup>. Il rapporto non corredato dai requisiti degli art. 2549 ss. c.c. riceve i trattamenti del lavoro subordinato non solo in presenza di un vincolo di subordinazione (per qualificazione, "è"), ma altresì quando la prestazione abbia i caratteri di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. (per conversione, "si considera")<sup>285</sup>. In tal senso, una volta conseguita la prova della mancanza di uno o di entrambi gli indici di associatività del rapporto, la relatività delle presunzioni lambisce il livello della "assolutezza".

<sup>283</sup> Cass. 24.11.2000, n. 15175, in *MGCiv*, 2000, 2433, fa riferimento alla classica distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato. E cfr. sulla strumentalità dell'apporto in associazione, inteso come conseguimento di un "risultato pratico concreto", Cass. 14 maggio 2012, n. 7426, in *D&G*, 2012, 15 maggio.

<sup>284</sup> Cfr. Russo A., *op. loc. ult. cit.* È fatta salva tanto la possibilità di integrare una ipotesi ex art. 61, quanto la prova del progetto. L'associazione in partecipazione esula dalla disciplina del lavoro a progetto (De Cristofaro, *op. loc. ult. cit.*), finendo per aggiungere al catalogo tassativo dell'art. 61 del d.lgs. 276/2003 un'altra eccezione (v. oltre). Inoltre, dato che la sussistenza del progetto impedisce la conversione, è possibile che committenti d'opera e associanti predispongano cautelativamente progetti annessi al rapporto di lavoro per «bloccare gli effetti della doppia presunzione alla "prima tappa" della coordinazione» (Mezzacapo D., *Il lavoro a progetto e le altre collaborazioni continuative e coordinate*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2014, 184). Cfr. la ricognizione delle tutele applicabili in Santoro Passarelli G., *Il lavoro coordinato e continuativo*, in Persiani, Carinci (diretto da), *Tr. dir. lav.*, Padova, 2011.

<sup>285</sup> Ci si potrebbe sommessamente interrogare sulla possibilità – già contemplata dall'abrogato art. 86 comma 2 d.lgs. 276/2003 sebbene all'interno di un congegno con spiccati elementi di specialità e ribadita dal primo periodo dell'art. 69 comma 2 d.lgs. 276/2003 – di assecondare solo in parte il meccanismo presuntivo, dimostrando il termine del rapporto di lavoro subordinato. Cfr. sul tema il giudizio negativo ampiamente argomentato di Passalacqua P., *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, Utet, 2012, 140 ss.; e Id., *Contratto di collaborazione coordinata e continuativa a termine, accertamento della subordinazione e discutibile applicazione della disciplina sopravvenuta dell'indennità riconosciuta in caso di conversione del contratto di lavoro subordinato a termine: un eccesso di vis espansiva?*, in *DRI*, 2013, 753 ss., nt. a Cass. 30.4.2013, n. 10171 (che in effetti sembra compiere proprio una operazione come quella paventata). L'A. precisa nel secondo dei due scritti citati che il ragionamento non cambia, dopo la l. 92/2012, con la "acausalità" del primo rapporto di cui all'art. 1 comma 1-bis d.lgs. 368/2001. Cfr. anche Russo, *op. loc. ult. cit.* Tuttavia, a mio sommo avviso, qualcosa potrebbe invece cambiare dopo la modifica dell'art. 1 d.lgs. 368/2001, con d.l. 34/2014, conv. mod. l. 78/2014.



Nella seconda ipotesi paventata, mancando anche i tratti delle collaborazioni processuali, si aprono due strade.

Se il contratto di associazione in partecipazione è il voluto negoziale, la mancata partecipazione agli utili o la presenza di ostacoli alla presa visione del rendiconto e all'esercizio del controllo costituiscono inadempimenti dell'associante censurabili attraverso i rimedi del diritto civile. Infatti resta pienamente legittima la scelta negoziale di un contratto di lavoro associato.

Non è escluso che il contratto privo dei requisiti legali, considerato nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. per mancanza di accordo sulla causa aleatoria ex artt. 2549 e 2553 c.c., venga convertito ai sensi dell'art. 1424 c.c. in un contratto di lavoro autonomo commutativo ex art. 2222 ss. c.c. Si aprirebbe così la strada a un recupero della "volontà obiettiva di scopo" delle parti nel campo del lavoro autonomo puro<sup>286</sup>. Se infatti una giurisprudenza ha rilevato che «ai fini della corretta qualificazione di un rapporto di lavoro [...] di norma non è rilevante la disciplina della conversione del contratto nullo di cui all'art. 1424 c.c., poiché in realtà è in questione la identificazione del reale tipo contrattuale, che deve essere correlato alle effettive caratteristiche del rapporto, quali desumibili anche dalle modalità della sua attuazione, perché nei rapporti di durata il comportamento delle parti è idoneo ad esprimere sia una diversa effettiva volontà contrattuale, sia una nuova diversa volontà»<sup>287</sup>, lo stesso non potrebbe essere sostenuto *sic et simpliciter* quando il contratto sia ad esecuzione istantanea o prolungata<sup>288</sup>. Il lavoratore autonomo avrebbe in tal caso diritto ad un compenso ai sensi dell'art. 2225 c.c.<sup>289</sup>.

<sup>286</sup> Cfr. in tal senso, in un rapido passaggio, Ghera E., *Sul lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2005, 2, 193 ss., ivi 210.

<sup>287</sup> Cass. 28.7.2004, n. 14294, in *MGCiv*, 2004, 7-8. Anche l'art. 69 comma 1, d.lgs. 276/2003, impedisce la riproduzione del ragionamento nel campo dei "rapporti di durata".

<sup>288</sup> La riconduzione allo schema contrattuale commutativo è desumibile dalla volontà ipotetica delle parti di un contratto aleatorio nullo solo qualora possano essere individuati tutti i presupposti applicativi di quella norma, non ultimi l'incoscienza della nullità (Cass. 27.2.2002, n. 2912, in *Contr*, 2002, 879) e la persistente e attuale utilità comune per le parti tra negozio nullo da convertire e nuovo negozio valido (Cass. 19.1.1995, n. 565, in *GI*, 1995, I, 1165). Il recupero del negozio a garanzia dell'interesse del committente alla prestazione d'opera (ovvero del lavoratore autonomo al compenso dovuto che era stato negato in presenza di perdite) non scardina il rapporto di scambio – riproposto intatto nel suo costrutto essenziale (lavoro personale contro corrispettivo) all'interno del nuovo schema – ma muta solamente le modalità di determinazione del compenso, ex art. 2225 invece che ex art. 2553 c.c. (non più aleatorietà ma commutatività). Il contratto d'opera è in altre parole un negozio in grado di realizzare il medesimo scopo che si erano prefissate le parti con la stipula di un contratto di associazione in partecipazione nullo (in generale, Zaffaroni M., *La conversione dell'atto invalido e il requisito della volontà dei contraenti*, in *Contr*, 2002, 879 ss.). Solo a queste condizioni il potere di conversione del giudice asseconda la volontà obiettiva delle parti senza sacrificare il pristino regolamento di interessi. La conversione dell'art. 1424 c.c. non avverrebbe sempre, trattandosi di una possibilità rimessa alla prudente valutazione del giudice. Del resto l'istituto è considerato nel sistema del codice civile una eccezione alla regola della nullità quale assoluta improduttività di effetti (in tal senso Giaimo G., *La conversione del contratto nullo. Art. 1424 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), Milano, 2012, in part. 105-106).

<sup>289</sup> In linea teorica ci si potrebbe nuovamente imbattere nel "gioco delle presunzioni". La dimostrazione dell'autonomia ex art. 2222 c.c. comporterebbe, sussistendone i presupposti di legge, il regime dell'IVA. La conseguenza dell'assoggettabilità teorica all'IVA sarebbe la possibile applicazione dell'art. 69-bis del d.lgs. 276/2003 introdotto dall'art. 1 comma 26 l. 92/2012 e, una volta scattata la presunzione di coordinazione, dell'art. 69 comma 1 del d.lgs. 276. Questo effetto non si produrrebbe interpretando nel senso di ritenere attuale e concreta l'applicazione del regime fiscale ai fini dell'utilizzabilità delle presunzioni, con il rischio però di introdurre ingiustificate disparità di trattamento nell'accesso alla presunzione sulla base del dato fiscale-burocratico della "apertura" di una partita IVA. Il tema della nuova presunzione dell'art. 69-bis d.lgs. 276/2003 meriterebbe maggiore attenzione, che non può essere qui riservata. Cfr. sulle criticità della tecnica presuntiva, sui suoi presupposti e requisiti Perulli A., *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del "lavoro a progetto"*, in *DRI*, 2013, I, 25 ss.; Santoro Passarelli G., *Lavoro a progetto e partite iva nella riforma del lavoro 2012*, in *LG*, 2012, 10, 942; e Treu T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 1, 26 ss.; Pinto, *op. ult. cit.*, 15 ss.. La disposizione è "troppo rigida" secondo Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., 13. Isolato

Infine si noti che anche il rapporto contrattuale di associazione in partecipazione attuato in violazione del limite della gestione ex art. 2552 c.c. – col fine di sottrarsi alle pretese creditorie dei terzi<sup>290</sup> – può essere convertito in *società di fatto*<sup>291</sup>. Allora, ricorrendo una gestione comune dell'impresa o dell'affare, un lavoratore nato associato in partecipazione potrebbe trasformarsi in socio d'opera ex art. 2247 ss. c.c. ed esplicitare nel rapporto societario tutti i diritti dipendenti dal suo nuovo *status*<sup>292</sup>.

La prova della non-subordinazione, ad ogni modo, risente notevolmente del *labirintismo* dei congegni presuntivi<sup>293</sup>. Il rapporto associativo dell'art. 2549 c.c. si conferma in questo quadro una silente eccezione fuori dal catalogo tassativo contenuto nell'art. 61 d.lgs. 276/2003 delle "collaborazioni senza progetto". La non-sovrapposibilità tra lavoro e progetto e associazione in partecipazione<sup>294</sup> testimonia la peculiare posizione ricoperta dalla categoria del lavoro associato nel firmamento dei rapporti di lavoro<sup>295</sup>. L'incompatibilità tra le fattispecie è sancita sul piano tipologico dall'art. 63 d.lgs. 276/2003, nuova formulazione, la cui applicazione sfalderebbe lo schema aleatorio del contratto ex art. 2549 c.c. Nell'ipotesi di applicazione integrale della disciplina del lavoro a progetto sarebbe quindi vietata la deduzione di apporti con le caratteristiche dell'art. 409 n. 3 c.p.c. in associazione. È del resto da escludere, parimenti, sia che si possa procedere a una estensione selettiva di alcune parti della disciplina organica del titolo VII del d.lgs. 276, sia che il progetto possa essere considerato *in re ipsa*<sup>296</sup>. Mi sembra in conclusione preferibile optare per la soluzione della non-interferenza tra i tipi legali e le relative discipline.

---

sostenitore dell'inapplicabilità dell'art. 69 comma 1 all'esito della "presunzione di coordinazione" (a dispetto dell'espresso e pleonastico richiamo del comma 4, art. 69-bis) Ferraro G., *Il lavoro autonomo*, in Cinelli, Ferraro, Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 142 ss. È importante sottolineare che l'art. 69-bis non trova applicazione in via diretta alle prestazioni lavorative rese all'interno di contratti di associazione in partecipazione, dato che ai sensi di quanto previsto dall'art. 5 DPR 633/1972 (come modificato dal comma 2-bis dell'art. 5, d.l. 282/2002, convertito in l. 27/2003, intervenuto a dirimere una *querelle* interpretativa) il reddito dell'associato che apporta esclusivamente prestazioni di lavoro e che non esercita per professione abituale altre attività di lavoro autonomo non è soggetto al regime fiscale dell'IVA. cfr. Renda A., *Profili tributari degli apporti di opere e servizi nel contratto di associazione in partecipazione*, in *RD Trib*, 9, 2008, 765 ss. In caso di apporto misto capitale-lavoro e di prestazioni lavorative rese da soggetti che esercitano per professione abituale altre attività di lavoro autonomo l'applicazione del regime fiscale dell'IVA, e di conseguenza dell'art. 69-bis citato, potrebbe portare a ben immaginabili conseguenze applicative paradossali.

<sup>290</sup> Cfr. Cass., sez. I, 28.10.2011, n. 22521, in *Mass. FI*, 2011, 905; ma v. anche un caso assai particolare in Cass., 21.6.1995, n. 7026 in *Ragiufarm*, 1995, f. 30, 58.

<sup>291</sup> Cfr. *a contrario* sulla potenziale utilizzabilità dell'art. 1424 c.c., nel caso affrontato esclusa solo perché la nullità era già nota, Cass., sez. I, 18.6.2008, n. 16597, in *iusexplorer*.

<sup>292</sup> Cfr. a riprova, ancora *a contrario*, la pronuncia della sez. lav. del Trib. Arezzo 6.2.2014, n. 325, in *iusexplorer*. Ciò implica che la dimostrazione del carattere societario del rapporto impedisce che le presunzioni operino, pur non essendo stati rilevati i requisiti delineati dalla norma presuntiva e salvi il diritto di partecipazione e gestione, ben più incisivi, di cui dispone il nuovo socio.

<sup>293</sup> Cfr. le osservazioni di Carinci F., *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *csdle.lex.unict.it/archive*, 2012, 15.

<sup>294</sup> Cfr. De Cristofaro, *op. cit.*, 186 ss. L'associato parasubordinato ha infatti tutte le tutele conseguenti a questo stato, ma non gli è imposto un progetto. Sembra indirettamente confermare ciò, attraverso un espediente linguistico infelice, C. App. Torino 18.5.2009, cui seguono i corretti rilievi critici di Riccardi A., *Associazione in partecipazione e prestazioni di lavoro tra qualificazioni e riqualificazioni*, in *RGL*, 2010, II, Giurisprudenza, 304 ss.

<sup>295</sup> Sul tema del lavoro associato cfr. Biagi M., *Lavoro (rapporti associativi di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XVIII, 1999. Non si giustifica invece, alla luce della disciplina codicistica e dell'analisi del tipo legale, l'assimilazione dell'associazione in partecipazione alla società, che sembra preferire Riccardi, *op. ult. cit.*, 24.

<sup>296</sup> Come sostiene Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., 436.

Un'ultima questione merita un breve approfondimento. Alcuni autori deducono dall'accento posto sui requisiti della fattispecie associativa la "neutralità assoluta" del potere direttivo e di controllo ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro associato<sup>297</sup>. La tesi è stata riproposta con rinnovata convinzione alla luce delle novità normative del 2012<sup>298</sup>.

Sembrerebbe condividere questa impostazione una parte non minoritaria della giurisprudenza di legittimità, richiamata appositamente dalla dottrina cui ho accennato<sup>299</sup>. Il tono dubitativo ("sembrerebbe") deriva dall'ambiguità delle pronunce in questione che, se nominalmente ammettono "prestazioni analoghe a quelle del lavoratore subordinato" in associazione in partecipazione<sup>300</sup>, sembrano sottintendere difficoltà di qualificazione attraverso la sussunzione classica della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, tali da far preferire un utilizzo composito di molteplici indici inclusi quelli dell'associazione in partecipazione, senza però trascurare, «nel contesto regolamentare pattizio», quelli caratteristici della subordinazione<sup>301</sup>. Il principio di diritto massimato non fa trasparire il ben più complesso e articolato contenuto di molte di queste sentenze. Non manca peraltro giurisprudenza recente che riconduce la distinzione tra associatività e subordinazione in quella, più generale, tra autonomia e subordinazione<sup>302</sup>.

A mio avviso all'analisi delle concrete modalità di svolgimento della prestazione deve sempre essere garantito uno spazio accanto ai requisiti di associatività nell'atto della qualificazione giudiziale<sup>303</sup>. Questa idea è supportata da diversi ordini di ragioni. Da una parte la subordinazione, che

<sup>297</sup> Spagnuolo Vigorita, *op. loc. ult. cit.* Il tema è complesso e non può essere affrontato qui compiutamente. V. Garattoni M., *La qualificazione giuridica del contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro e la presunta "neutralità" della prestazione di lavoro subordinato*, in *ADL*, 2007, 6, 1437 ss.

<sup>298</sup> Vallebona A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 37; Riccardi A., *I limiti alla deducibilità di prestazioni lavorative in rapporti di associazione in partecipazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 156/2012, 20 ss., in part. 24; Santoni, *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, cit., 162 ss. Aderisce Magnani, *op. loc. ult. cit.* Come nota Lepore A., *Le prestazioni di lavoro nei contratti associativi, nelle cooperative e nelle associazioni di volontariato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, 2014, 262, il presupposto del ragionamento di questi Autori è la svalutazione della nozione di subordinazione. Quindi, se l'idea di alleggerire il peso della modalità di svolgimento della prestazione è condivisibile (v. oltre), questa non si deve tradurre in una vera e propria neutralizzazione del giudizio.

<sup>299</sup> Cass. 1817/2013, cit.; Cass. 12.4.2013, n. 8928; Cass. 11.6.2013, n. 14644; Cass. 27.11.2013, n. 26522, le ultime tre in *altalex*. Questa giurisprudenza automatizza la conversione sulla base di un supposto, criticabile, "principio generale del favor verso il lavoro subordinato ex art. 35 Cost.". V. *contra par. finale*.

<sup>300</sup> Secondo Cass. 1817/2013, cit., «l'associato che offre la propria prestazione lavorativa si inserisce nell'assetto organizzativo aziendale e quindi - essendo la gestione dell'impresa nella disponibilità dell'assodante (art. 2552 cod. civ., comma 1) - si sottopone al potere direttivo di quest'ultimo. E ben possibile allora che l'espletamento della prestazione lavorativa assuma caratteri in tutto simili a quelli della prestazione lavorativa svolta nel contesto di un rapporto di lavoro subordinato». Si veda però, sulle «modalità analoghe» tra attività di associati e di subordinati nella stessa impresa, art. 69 comma 2 ult. periodo, d.lgs. 276/2003.

<sup>301</sup> Si legge ancora in Cass. 1817/2013, cit., all'atto di riportare le risultanze del giudizio di merito, che «le modalità di svolgimento del lavoro del G. non erano cambiate, essendo questi rimasto inserito nella struttura aziendale, legato al rispetto di un preciso orario di ufficio (che si ampliava in base alle esigenze del lavoro), sottoposto ad un controllo penetrante costante sul proprio operato da parte del dominus (arch. P.) e dunque sottoposto al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, senza alcuno spazio di autonomia in ordine alle modalità di estrinsecazione del rapporto essendo anzi il predetto tenuto ad "avvertire" in caso di assenza». E simile Cass. 19.2.2013, n. 4070.

<sup>302</sup> Cass. 22.5.2013, n. 12564, non mass.; Cass. 24.2.2012, n. 2884, in *RIDL*, 2013, I, 350 ss. Ma v. in generale anche Cass. 4.10.2007, n. 20791, in *GDir*, 2007, 44, 82. E nel merito Tribunale sez. lav. Teramo 14.6.2013, n. 383, e Id. 11.12.2012, n. 772 in *iusexplorer*.

<sup>303</sup> Cfr. Tosi P., *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, 4-5, 813 ss., ivi 826 ss.

comporta una soggezione personale del lavoratore all'interesse del datore, collide con l'esposizione economica dell'associato ed è perciò incompatibile con l'*alea* del contratto<sup>304</sup>. L'idea secondo la quale la distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato non dipende dall'esercizio del potere direttivo (e di controllo) che è «comune alle due forme di lavoro»<sup>305</sup> genera problemi di tassonomia dei rapporti e delle tutele, dando spazio ad una sorta di inammissibile "negoziato indiretto"<sup>306</sup> che raggiunge l'interesse organizzativo proprio del datore ex art. 2094 c.c. attraverso uno schema negoziale alternativo e incompatibile con quello imposto dalla legge. Inoltre la presunzione relativa dell'art. 1 comma 30 l. 92/2012 insiste sulla relazione prova-controprova in giudizio, confermando che la possibilità della dimostrazione "ordinaria" della subordinazione – attraverso il metodo sussuntivo ovvero tipologico – rimane intatta qualora si rivelino infruttuosi i "tentativi agevolati"<sup>307</sup>.

È da scartare invece l'analogia proposta con la figura del socio d'opera<sup>308</sup>, che, al contrario dell'associato, è in buona parte indifferente ai problemi di qualificazione in quanto "datore di se stesso".

Va però avvertito che la effettiva sussistenza dei requisiti associativi impedisce l'attivarsi dei meccanismi di agevolazione rendendo la prova della subordinazione, *di fatto*, più difficile<sup>309</sup>. La cosiddetta "neutralità della subordinazione" è quindi, semmai, l'effetto solo relativo e tendenziale della dotazione effettiva di diritti di partecipazione e poteri di controllo in capo all'associato.

#### 5. b) la professionalità (pratica o teorica) del lavoratore associato

L'ultimo periodo del comma 30 dell'art. 1, l. 92 del 2012, in un ulteriore slancio antielusivo, prevede che la medesima presunzione di subordinazione del primo periodo si applica qualora l'apporto di lavoro non presenti i requisiti di cui all'art. 69-*bis* comma 2 lett. a), cioè quando la prestazione lavorativa dell'associato non è «connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso rilevanti percorsi formativi, ovvero da capacità teorico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività». Anche i compiti semplici – quelli che non richiedono preparazione specifica né pratica né teorica – costituiscono nella visione asfittica del legislatore un indizio sintomatologico di elusione.

<sup>304</sup> Mignone G., *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *GI*, 2002, 1, 209 ss.; e v. Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, 1, 46 ss., ivi 88; e Leone G., *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs. 276/2003*, cit. 577. Questa idea è secondo me argomentabile anche direttamente ex art. 36 Cost.

<sup>305</sup> Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., 16.

<sup>306</sup> Di Paolo M., voce *Negoziato indiretto*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino 1995, 124.

<sup>307</sup> Nel senso che, in assenza di specifici meccanismi, la subordinazione andrebbe in ogni caso provata (trascurando però di argomentare anche ex art. 69 d.lgs. 276/2003), cfr. Trib. Foggia 17.2.2014, in *leggi d'Italia*; C. App. Perugia 25.6.2013, n. 99, e Cass. 26.5.2014, n. 11724, le ultime due in *iusexplorer*. M. v. diff. Cass. 3.7.2014, n. 15208, ined.

<sup>308</sup> Riccardi, *op. cit.*, 2012, 20 ss., in part. 24.

<sup>309</sup> Simile, ma con accento sulla capacità dei requisiti di ancorare momentaneamente alla qualificazione associativa del rapporto, Tosi P., *Associazione in partecipazione con la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 10, 965; e in *DPL, Commentario alla Riforma Fornero*, 2012, 144.

La norma, che fa da eccezione “contro-presuntiva” all’irrigidimento disposto a carico delle «altre prestazioni di lavoro autonomo rese in regime di partita IVA», diviene in questo campo uno strumento diretto di irrigidimento della fattispecie. Il fatto della “professionalità acquisita” ha perciò effetti differenti nei due campi in cui opera: da una parte è *escludente* poiché concorre con i requisiti della lettera b (comma 2) e del comma 3 a contenere gli effetti del “gioco delle presunzioni”<sup>310</sup>; dall’altra è *inclusivo* in quanto elemento che contraddice fino a prova contraria la genuinità del rapporto instaurato come associazione in partecipazione.

La tecnica normativa di rinvio al contenuto di una norma con una funzione differente è criticabile poiché i fenomeni regolati e l’impatto atteso dalla disposizione sono con tutta evidenza differenti.

Ad ogni modo, la carenza di competenze teoriche o di esperienza deve connotare la prestazione lavorativa di fatto svolta per garantire l’effettività della presunzione. Il grado elevato delle competenze e la rilevanza del percorso formativo e dell’esperienza pratica maturata – termini dal significato non immediato – devono collimare con l’oggetto della prestazione di lavoro che l’associato è chiamato a svolgere.

È sempre ammessa la prova contraria che potrebbe anche portare alla riconferma del rapporto associativo (cfr. par. prec. e *infra*).

Con riferimento specifico all’associazione in partecipazione la restrizione appuntata sulla “competenza lavorativa” non sembra, in sé considerata, assolutamente illogica<sup>311</sup>. Infatti si coniuga con il particolare equilibrio interno al contratto aleatorio: a. la scelta dell’associante di rinunciare ad una percentuale di utili conseguiti è più compatibile con una prestazione lavorativa “di livello” (e di valore) in grado di accrescere concretamente la redditività dell’impresa<sup>312</sup>; b. al contempo l’indice presuntivo individua nell’esperienza di studio ovvero *on the job* un fattore di forza contrattuale del lavoratore a garanzia del migliore esercizio dei diritti di controllo ex art. 2552 c.c. (invero difficili da esercitare per un soggetto “agevolmente sostituibile”). L’elevata professionalità (*recitius* competenza certificata o esperienza pre-acquisita) consoliderebbe il nesso di strumentalità intercorrente tra l’apporto e la redditività dell’impresa, e quindi la genuinità del rapporto<sup>313</sup>.

<sup>310</sup> L’espressione, che ripropongo altrove nel testo, è di Magnani M., *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., [e poi in *ADL*, 2013, 4-5, 797 ss.].

<sup>311</sup> La ritiene inopportuna Magnani, *op. ult. cit.*, 17; e cfr. con maggiore nettezza Vallebona A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 37 ss.

<sup>312</sup> Voglio dire che è realisticamente meno probabile che l’associante accetti di rinunciare ad una effettiva percentuale di utili pattuiti in cambio di una prestazione non in grado di fornire un valore aggiunto specifico all’organizzazione imprenditoriale e che avrebbe potuto pagare di meno e in misura fissa. Già Del Borrello G., *La distinzione dell’associazione in partecipazione con apporto d’opera dal lavoro subordinato con partecipazione agli utili, tra vecchio e nuovo ordinamento*, in *RIDL*, 2004, II, 565, notava la più probabile genuinità dei casi di «autonomia operativa» e «dotati di forte caratterizzazione intellettuale». Similmente, Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, I, 46 ss., ivi 88, suggeriva di valorizzare la strumentalità all’impresa dell’apporto di lavoro.

<sup>313</sup> Cass. 14 maggio 2012, n. 7426, in *D&G*, 2012, 15 maggio. Come suggeriva Carabelli, *op. loc. ult. cit.*, a fini antifraudolenti, «occorre tener *rigorosamente* conto del rapporto tra fine produttivo dell’associante e competenze professionali richieste all’associato».

Questa disposizione evoca una nozione “indiretta” di subordinazione dai marcati tratti socio-economici<sup>314</sup> e innesta nel sistema antielusivo un dato social-tipico eretto a presunzione per estromettere (tendenzialmente) le professionalità non qualificate dal campo di utilizzo del contratto<sup>315</sup>. L’agevolazione di prova basata sulla professionalità prende atto in particolare del dato statistico dell’elusione per concentrarsi sui “fattori di rischio sociale”, elevandoli al livello del giuridicamente rilevante così da sfruttare una supposta capacità di discernere tra usi leciti e figure non genuine.

È stata prospettata l’incostituzionalità della norma per violazione degli articoli 3 e 35 Cost.<sup>316</sup>, ma la censura non è del tutto convincente poiché la presunzione, sebbene non condivisibile nella postura culturale, ha comunque una sua ragion d’essere (v. *supra* sulla strumentalità dell’apporto “di valore” maggiormente compatibile col rischio) ed è pur sempre solo relativa.

Il concreto operare di questa presunzione potrebbe assottigliare ulteriormente l’oramai stretto margine di fruibilità del contratto<sup>317</sup>. Tuttavia le condivisibili critiche mosse alla disposizione ne illuminano le debolezze.

Prima di tutto, sul piano generale, non si tratta di una indicazione perspicace dato che, se sono necessarie «esperienze maturate nel concreto esercizio di attività», la stessa attività di lavoro (con identiche modalità operative) potrebbe in teoria essere considerata “genuina” se svolta da lavoratori maturi ed “elusiva” se svolta da lavoratori con una minima esperienza pregressa.

In secondo luogo la formulazione della norma non è cristallina<sup>318</sup>. Il principale dubbio interpretativo concerne il contenuto delle «competenze teoriche» ovvero della esperienza tecnico-pratica che soddisfano il “requisito”. La norma non identifica le tipologie professionali adatte all’associazione in partecipazione, ma si limita ad imporre un *know-how* consolidato dal tempo o sancito da una certificazione adeguata. Nel primo caso sembrerebbe necessaria una pregressa maturazione di conoscenze lavorative ottenute sul campo, nel secondo sarebbe sufficiente un titolo di studio idoneo all’attività di lavoro da svolgere<sup>319</sup>. Si tratta di indicazioni che il giudice non potrà che misurare discrezionalmente, caso per caso. Sugli esiti di questa operazione non v’è alcuna certezza.

<sup>314</sup> Cfr. C. cost. 5.2.1996, n. 30, in *D&L*, 1996, 615.

<sup>315</sup> Come già sembrava suggerire, con un ragionamento ben più ampio e corposo perseguendo l’intenzione di introdurre una nozione socio-economica di subordinazione, Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 414. Un’operazione analoga, nell’approccio culturale, si è fatta con riferimento al lavoro a progetto, dal quale sono esclusi i compiti meramente esecutivi e ripetitivi (art. 61 d.lgs. 276/2003), automaticamente, a mezzo dell’art. 69, imputati all’area della subordinazione. La cosiddetta subordinazione socio-economica, che non ha quasi mai trovato spazio nell’*ermeneusi* giurisprudenziale, sembra ora recuperata per via legislativa.

<sup>316</sup> Vallebona, *op. ult. cit.*, 37.

<sup>317</sup> Peraltro nel caso specifico dell’associazione in partecipazione il livellamento opera anche “verso l’alto” se si considera che dal contratto sono anche escluse le professioni “onorate e decorate” ex art. 2229 ss. c.c. poiché il compenso del professionista non può essere aleatorio (cfr. art. 2233 comma 2 c.c.). Il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro sembrerebbe quindi adatto alle sole professionalità medie e in ogni caso non contigue, nella attività svolta, a lavoratori subordinati (v. anche oltre).

<sup>318</sup> V. Bubola G., Pasquini F., Venturi D., *Le partite IVA*, in Magnani e Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, 2012, 175 e Ferraro G., *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *DRI*, 567 ss., ivi 601-602.

<sup>319</sup> Cfr. Ferraro G., *Il lavoro autonomo*, cit., 146. Solo in relazione alla singola vicenda lavorativa il giudice sarà in grado di postulare la “professionalità” del lavoratore. V. il tentativo inevitabilmente schematico, quasi “litolizzato”, della circolare ministeriale del 27 dicembre 2012, n. 32, in *DRI*, 2013, 1, 206 ss.

Inoltre il lavoratore interessato a far valere la presunzione dovrà dedurre in giudizio la propria “incompetenza curriculare” al momento della stipula del contratto. Di conseguenza, in caso di “trasformazione” del rapporto, l’identificazione del livello retributivo potrebbe risultare a lui sfavorevole.

Infine è dubbio come questo indice sintomatologico della “debolezza contrattuale” si combini con gli altri indici presuntivi (effettiva partecipazione agli utili e consegna del rendiconto). A mio avviso, una volta chiarita la sussistenza della partecipazione e del controllo (o una volta dimostrata la natura autonoma ex art. 2222 c.c. del rapporto; v. *supra*) è dubitabile che l’indice in questione possa tornare utile<sup>320</sup>. Infatti, la genuinità del rapporto associativo (o autonomo puro) costituisce già un valido elemento di controprova quando la prova della subordinazione sia stata raggiunta attraverso il metodo, contro-intuitivo, introdotto dal combinato degli articoli 1 comma 30 l. 92/2012, periodo finale, e 69-bis comma 2 lett. a) d.lgs. 276/2003.

Per tutte queste ragioni la presunzione relativa analizzata in ultimo può essere considerata una sorta di “eccipiente” (o, se si preferisce, “accessorio”) dell’apparato anti-elusivo.

#### **6. c) l'attività dell'associato in partecipazione svolta con modalità analoghe a quelle dei dipendenti dell'associante**

L’art. 1 comma 23, lett. g), della l. 92/2012 ha aggiunto un periodo finale al secondo comma dell’art. 69, d.lgs. 276/2003. La norma consiste in una presunzione relativa di subordinazione avente come presupposto che «l’attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell’impresa committente». Si applica a tutti i rapporti di lavoro autonomo ex art. 409 n. 3 c.p.c., anche (e non solo) a progetto, e quindi, potenzialmente, ai rapporti di associazione in partecipazione in cui l’apporto presenti i caratteri della norma processuale.

L’ambito della comparazione tra attività dei lavoratori autonomi-associati e subordinati è la medesima impresa, datrice, committente o associante.

L’efficacia *ex tunc* («fin dalla costituzione del rapporto») della presunzione ne accentua il carattere sanzionatorio, rendendola, dal punto di vista degli effetti nel tempo – e salvo il carattere solo relativo – più simile alla conversione dell’art. 69 comma 1, che non alla prima presunzione del comma 2.

Il comma 2 dell’art. 69 d.lgs. 276 accoglie, a ben vedere, due presunzioni molto differenti per ambito di applicazione, negli effetti nonché per la tecnica utilizzata. Mentre il primo periodo ricorda pleonasticamente la “riqualificabilità giudiziale” del lavoro a progetto quando si ravveda

---

<sup>320</sup> Cfr. Bubola G., Pasquini F., Venturi D., *L’associazione in partecipazione con apporto lavorativo*, in Magnani e Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, 2012, 192. In senso opposto v. Russo, *op. ult. cit.*, ma in questo caso, se l’indice della “qualifica” avesse priorità si risolverebbe sostanzialmente in una “presunzione assoluta” (a fronte di rapporti genuinamente associativi) per le professionalità prive del requisito ex art. 69-bis comma 2 lettera a). In altre parole l’elevata professionalità diverrebbe requisito della fattispecie essa stessa.



subordinazione<sup>321</sup>, l'ultimo periodo riproduce in chiave squisitamente sanzionatoria una sorta di "tecnica indiziaria" fondata sulla – incerta – identificazione delle «modalità analoghe»<sup>322</sup>. L'accostamento di due presunzioni assai diverse all'interno del medesimo comma è perciò stridente.

Il metodo comparativo adottato appare poco proficuo<sup>323</sup>, soprattutto a causa delle notevoli difficoltà interpretative della formula "modalità analoghe".

Un'accezione ristretta di questa espressione, riferibile per esempio agli indicatori tipologici e/o ai tratti caratterizzanti della subordinazione, metterebbe in discussione la "patente" di relatività della presunzione. La coincidenza tra indici della subordinazione e modalità analoghe, infatti, renderebbe assoluta una presunzione dichiaratamente relativa<sup>324</sup>.

Diversamente, una interpretazione a maglie larghe, tesa a riconoscere analogia nelle modalità di svolgimento a fronte di concreti indicatori esterni alla prestazione, appare più in linea con il carattere repressivo della disposizione<sup>325</sup>. Tuttavia gli effetti della norma con questo significato sarebbero dirompenti<sup>326</sup>.

Lo spunto del legislatore è tratto, verosimilmente, da quella giurisprudenza che ha enucleato fattori di elusione significativi talvolta con riferimento all'identità degli strumenti del lavoro<sup>327</sup>, talaltra con riferimento alla medesimezza del criterio organizzativo tra lavoratori subordinati e autonomi<sup>328</sup>, o ancora con rilievo generico sulla analogia dell'attività lavorativa tra lavoratori subordinati e associati in partecipazione<sup>329</sup>. La trasposizione legale di presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. all'interno di una presunzione legale relativa a carattere sanzionatorio non sembrerebbe tenere in considerazione che nei casi giurisprudenziali cui ci si è ispirati quegli elementi collaborano con altri, maggiormente decisivi, a formare il convincimento del giudice. Sarebbe quindi opportuno allineare il valore della norma alla sua fonte di ispirazione: non è sufficiente una "coincidenza

<sup>321</sup> Lascia anche aperta la strada alla verifica della «tipologia di lavoro subordinato» di fatto instaurata (a termine, a tempo parziale etc.). Il fatto che questa parte della norma non trovi applicazione all'associazione in partecipazione non implica alcuna preclusione in ordine al riconoscimento della natura subordinata del "rapporto fittizio" instaurato con il contratto ex art. 2549 c.c.

<sup>322</sup> La dissuasione esasperata dall'utilizzo delle collaborazioni finisce per svalutare la capacità selettiva della disciplina del lavoro a progetto, poiché si impone una "seconda selezione" sulla base di non meglio precisate "modalità analoghe" dell'attività di lavoro. Questa operazione non può che contribuire all'addensamento di un "alone di sospetto" intorno a queste tipologie lavorative. In tal senso Santoro Passarelli G., *Diritto dei lavori*, 2013, Giappichelli, 516.

<sup>323</sup> Cfr. ex plurimis Ferraro, *Il lavoro autonomo*, cit., 137-139.

<sup>324</sup> Perulli A., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *LD*, 2012, 541 ss.

<sup>325</sup> Il riferimento potrebbe essere, secondo una equilibrata impostazione, a tutte quegli «indicatori esterni o elementi da soli insufficienti [...] ma considerati idonei, nella logica di sospetto che pervade la riforma, a fondare una presunzione relativa di subordinazione per il solo fatto di essere riscontrabili anche nelle prestazioni rese dai lavoratori subordinati» (Mezzacapo D., *Il lavoro a progetto e le altre collaborazioni continuative e coordinate*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Milano, 2014, 173).

<sup>326</sup> Alcuni rapporti catalogati tra le eccezioni dell'art. 61 d.lgs. 276/2003 – come l'agenzia e, in quanto "eccezione silente", la stessa associazione in partecipazione – potrebbero risultare fortemente penalizzati dalla novella se si considera che l'attività lavorativa in questi rapporti è spesso svolta con "modalità concrete analoghe" all'attività dei dipendenti (ad esempio: condivisione di spazi o postazioni o mezzi di lavoro, inclusi apparati *hardware* e dotazioni *software*).

<sup>327</sup> Cass. 30.1.2007, in *D&L*, 2007, 2, 443

<sup>328</sup> Cass. 10.7.2012, n. 11538, in *FI*, 2012, I, 10, 2624.

<sup>329</sup> Cfr. Cass. 11.6.2013, n. 14644, cit., che inserisce tra gli elementi comprovanti l'elusione il fatto che «l'attività dei lavoratori era del tutto analoga a quella dei commessi addetti alla vendita, mentre non era stata comprovata l'asserita autonomia nello svolgimento delle mansioni». V. anche Cass. 20.9.2010, n. 19833, in *GDir*, 2010, 47, 72.



operativa singolare” per far scattare la presunzione, bensì si necessita, ai fini del criterio di analogia, la prova di una sommatoria di elementi fattuali altamente significativi. Resta però elevato il livello di discrezionalità giudiziale aperta da questa zoppicante formulazione.

La norma, peraltro, potrebbe apparire intrinsecamente incongruente. L'esistenza di una collaborazione *ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, anche a progetto, è il presupposto d'individuazione del campo di applicazione soggettivo della disciplina. Questo stesso elemento dovrebbe anche costituire l'oggetto della prova contraria a carico del committente. Un medesimo fatto non può avere la doppia veste di presupposto applicativo e controprova finale, salvo rendere inattuabile per vizio di logicità la presunzione stessa: una volta individuato il campo di applicazione la prova contraria verrebbe *ipso iure* conseguita cosicché l'accertamento delle modalità analoghe sarebbe privo di conseguenze.

Si potrebbe però ipotizzare, attraverso una forzatura letterale in linea il carattere “solo probatorio” delle presunzioni relative, che il campo di applicazione indichi i rapporti formalmente inquadrati nell'area dell'art. 409 n. 3 c.p.c., di modo che, una volta accertate le modalità analoghe e ribaltato l'onere, la contro-prova verta sia, in prima battuta, sulla afferenza sostanziale del rapporto al gruppo delle collaborazioni coordinate e continuative della norma processuale, sia, se necessario, sulla sussistenza di un valido progetto<sup>330</sup>.

Ad ogni buon conto la presunzione non è azionabile per «le prestazioni di elevata professionalità» che possono (e non devono) essere individuate da determinati contratti collettivi. L'esclusione, che si deve ritenere operante anche in assenza di interventi di fonte collettiva<sup>331</sup>, rivela, in un quadro confuso, un elemento di coerenza con la presunzione che sfrutta gli indicatori dell'art. 69-bis comma 2 lett. a (v. *supra*). Ricorre ancora una volta, come un motivo conduttore, il pregiudizio della corrispondenza tra subordinazione e prestazioni di basso livello, non comprovato in senso assoluto dai fatti né avallato dalla giurisprudenza. Si tratta però, in questo frangente, di un elemento utile a moderare gli effetti della norma presuntiva.

## 7. Il limite numerico degli associati tra rilievi di incostituzionalità e dubbi di opportunità.

Il più significativo intervento limitativo ha riguardato il “lato quantitativo” dell'utilizzo del contratto.

Il legislatore con il comma 28 dell'art.1, l. 92/2012, che ha aggiunto un secondo comma all'art. 2549 c.c., ha adottato un metodo *empiristico* per arginare le criticità della qualificazione. La norma individua un numero massimo di tre associati il cui apporto consista anche in una prestazione di lavoro, per una medesima attività. Il superamento del limite determina la trasformazione del rapporto con tutti gli associati in lavoro subordinato.

<sup>330</sup> Marazza M., *Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti*, in <http://csdile.lex.unict.it/archive>, 19. L'emersione dei caratteri tipici del contratto associativo *ex art. 2549 c.c.*, inoltre, consentirebbe – in armonia con la resilienza del lavoro associato rispetto alla disciplina limitativa degli articoli 61 ss. d.lgs. 276/2003 – di evitare la prova del progetto, aggirando l'ultima fase del meccanismo “a doppio scatto” messo in funzione dal legislatore (v. *supra*).

<sup>331</sup> Marazza, *op. loc. ult. cit.*

Al di là della ricostruzione della genealogia della norma (v. oltre, con riferimento alla medesima attività), l'intento pragmatico di ridurre il numero dei contratti di associazione in partecipazione sembra aver dominato la visione del legislatore ed è dunque criterio interpretativo pregnante per dirimere alcune questioni sorte intorno ad una formulazione a tratti ostica.

Il meccanismo forzoso di conversione legale segue un modello differente dalla conversione sostanziale ex art. 1424 c.c. Mentre quest'ultima presuppone sempre una indagine approfondita e la ricostruzione della volontà obiettiva delle parti negoziali e dello scopo perseguito<sup>332</sup>, l'art. 2549 comma 2 c.c. ripropone invece una tecnica già sperimentata con l'art. 69 d.lgs. 276/2003 in materia di lavoro a progetto, incentrata sulla *forza attrattiva* della disciplina del rapporto di lavoro subordinato in funzione sanzionatoria<sup>333</sup>. Sulla scorta della pregressa esperienza in materia di lavoro a progetto, la trasformazione è stata infatti fin da subito interpretata come una "invincibile". È lampante però una differenza con l'art. 69 citato: mentre il progetto è, ai sensi dell'art. 67 d.lgs. 276/2003, l'oggetto del contratto e quindi è concepibile che la sua assenza, alterando la struttura del tipo legale imposto, giustifichi la punizione della subordinazione, il numero degli associati è elemento esterno alla relazione contrattuale, a prima vista disallineato rispetto ai caratteri del tipo legale. Quindi – potrebbe argomentarsi – il carattere "assoluto" della trasformazione si giustifica meno e potrebbe anche apparire irragionevole.

La conversione ex art. 2549 comma 2 c.c. coarta, sulla base del mero dato numerico, la volontà negoziale delle parti prescindendo del tutto dalle effettive modalità di svolgimento della prestazione, nonché dalla sussistenza dei requisiti del contratto. La legge ordinaria finisce per "disporre del tipo" associazione in partecipazione, che non troverebbe spazio nella tutela offerta dall'art. 35 Cost. al lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni». Per tali ragioni una parte della dottrina ha considerato queste restrizioni «palesamente incostituzionali»<sup>334</sup>.

A tal proposito va detto che la Corte costituzionale in materia di lavoro a progetto, a fronte della rimessione di una questione di costituzionalità sulla disposizione transitoria che imponeva la cessazione anticipata dei rapporti di collaborazione ex art. 409 n. 3 c.p.c. (art. 86 comma 1 d.lgs. 276/2003), ha ritenuto fondata la questione con argomenti che non solo non potrebbero essere riprodotti identici anche per la "norma sostanziale" dell'art. 69 comma 1 d.lgs. 276/2003, ma che, anzi, avvalorano l'idea della sua piena legittimità costituzionale<sup>335</sup>. Queste conclusioni potrebbero essere trasfuse senza ostacoli nel campo dell'associazione in partecipazione, con riferimento al secondo comma dell'art. 2549 c.c. Del resto, se, come più volte precisato dalla Consulta, il tipo

<sup>332</sup> Diff. Giaimo G., *La conversione del contratto nullo. Art. 1424 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, cit., 2012, in part. 53 ss. e v. nota in par. 4.

<sup>333</sup> Su cui cfr. Panci M., *La conversione ex art. 69 comma 1 del d.lgs. 276/2003, la compressione dell'autonomia privata individuale tra dubbi di legittimità costituzionale e "interpretazioni correttive"*, in *RIDL*, 2011, II, 323 ss.

<sup>334</sup> Vallebbona A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 37; v. anche Tosi, *op. ult. cit.*, 142. Santoni F., *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, *op. cit.*, 169-170. *Contra* Giasanti L., voce *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Diritto online* (Treccani). E cfr. in generale sul principio di indisponibilità D'Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 63 ss.; e più di recente Luciani V., *Lavoro a progetto, indisponibilità del tipo contrattuale e rimodulazione delle tutele*, in *RIDL*, 2010, I, 287.

<sup>335</sup> Su C. cost. 5.12.2008, n. 399, in *LG*, 2009, 3, 247 ss. cfr. in tal senso Panci, *op. cit.*, 328 e sugli altri profili anche 331 ss.; *contra* Ichino P., *Collaborazioni autonome continuative: quando il divieto va contro il proprio scopo e quando no*, in *RIDL*, 2009, II, 306, 307.

legale lavoro subordinato non è a disposizione del legislatore nel senso che non si potrebbe attribuire *ex lege* una qualificazione “non subordinata” ad un rapporto di lavoro effettivamente subordinato<sup>336</sup>, lo stesso non può essere sostenuto «a titolo capovolto»<sup>337</sup> per il lavoro autonomo o per il lavoro associato in partecipazione<sup>338</sup>.

Nel nostro caso, peraltro, non sarebbe stata neppure placidamente incostituzionale la scelta di vietare apporti di lavoro in un contratto aleatorio con causa di finanziamento<sup>339</sup>. Un simile divieto, sebbene nell’ottica del mercato inopportuno, non intaccherebbe in modo decisivo la libertà di iniziativa economica *ex art.* 2, 3, 41 e 42. Opinando diversamente si dovrebbe ammettere che qualsiasi limitazione di strumenti negoziali a disposizione dell’impresa possa comportare una violazione costituzionale. Le norme restrittive realizzano invece il precetto costituzionale dell’art. 41 in quanto componenti di quel perimetro esterno dell’utilità sociale, *giuridificato* di volta in volta dal legislatore.

Se non può “palesemente” – cioè per l’effetto che determina, in sé e per sé, e sulla base del principio di “indisponibilità del tipo” – essere affermata l’incostituzionalità della disciplina, qualche dubbio investe la ragionevolezza della scelta di politica del diritto: è vero che l’associazione in partecipazione è contratto prestato ad assecondare gli intenti elusivi – ed è proliferato in un mercato del lavoro rigido in cui il rapporto più garantito è anche il più costoso – tuttavia il metodo quantitativo-numerico di individuazione del limite di tollerabilità soffre di una forma di ipertrofia negli effetti sia poiché omette di prendere in considerazione le dimensioni dell’impresa, sia nel senso che potrebbe penalizzare situazioni genuine.

Quanto al primo rilievo, è un fatto che l’attività d’impresa di dimensioni più piccole appare avvantaggiata poiché il limite numerico di tre associati corrisponde ad un percentuale in proporzione maggiore di assunti. Colpire in modo più incisivo il “grande abuso” è stato del resto l’obiettivo scientemente perseguito dal legislatore<sup>340</sup>. Potrebbe sollevarsi qualche perplessità, anche alla luce degli art. 3 e 41 Cost., sulla macroscopica differenza di incidenza del contingentamento a seconda delle dimensioni dell’impresa associante. E tuttavia, come è stato osservato, la previsione di un limite percentuale misurato sul totale degli assunti (come *ex art.* 1 comma 1 d.lgs. 368/2001) avrebbe reso la norma contraddittoria poiché l’associazione in partecipazione realizza un «modello organizzativo alternativo» al lavoro subordinato<sup>341</sup>.

Per quanto riguarda il secondo rilievo, è altrettanto evidente che l’effetto del superamento del limite di contingentamento travalica le necessità di tutela legate al mantenimento di un numero

<sup>336</sup> Sul principio di indisponibilità cfr. le storiche sentenze C. cost. 29.3.1993, n. 121, *FI*, 1993, I, 2432, e C. cost. 31.3.1994, n. 115, *FI*, 1994, I, 2656. Cfr. Scognamiglio R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, I, 95 ss.; D’Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 63 ss.

<sup>337</sup> Ancora Panci, *op. cit.*, 328.

<sup>338</sup> Con riferimento al solo lavoro autonomo, in tal senso, si legga Santoro Passarelli G., *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, 2004, 27 ss. In tal senso Cass. 5.9.2005, n. 17759, in *RIDL*, 2006, 552 ss.

<sup>339</sup> Cfr. già Russo, *op. ult. cit.*

<sup>340</sup> La ragione potrebbe essere rinvenuta nella stessa *struttura normale* del contratto, che comprende l’effettiva partecipazione ai risultati positivi senza dover subire condotte scorrette da parte dell’associante volte a ridurre fittiziamente la quota spettante all’associato (cfr. infatti i poteri legali dell’associato *ex art.* 2550 e 2552 c.c.; e la tutela contro le “rivalse” dei terzi *ex art.* 2551 c.c.).

<sup>341</sup> Russo, *op. ult. cit.*, in risposta alla dottrina che suggeriva di introdurre una percentuale.

esiguo di associati, poiché la conversione li coinvolge indifferentemente tutti. Anche le associazioni genuine verrebbero travolte *ex post* dall'ondata "a ritroso" della conversione pur essendo state validamente stipulate<sup>342</sup>. Inoltre il riferimento alle prestazioni «anche di lavoro» fa rientrare nel campo di applicazione della norma gli apporti misti capitale-lavoro. È vero che la *ratio* inclusiva permette di evitare facili vie di fuga dalla conversione con il mascheramento di prestazioni di solo lavoro dietro apporti di capitale esigui o addirittura fittizi. E tuttavia non si prende in considerazione l'ipotesi di una assoluta "*subvalenza*" della prestazione di lavoro con il serio pericolo di coinvolgere nei processi di conversione *ope legis* non solo lavoratori autonomi *ex art.* 2222 c.c. ma persino imprenditori individuali<sup>343</sup>. È difficile adeguare la norma per renderla ragionevole (limitando l'effetto della conversione ai soli assunti in sovrannumero o agli apportatori di solo lavoro) se non attraverso operazioni apprezzabili nell'ottica sistematica ma contro-letterali<sup>344</sup>.

La valutazione della norma in dottrina è nel complesso negativa. Con riferimento ai profili trattati sono stati proposti adeguamenti, per correggere tanto l'inopportunità quanto la potenziale incostituzionalità dell'art. 2549 comma 2 c.c.<sup>345</sup>, non senza rimarcare il rischio che si producano effetti paradossali nonché incentivi ad affinare le tecniche elusive o a preferire la "evasione totale"<sup>346</sup>.

### 7.1 (segue) La medesima attività

Il secondo comma dell'art. 2549 c.c. è formulato in omaggio a un "canone repressivo" che si è riflesso sulla sua fluidità logica e letterale.

Un primo punto della norma a prima vista oscuro è rappresentato dall'inciso «indipendentemente dal numero degli associanti»<sup>347</sup>. La precisazione è priva di significato giuridico apprezzabile poiché il rapporto di lavoro instaurato con un contratto di associazione in partecipazione è sempre bilaterale. Nella sostanza il legislatore potrebbe aver inteso prevenire «fenomeni fraudolenti di frazionamento dell'attività economica»<sup>348</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, non si porrebbe un problema di "numero degli associanti", ma semmai di identificazione dell'unico associante, «centro di una raggiera» cui fanno capo i singoli associati<sup>349</sup>.

Chiarito ciò, è necessario enucleare la nozione di «medesima attività», che identifica l'ambito

<sup>342</sup> Sono in ogni caso esenti sia dal conteggio sia dalla trasformazione i rapporti inclusi nelle eccezioni legali (v. par. succ.).

<sup>343</sup> Lo nota Russo, *op. ult. cit.*

<sup>344</sup> La scelta di travolgere tutti i rapporti in essere è stata criticata e potrebbe in effetti essere a rischio di incostituzionalità per contrarietà all'art. 3 Cost.. La norma sarebbe secondo alcuni da interpretare in senso correttivo (Russo, *op. ult. cit.*), ma risponde a ben vedere sia all'intento pratico di evitare difficoltà di calcolo e di individuazione del momento di "acquisizione della tutela", sia alla volontà di evitare differenze di trattamento tra i lavoratori associati difficilmente giustificabili. Un analogo problema è sollevato infatti dalla dottrina in materia di contratto a termine: cfr. la ricostruzione di Preteroti A., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, a cura di Santoro Passarelli G., 2013, 361 ss., ivi 386.

<sup>345</sup> Cfr. Ferraro G., *Il lavoro autonomo*, *op. cit.*, 154-155, anche in relazione alla moltiplicazione delle discipline transitorie; e in prec. v. Id., *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *RIDL*, 2012, I, 606 ss.; cfr. anche Diamanti R., *L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro. Evoluzione giurisprudenziale e interventi legislativi*, in *RIDL*, 1, 2013, 57 ss. Pesa anche il giudizio negativo di Treu T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 1 ss., ivi 33.

<sup>346</sup> Cfr. Proia G., *I "cortocircuiti" tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, in *ADL*, 2013, 4-5, 791-792.

<sup>347</sup> Cfr. Riccardi, *op. cit.*, 6-7.

<sup>348</sup> Russo, *op. ult. cit.*; e condivide Santoni, *op. ult. cit.*, 170.

<sup>349</sup> Ghidini M., voce *Associazione in partecipazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1958, 858.

oggettivo del contingentamento numerico. Si tratta di un snodo fondamentale per verificare le conseguenze reali della norma.

Una parte della dottrina ha tentato di moderare gli effetti dirompenti della disciplina interpretando la «medesima attività» come la “stessa attività lavorativa”. In questa accezione l’obiettivo perseguito dal legislatore sarebbe di evitare la standardizzazione delle prestazioni<sup>350</sup>. Sebbene si tratti di un’ipotesi suggestiva e non priva di ragionevolezza pratica, mi sembra che lettera e *ratio* della norma favoriscano l’idea che per attività si debba intendere “attività d’impresa” ovvero “attività economica organizzata”. In tal modo si evita tanto l’oscuramento del fine anti-fraudolento della normativa (che invece è come detto criterio ermeneutico determinante), quanto il disagio interpretativo derivante dal tentativo di individuazione della “medesima attività lavorativa”<sup>351</sup>.

Una volta che ci si sia posti «dall’angolazione dell’oggetto dell’impresa»<sup>352</sup>, il significato esatto da attribuire alla locuzione che identifica l’ambito di applicazione dell’art. 2549 co. 2 c.c. rimane dubbio. Non è chiaro se si riferisca ad un ramo di attività, ad una singola unità produttiva ovvero all’impresa nel suo complesso. Ragionare sulla genesi della disposizione può aiutare.

La finalità antielusiva della disposizione sembrerebbe legarsi indirettamente alla previsione dell’art. 2550 c.c. nella sua funzione di preservare intatta la qualità del rischio che si assume l’associato con la stipula del contratto<sup>353</sup>. La relazione di rischio tra associante gestore e associato apportatore attiene alla particolare struttura del sinallagma, angolo prospettico da cui si è posto il legislatore: la conservazione della rischiosità è possibile se l’associazione in partecipazione non è contratto di massa o in serie. Il controllo numerico degli associati è perciò una specificazione delle dinamiche di rischio interne. In particolare, esprime l’interesse egoistico di ciascun associato ad assumere precauzioni contro un eccesso di concorrenza interna<sup>354</sup>, concretamente sussistente quando più soggetti facciano riferimento al medesimo centro di imputazione. In altre parole, il limite dei tre associati, ispirato dalla garanzia di un interesse economico-giuridico proiettato nella relazione contrattuale, rafforzerebbe di fatto la facoltà di prestare un consenso preventivo riconosciuta dall’art. 2550 c.c.

Non si può però ignorare che la violazione di questa disposizione darebbe in via ordinaria all’associato non consenziente solamente un diritto al risarcimento del danno o all’esercizio del rimedio solutorio, senza alcuna conseguenza sui rapporti posti in essere in violazione del limite legale ex art. 2550 c.c. L’art. 2549 comma 2 c.c. dispone invece una sanzione che contraddice apertamente la conservazione della rischiosità poiché impone alle parti un regolamento negoziale pienamente commutativo.

<sup>350</sup> Leone, G., *L’associazione in partecipazione*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Mazzotta O., De Luca Tamajo R. (a cura di), Padova, 2013, 657; e Lepore A., *Le prestazioni di lavoro nei contratti associativi, nelle cooperative e nelle associazioni di volontariato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, 2014, 262. Sulla standardizzazione delle prestazioni come indice di subordinazione cfr. Cass. 21.2.2012, n. 2496, in *Foro it.*, 2012, I, 2289. La limitazione a tre associati per ciascuna “tipologia di lavoro” non impedirebbe una più sottile standardizzazione “a gruppi di tre”.

<sup>351</sup> Ferraro G., *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *RIDL*, 4, 2012, 567 ss.

<sup>352</sup> Tosi P., *Associazione in partecipazione*, in *DPL, Commentario alla Riforma Fornero*, 2012, 142: id., *L’improbabile equilibrio [...]*, cit., 826; e Magnani, *op. ult. cit.*, 16.

<sup>353</sup> Leggasi in generale sulla mutazione del rischio Ghidini, *op. ult. cit.*; *contra ex plurimis*, sulla irrilevanza qualificatoria dell’immutabilità del rischio, Santojanni M., *Sulle differenze fra contratto di lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *RTDPC*, 1963, I, 358, *ivi* 361-362. E cfr. Cass. 7.2.1962, n. 253, in *RDComm*, 1962, II, 396.

<sup>354</sup> Così la relazione al codice civile n. 1034.

La sanzione della conversione rivela allora che la “tutela del rischio” dell’associato genuino ex art. 2550 c.c. ha rappresentato una mera fonte di ispirazione. Lo scopo perseguito, ben più concreto, è la falciatura quantitativa del numero degli associati sulla base di un pregiudizio probabilistico non verificabile.

Ad ogni modo individuare il principio ispiratore del limite degli associati (l’art. 2550 c.c.) torna utile a fini esegetici per enucleare il significato di “medesima attività”. Se il numero massimo di associati trova ragione nell’imputazione alla stessa controparte dell’onere di non intaccare la qualità del rischio assunto da ciascun associato, è fondato ritenere la “medesima attività” quella che produce effettivamente gli utili corrisposti agli associati, cioè l’impresa o l’affare cui gli utili sui quali si calcola la percentuale di spettanza dell’associato sono imputati. Del resto l’associazione in partecipazione è sempre *all’impresa* o *all’affare*, cioè presuppone l’attività economica con fine di profitto dell’associante.

Questa tesi è sostenibile anche da un punto di vista pratico. Non si deve dimenticare infatti che nel dettare la disciplina limitativa il legislatore ha ragionato “per constatazioni empiriche”. Il problema della «medesima attività» può allora essere meglio compreso se contestualizzato. Spesso gli associati (soprattutto quelli fittizi) lavorano presso negozi di vendita diretta al pubblico che hanno un proprio “bilancio” ossia un proprio conto dei profitti e delle perdite per misurare la capacità produttiva<sup>355</sup>. Il riferimento obiettivo non è stato perciò “all’impresa” identificata come il complesso della macro-attività organizzata, ma alla singola attività economicamente strutturata – *id est* dotata di propria autonoma e misurabile capacità di profitto – in cui l’impresa si ramifica. Ogni “negozio” non può avere più di tre associati. In assenza di un conto dei profitti e delle perdite non si può parlare di attività economicamente strutturata e quindi non è possibile misurare il rischio; si dovrà di conseguenza prendere in considerazione l’ambito maggiore, cioè l’impresa madre o comunque la struttura di livello superiore che soddisfa la condizione di autonomia economica e di bilancio. La “medesima attività” va perciò individuata in concreto.

La disposizione, a distanza di tempo, non sembra aver ancora trovato applicazione giudiziale<sup>356</sup>. Probabilmente ciò è dovuto sia all’assolvimento di una funzione general-preventiva, sia alla copertura concessa dalla stessa l. 92/2012, art.1 comma 29, che ha impedito l’operatività del meccanismo sanzionatorio verso i contratti certificati prima dell’entrata in vigore della norma, sia infine alle corse ai ripari delle parti collettive e poi dello stesso legislatore (v. *infra*).

## 7.2 (segue) Le eccezioni alla conversione

Non sono computabili nel numero legale i familiari dell’associante, se parenti entro il terzo grado o affini entro il secondo<sup>357</sup>, nonché, ai sensi del comma 3 dell’art. 2549 c.c., gli associati ad imprese a scopo mutualistico individuati mediante elezione dall’organo assembleare di cui all’articolo 2540 c.c., il cui contratto sia certificato ai sensi degli art. 75 ss. d.lgs. 276/2003, nonché infine,

<sup>355</sup> Il caso *Golden Lady* fa scuola (v. oltre).

<sup>356</sup> Cfr. l’isolato riferimento in Trib. Bologna 10.1.2014, in *iusexplorer*.

<sup>357</sup> Cfr. art. 2549 comma 2, che definisce questa “l’unica eccezione”. La selezione è coerente con l’art. 230-bis c.c. Tuttavia la norma non è “lucida”. Traspare al contrario la confusione del legislatore: se l’associante è un ente societario, come più spesso accade, chi sono i parenti e gli affini? Cfr. le questioni sollevate sul tema specifico da Russo, *op. ult. cit.*

indipendentemente dal carattere mutualistico dell'impresa e dalla certificazione dei contratti, il «rapporto fra produttori e artisti, interpreti, esecutori, volto alla realizzazione di registrazioni sonore, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento»<sup>358</sup>.

Le eccezioni, seguendo la lettera dell'articolo, operano sia rispetto al numero totale sia rispetto alla conversione, nel senso che una volta superato il tetto si considerano di lavoro subordinato i rapporti con «tutti gli associati» ma non con i lavoratori inclusi nelle eccezioni ai quali il comma 2, semplicemente, non trova applicazione<sup>359</sup>.

Il regime delle esenzioni assolve concretamente una funzione di bilanciamento selettivo della brutalità della conversione disposta dal secondo comma, impedendo effetti perversi per soggetti dotati di determinate caratteristiche (il legame familiare) ovvero in settori che sarebbero risultati eccessivamente penalizzati dalla novella o in ogni caso considerati meno perniciosi. Peraltro, diversamente da quanto previsto al comma 29, art. 1, l. 92/2012, i contratti di associazione in partecipazione dei soci di cooperativa possono essere certificati con l'obiettivo di schermare dalla previsione sanzionatoria anche in un momento successivo all'entrata in vigore della norma, purché non sia già in atto un accesso ispettivo. Alla certificazione viene attribuita dalla legge una rilevante funzione di garanzia, soprattutto se si considera la sfiducia generalizzata verso il contratto ex art. 2549 c.c.

Le esclusioni non identificano aree immuni né dalla riqualificazione giudiziale né dalla conversione ex art. 2549 comma 2 c.c. Tuttavia consentono di circoscrivere zone quantomeno «favorevoli» in cui la diffusione del contratto si legherebbe meno agli intenti elusivi. A tal proposito potrebbe essere legittimamente sollevata qualche perplessità se si considera l'intento che aveva indotto il legislatore a tutelare il lavoro familiare ex art. 230 *bis* c.c. e la ambiguità manifesta della posizione di socio in cooperativa-associato in partecipazione<sup>360</sup>. Si concilia invece con la realtà produttiva del nostro paese – ed è quindi scelta saggia – l'esclusione dalla conversione automatica del settore audiovisivo e cinematografico<sup>361</sup>.

In linea generale il regime delle esclusioni è sintomatico della volontà di allentare una stretta legale che rischia di mortificare il «mercato del lavoro associato». E tuttavia, trattandosi di un intervento circoscritto per categorie, l'esclusione di alcune aree non riesce a evitare che vengano colpiti, altrove, «imprenditori e lavoratori onesti, limitando ingiustamente la loro libertà di scegliere la tipologia contrattuale della collaborazione che intendono instaurare»<sup>362</sup>.

<sup>358</sup> Cfr. art. 1 comma 28, capoverso, introdotto dall'art. 7, comma 5, lett. a), n. 2-*bis*, d.l. 76/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. 99/2013.

<sup>359</sup> In tal senso Giansanti, *op. ult. cit.*

<sup>360</sup> Voglio dire che esistono fondati dubbi sulla possibilità di rendere compatibile lo schema societario della cooperativa di lavoro, che presupporrebbe la partecipazione sociale, con l'art. 2552 c.c., che invece impone l'estraneità alla gestione. Cfr. sul tema La Costa R., *Il socio lavoratore associato in partecipazione*, in *RCoop*, 2004, 1, 23. Inoltre il richiamo alle assemblee separate di cui all'art. 2540 c.c., se da una parte è fonte di auto-legittimazione per la cooperativa, esclude dall'esenzione le società cooperative con azioni ammesse alla quotazione in mercati regolamentati che non possono svolgere assemblee separate ai sensi del comma 7 dell'art. 2540 c.c.

<sup>361</sup> In questo settore il legislatore aveva recentemente tentato un rilancio degli investimenti concedendo con la legge finanziaria 2008 (l. 244/2007) un *tax credit* per gli investitori esterni di cui all'art. 73 del TUIR, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (cfr. anche d.m. 21 gennaio 2010, art. 2 commi 1 e 2) che stipulino contratti di associazione in partecipazione con apporto di capitale. Talvolta quest'ultimi svolgono anche prestazioni professionali a favore delle società del settore. Ciò avrebbe comportato la conversione automatica poiché le prestazioni sanzionate ex art. 2549 comma 2 c.c. sono «anche di lavoro». Il paradosso è stato opportunamente evitato.

<sup>362</sup> Proia, *op. ult. cit.*, 792.



## 8. L'estensione agli associati in partecipazione del procedimento di convalida ex art. 4, commi 16-23, l. 92/2012 e il regime di decadenza ex art. 32 comma 3 lett. b: due processi assimilativi inversi?

La legislazione recente, se da una parte ha programmato una corposa riduzione del numero dei rapporti associativi, dall'altra ha contemporaneamente ritenuto di estendere alcune "nuove discipline" tipicamente riservate al lavoro subordinato anche agli associati in partecipazione. Gli interventi estensivi non sembrerebbero a prima vista rispondere a una *ratio* unitaria.

Il comma 23-*bis* dell'art. 4 della l. 92/2012, introdotto dall'art. 7 c. 5, lett. d), n. 1, d.l. 76/2013 estende la disciplina di convalida delle dimissioni e della risoluzione consensuale prevista dai commi 16-23 dell'art. 4, l. 92/2012, «in quanto compatibili», alle lavoratrici e ai lavoratori impegnati con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, di cui all'art. 61, comma 1, del d.lgs. 276/2013 (e non anche commi 2 e 3 del medesimo art. 61)<sup>363</sup>; alle lavoratrici e ai lavoratori impegnati con contratti di associazione in partecipazione di cui all'art. 2549, comma 2, c.c.. La procedura di convalida ha la principale finalità di ostacolare la prassi delle lettere di dimissioni "in bianco"<sup>364</sup>.

La logica additiva della disposizione è innovativa poiché l'estensione della tutela abbraccia non solo i rapporti parasubordinati, ma anche i rapporti di lavoro autonomo puro, nonché, in guisa del richiamo diretto all'art. 2549 comma 2, anche gli apporti cosiddetti misti. La novità, che potrebbe derivare da semplice disattenzione o superficialità degli estensori della norma, non ha grande rilievo pratico se si considera che l'associante può recedere secondo le regole del diritto dei contratti, minimizzando il sacrificio economico. Più importante potrebbe risultare la lettura burocratico-amministrativa circa l'afflusso di dati occupazionali attendibili per calibrare meglio gli interventi sul mercato del lavoro<sup>365</sup>.

Intenti inversi hanno invece mosso il legislatore all'estensione dei termini di decadenza ex art. 6 l. 604/1966 al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. anche a progetto ai sensi del rinvio disposto dall'art. 32, comma 3 lettera b, l. 183/2010. I termini di decadenza sono perciò applicabili anche al recesso dell'associante, da impugnare entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta e salva l'introduzione del giudizio a pena di inefficacia entro i successivi centoottanta giorni. Il presupposto oggettivo della decorrenza dei termini è il «recesso del committente». Non si incorre perciò in decadenza qualora sia spirato il termine eventualmente apposto al contratto di associazione in partecipazione.

<sup>363</sup> L'estensione alle collaborazioni a progetto e agli associati in partecipazione della procedura di convalida potrebbe in concreto non portare alcun beneficio sostanziale. Nel lavoro a progetto la disciplina del recesso è stata ulteriormente irrigidita dopo la l. 92/2012 e qualora le parti non prevedano la possibilità di recesso *ad nutum* o causale del collaboratore (cfr. art. 67, d.lgs. 276/2003 – ipotesi peraltro piuttosto remota) la disposizione sulla convalida delle dimissioni non trova applicazione.

<sup>364</sup> Il legislatore, attraverso l'uso del doppio genere – «lavoratori e lavoratrici» – sembrerebbe aver voluto riferirsi alle dimissioni in bianco fatte firmare alle donne lavoratrici per anticipare il pericolo di dover sostenere economicamente gravidanza e puerperio.

<sup>365</sup> Si tratta di un aspetto nient'affatto secondario. Lo stesso d.l. 76 ha infatti confermato il monitoraggio in ingresso degli associati attraverso la riscrittura del comma 2 e l'aggiunta del comma 2-*bis* dell'art. 9-*bis* d.l. 510/1996, conv. mod. 608/1996.



Nelle collaborazioni coordinate e continuative per le quali non sia in contestazione la natura del rapporto sembrerebbero tuttavia mancare sia gli elementi formali<sup>366</sup>, sia gli elementi giuridico-economici di contesto<sup>367</sup> che rendono la disposizione sulla decadenza un ragionevole contrappeso alla disciplina limitativa del licenziamento nel campo del lavoro subordinato<sup>368</sup>.

La disciplina introdotta con il “collegato lavoro” (l. 183/2010) è sembrata nel complesso poco attenta alle peculiarità delle fattispecie e degli assetti di interessi su cui sarebbe andata ad incidere<sup>369</sup>. Del resto l'intervento è stato frammentario e dispersivo. Questa scarsa organicità è particolarmente evidente nel caso della associazione in partecipazione per via dell'assenza di norme legali limitative del recesso del committente che rende i termini di decadenza una sorta di “eccesso regolativo”<sup>370</sup>.

Si può allora seriamente dubitare della ragionevolezza dell'estensione, che avvantaggia ingiustamente l'associante seguendo un modello regolativo in senso peggiorativo prima d'ora sconosciuto<sup>371</sup>.

Le discipline affrontate hanno alla base, come visto, ragioni differenti, l'una additiva ma con minima utilità, l'altra sottrattiva e in più sproporzionata. Questi due differenti regimi (convalida delle dimissioni e decadenza) sono segmenti (peraltro poco significativi) del frammentario processo di assimilazione delle tutele del lavoro subordinato a quelle del lavoro autonomo, nel caso della convalida anche indipendentemente dai caratteri dell'art. 409 n. 3 c.p.c.

La tecnica di estensione selettiva di tutele “isolate” (e addirittura di condizioni deteriori) non collima con la necessità, messa in luce dalla dottrina, di creare un apparato regolativo modulare e

<sup>366</sup> L'integrale applicazione del primo comma dell'art. 6 della l. 604 non convince. Non si può infatti parlare di «licenziamento» per l'atto di recesso del committente né è necessaria un'intimazione per iscritto. Pare opportuno non stravolgere la *ratio* di certezza della norma. Non decorre perciò alcun termine di decadenza qualora manchi – come è sempre possibile – un atto scritto di recesso. V. *contra* Nicolini, *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2013, I, 626. Cfr. Boghetich E., *Tutela dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, in *ADL*, 2011, 1, 68 ss., ivi 80.

<sup>367</sup> L'estensione della disciplina dell'art. 6 della legge 604/1966 alle collaborazioni autonome *tout court* è poco in linea con la *ratio* della decadenza in sé (e in specie con l'intervento massiccio che aveva come riferimento i costi aziendali del recesso; cfr. Nicolini, *op. loc. ult. cit.*), essenzialmente poiché il lavoro a progetto e gli altri rapporti di collaborazione ex art. 409 comma 1 n. 3 c.p.c. non pongono al committente o all'associante i problemi economici e di certezza che invece si pongono quando sono in contestazione la natura del rapporto e l'applicazione della normativa sui licenziamenti.

<sup>368</sup> La dilazione della contestazione del recesso farebbe infatti conseguire un esiguo vantaggio al collaboratore, non paragonabile agli effetti dell'art. 18 comma 1 l. 300/1970. Sicuramente diversa è l'ipotesi dei «licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro» (quindi anche del rapporto di associazione in partecipazione fittizio) separatamente disciplinata dall'art. 32 comma 3 lett. a, l. 183/2010, laddove, accanto all'applicabilità della disciplina dei licenziamenti, si riepande l'utilità dello strumento della decadenza. In generale cfr. Menghini L., *Il nuovo regime delle decadenze nel collegato lavoro 2010*, in *LG*, 2011, 1, 41.

<sup>369</sup> Cfr. le condivisibili critiche di Maio V., *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, in *GI*, 2014, 490 ss.

<sup>370</sup> Unici limiti sono quelli desumibili dal diritto civile. Cfr. Cass., sez. III, 15.4.1993, in *MGCiv*, 1993, 673.

<sup>371</sup> Cfr. anche Centofanti S., *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *LG*, 2010, 329, ivi 340. La norma ha “più senso” per il lavoro a progetto per il quale, a fronte di una disciplina del recesso che prevede causali legali ben determinate (v. art. 67 d.lgs. 276/2003 come in ultimo modificato dalla l. 92/2012) si ripristinerebbe, sebbene in misura minima e a mio avviso insufficiente, la *ratio* originaria.

articolato studiato *ad hoc* per il lavoro non-subordinato<sup>372</sup>. Il risultato dell'assimilazione occasionale è infatti poco accattivante e a tratti controproducente.

### 9. Le maxi-sanatorie dei rapporti fittizi e il possibile ruolo della contrattazione collettiva nell'opera di selezione e regolazione del lavoro associato (cenni).

Altre recenti novità in tema di associazione in partecipazione con apporto di lavoro fanno trasparire la consapevolezza di fondo che un fenomeno elusivo su vasta scala può essere seriamente combattuto con tecniche meno aggressive, a tutela anche del lavoro associato genuino. La contrattazione collettiva ha svolto un ruolo determinante in quanto capace di mediare con la dovuta attenzione esigenze produttive dell'impresa e tutele dei singoli.

Alla previsione del limite numerico dell'art. 2549 comma 2 c.c. – e al panico presso le aziende per le esiziali conseguenze economiche della norma – sono seguiti due specifici tentativi rimediali, uno (precario) per via sindacale, l'altro (più stabile) assicurato per legge.

Il primo fu sperimentato presso una nota azienda. L'accordo di prossimità, asseritamente stipulato ex art. 8, d.l. 138/2011, conv. 148/2011 posticipava di dodici mesi l'entrata in vigore della conversione legale in caso di superamento del numero dei tre associati, dietro la promessa di intraprendere un «percorso ragionato di stabilizzazione dei contratti»<sup>373</sup>.

Al di là dei dubbi di legittimità sollevati in merito alla iniziativa delle parti collettive, che forse non sarebbero state neppure dotate di un simile potere in assenza dei presupposti normativi dell'art. 8 citato, il legislatore con l'art. 7-bis, introdotto in sede di conversione del d.l. 76/2013 con l. 99/2013, ha spinto la contrattazione collettiva a gettare "ponti d'oro" ai falsi associanti attraverso una procedura di stabilizzazione con importanti effetti premiali e deflattivi<sup>374</sup>. Ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 7-bis, la destinazione della stabilizzazione dei rapporti associativi è il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sia nella forma "ordinaria", sia nella forma dell'apprendistato<sup>375</sup>. La stabilizzazione è possibile a condizione che i rapporti siano già in essere e le

<sup>372</sup> Perulli, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del "lavoro a progetto"*, cit., 636-637. V. par. finale.

<sup>373</sup> Cfr. il giudizio di Maio V., *La crisi della rappresentanza sindacale in azienda al tempo del diritto del lavoro della crisi*, in *GI*, 2012, 11, 2443-2444.

<sup>374</sup> Sulla nuova norma cfr. Pasquini F., *La stabilizzazione degli associati in partecipazione che apportano lavoro (e un refuso sui tirocini?)*, in *Il lavoro riformato*, Tiraboschi (a cura di), Milano, 2013, 292 ss.; e Miscione A., *Associazione in partecipazione*, in *LG*, 2013, 11 - Allegato 1, Pacchetto lavoro, 39. La stipula degli accordi di sanatoria sarebbe dovuta avvenire tra l'1 giugno e il 30 settembre 2013, cioè con decorrenza iniziale in un tempo antecedente all'entrata in vigore della norma, che, dunque, dispone un curioso effetto retroattivo. Cfr. anche circ. Inps 167/2013. Lo scarso successo della prima tornata di stabilizzazione ha indotto il legislatore a replicare l'iniziativa in sanatoria. La legge di stabilità 2014, n. 147 del 27 dicembre 2013 (art. 1, co. 133), ha disposto la proroga al 31 marzo 2014 del termine entro il quale le aziende debbono stipulare gli accordi di stabilizzazione contemplati dall'art. 7-bis con le modalità precisate dall'Inps con circolare n. 3/2014.

<sup>375</sup> L'introduzione nella stabilizzazione di "forme di tirocinio" accanto alle associazioni in partecipazione trova forse ragione nella necessità di giustificare una qualche funzione formativa assolta dai precedenti rapporti di lavoro dei giovani associati, per farli rientrare più agevolmente in contratti di apprendistato.

parti sottoscrivano atti di conciliazione ex artt. 410 e seguenti c.p.c. I lavoratori ottengono benefici sia sul piano del rapporto sia di natura contributiva<sup>376</sup>. I datori di lavoro, dal canto loro, conseguono vantaggi notevoli dalla stabilizzazione<sup>377</sup>. L'Inps verifica gli adempimenti e governa la procedura. Restano sempre utilizzabili gli altri strumenti legislativi di trasformazione e stabilizzazione<sup>378</sup>.

Eccettuato qualche dubbio che investe la costruzione di uno schermo inattaccabile contro le eventuali rivendicazioni per il passato, il condono contrattato appare tutto sommato un modo equilibrato per ottenere un risultato "quasi analogo" a quello dell'apparato presuntivo. Persegue infatti lo stesso dichiarato obiettivo anti-elusivo, ma senza il trauma del tempo, le mille incertezze e le ridondanti iniquità che si legano al giudizio. Va anche detto che il successo della normativa sarà, in concreto, difficilmente misurabile.

La contrattazione collettiva, anche indipendentemente dall'istituzione di procedure *ad hoc*, può svolgere un ruolo determinante nell'opera di individuazione dei rapporti fittizi e accompagnamento selettivo verso la subordinazione<sup>379</sup>. Lo dimostrano, con riferimento al lavoro autonomo, anche la funzione di esemplificazione delle «prestazioni elevate» esenti dalla presunzione ex art. 69 comma 2 ultimo periodo del d.lgs. 276/2003 e dei «compiti esecutivi o ripetitivi» ex art. 61.

Non è escluso che gli interventi derogatori ex art. 8, d.l. 138/2011, conv. mod. l. 148/2011, si incentrino sull'ampliamento dell'area delle eccezioni alla conversione ex art. 2549 comma 2 c.c., commisurando e proporzionando la portata precettiva del disposto alle concrete esigenze occupazionali aziendali e al contesto produttivo specifico<sup>380</sup>.

Non è neppure da trascurare, infine, la funzione che potrebbe svolgere in futuro la contrattazione collettiva per riconoscere migliori tutele (cfr. emblematicamente l'art. 63 d.lgs. 276/2003) e diritti (anche sindacali) o affinare i sistemi di *welfare* a favore dei lavoratori autonomi e associati (v. par. finale).

## 10. Il nuovo apparato contenitivo dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro e il "lavoro associato a-regolato", un bilancio solo provvisorio?

Le rilevanti novità normative degli ultimi anni hanno ridotto notevolmente le possibilità di utilizzo del contratto. La proliferazione dei rapporti e il contenzioso-fiume connesso all'utilizzo dello

---

<sup>376</sup> Per quanto riguarda i primi, il datore subisce una parziale limitazione della facoltà di recesso del datore, al quale è precluso nei sei mesi successivi all'assunzione intimare licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (co. 3). Si tratta di un importante meccanismo di garanzia della "correttezza e buona fede" dell'impresa. Non è facile immaginare quale sanzione possa discendere dall'intimazione del licenziamento (valido) per giustificato motivo oggettivo in violazione di un divieto espresso. La conseguenza potrebbe essere la nullità per contrarietà ad un divieto imperativo, cioè un "altro caso di nullità previsto dalla legge", con conseguente applicazione del primo comma dell'art. 18 stat. Lav. (l. 300/1970). È riconosciuto anche un versamento a titolo di contributo straordinario integrativo, a favore della gestione separata di cui all'art. 2, co. 26, l. 335/1995, di una somma calcolata ai sensi del comma 4 dell'art. 7-bis. Quest'ultimo contributo è condizione sospensiva della stabilizzazione

<sup>377</sup> Cfr. comma 7 dell'art. 7-bis.

<sup>378</sup> Cfr. art. 1, d.l. 76/2013, conv. l. 99/2013.

<sup>379</sup> Cfr. le considerazioni finali di Magnani, *op. cit.*, 17-18.

<sup>380</sup> Il richiamo della lettera e) del comma 2 dell'art. 8 cit., nel riferimento a «rapporti di lavoro, [...] alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro» sembra suggerire quantomeno interventi di tale fatta.

schermo associativo per celare effettivi rapporti di lavoro subordinato sembrano quindi destinati a placarsi. Concorre a produrre questo effetto l'introduzione della flessibilità a termine fungibile: la libera apposizione del termine sancita oggi in via generale dall'art. 1 comma 1 d.lgs. 368/2001 come modificato dal d.l. 34/2014 (conv. mod. l. 78/2014), causerà probabilmente uno spostamento delle assunzioni verso la forma più garantita del lavoro subordinato.

Il contratto di associazione in partecipazione, allo stato, può ancora essere utilizzato senza le remore legate al rischio di conversioni, specialmente per determinati lavori e in circoscritti settori<sup>381</sup>.

La *resilienza* della associazione in partecipazione con apporto di lavoro è stata messa a dura prova dall'articolato sistema delle presunzioni e delle conversioni introdotto dal legislatore, ma non è venuta meno anche grazie alla tenuta delle profonde radici affondate nel retroterra del codice civile. Mentre una parte dei rapporti di lavoro autonomo coordinato genuini vengono fagocitati dalla «prorompente invadenza della subordinazione»<sup>382</sup> (ex art. 69 comma 1, eventualmente passando dalla “stazione fantasma” dell'art. 69-bis), gli stessi sono salvi se interni a veri contratti di associazione in partecipazione (con il diverso limite dell'art. 2549 comma 2 c.c.)<sup>383</sup>.

La partecipazione economica effettiva e l'esercizio del controllo sembrerebbero poter assurgere a fattori significativi (sebbene non autosufficienti, v. parte finale del par. 4) della genuinità del lavoro associato. Smussano infatti alcune spigolosità insite nei processi di qualificazione<sup>384</sup>.

La questione dell'associazione in partecipazione va letta all'interno del sistema dei rapporti di lavoro. L'analisi proposta restituisce un quadro dominato dall'*onnivorietà* del contratto dominante<sup>385</sup>, in cui a meccanismi approssimativi di contrazione del “falso lavoro autonomo e associato” – di dubbia efficacia – non si accostano discipline promozionali dedicate alle figure genuine.

L'utilizzo di requisiti inadeguati e indici poco significativi<sup>386</sup> determina, da una parte, sotto-inclusioni nel lavoro autonomo e sovra-inclusioni nel lavoro subordinato a danno dell'equilibrio costituzionale tra fattispecie<sup>387</sup>, dall'altra ottunde le potenzialità economiche della categoria e accresce il ritardo del nostro ordinamento rispetto alle innovative scelte di altri Paesi<sup>388</sup>.

<sup>381</sup> Questi spazi, dove il contratto ha una funzione occupazionale rilevante, coincidono in parte con gli ambiti esentati dalla qualificazione *ope legis* ai sensi del comma 3 dell'art. 2549 c.c. La “vitalità nei traffici” ha perciò consigliato di mantenere aree libere.

<sup>382</sup> Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, in *RIDL*, 2013, I, 106.

<sup>383</sup> È peraltro auspicabile, secondo me, un chiarimento normativo sul punto.

<sup>384</sup> Cfr. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., 34.

<sup>385</sup> In tal senso Magnani, *op. ult. cit.*, 17.

<sup>386</sup> Proia, *I “cortocircuiti” tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, cit., 791.

<sup>387</sup> Il termine “sovrainclusione” in Novella, *op. loc. ult. cit.* Non v'è dubbio infatti che uno squilibrio si sia creato. Presunzioni e conversioni consegnano all'interprete una versione sbottonata della subordinazione contaminata da modelli organizzativi ad essa estranei e oramai lontana dal prototipo codicistico.

<sup>388</sup> In particolare si vedano, per il caso spagnolo, art. 11, ley n. 20/2007, e real decreto ley n. 197/2009. Sul tema Razzolini O., *Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo*, in *DLRI*, 2011, 1, 63 ss.; e Valdés Dal-Ré F., Valdés Alonso A., *Lo statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente*, in *DRI*, 2010, 3, 705 ss.; e per il caso tedesco, in assenza di uno statuto trasversale, i diversi richiami al “lavoro simil-dipendente”, su cui cfr. Neuvians N., *Die arbeitnehmerähnliche Person*, Duncker&Humblot, 2002.

Il tema è ricco di implicazioni valoriali, economiche e giuridiche, e anche per questo motivo non è possibile affrontarlo qui compiutamente. Ad ogni modo è utile delineare la cornice di un quadro in divenire.

Alle profonde modificazioni della produzione e dell'organizzazione dell'impresa indotte dai processi di globalizzazione e dalla concorrenza internazionale è corrisposta la parcellizzazione dei moduli acquisitivi di lavoro<sup>389</sup>. In contemporanea non ha preso corpo quella seria revisione normativa della questione del lavoro autonomo e associato che sarebbe stata necessaria, nonostante le chiare indicazioni di metodo offerte dalla dottrina.

È convinzione diffusa che, accanto alla *compressione* – cui va riconosciuta un'utilità compulsoria – sia necessaria una *regolazione modulare* ottenuta dalla spinta delle differenti tensioni dispositive che animano l'art. 35 Cost.<sup>390</sup>. Il *deterrente* delle presunzioni e delle sanzioni dovrebbe cioè accompagnarsi al *gradiente* della tutela.

Molte sono le strade percorribili nella direzione della acquisizione di un *fondamento trasversale* della tutela della persona del lavoratore<sup>391</sup>. L'auspicio ancora vivido su cui convergono gli sforzi di autorevole dottrina è il riordino di diritti, tutele e incentivi spettanti nell'area del lavoro non-subordinato, attuato secondo gli indicatori, alternativi, della *dipendenza economica* e della *debolezza economica*<sup>392</sup>. Concentrandosi sulla tutela della persona del lavoratore (concezione *individo-centrica*) e non sui caratteri del rapporto sarebbe possibile attuare il programma dell'art. 35 Cost. senza alterare i normotipi di riferimento (art. 2094 e art. 2222 c.c.).

<sup>389</sup> Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, I, 46 ss., ivi 85. La molteplicità delle forme risponde, in qualche misura fisiologicamente, alle multiformi esigenze organizzative dell'impresa "destrutturata". Un tratto evidente di questi processi che sfibrano l'unitarietà del corpo aziendale a favore di una multiformità strutturale è la tendenza alla esternalizzazione dei servizi non strettamente attinenti al *core business* come fattore di ristrutturazione del modello d'azienda, non più autosufficiente, ma interagente nel mercato. È proprio questo incrementato livello di connessioni a rendere appetibile, all'interno del processo di metamorfosi della struttura del tessuto industriale e delle competenze, la diversificazione, senza eccessi, dei modelli acquisitivi di lavoro. Cfr. Magnani M., *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, I, 165 ss.

<sup>390</sup> Questa norma programmatica impone al legislatore la tutela del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» e non di solo lavoro subordinato come si legge in Cass. 1817/2013, cit., e in altre sentenze consimili che utilizzano l'art. 35 Cost. come fondamento della "conversione automatica" del contratto associativo privo dei requisiti legali in lavoro subordinato.

<sup>391</sup> Cfr. Santoro Passarelli G., *Diritto dei lavori*, 2013, Giappichelli, 502-503.

<sup>392</sup> Cfr. l'accezione data a questi termini da Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, cit.; in prec. Id., *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, passando per il lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2004, I, 543 ss. Cfr. Treu, *opp. cit.*; e cfr. le proposte di Perulli A., *Per uno statuto del lavoro autonomo*, in *DRI*, 2010, 3, 621 ss. e Id., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *LD*, 2012, 563. Le due nozioni sembrerebbero identificare due diverse condizioni cui corrisponderebbero due differenti *steps* di tutela. La "dipendenza economica", caratterizzata dalla mono-committenza prevalente, sarebbe inclusa per continenza nella "debolezza economica" che identificherebbe un più vasto insieme comprensivo di lavoratori autonomi operanti anche in regime di pluricommittenza, di talché il lavoratore in stato di dipendenza economica è sempre economicamente debole, mentre non è vero il contrario. Per l'ipotesi della dipendenza economica una autorevole dottrina ha suggerito, nelle more di una riforma complessiva, di «applicare la disciplina del lavoro a progetto con esclusione dell'art. 69, comma 1, diversamente da quanto stabilisce l'art. 69 bis» (Santoro Passarelli G., *La crisi economica "globale", e il diritto del lavoro italiano. Riflessioni a margine*, in *GI*, Dottrina e attualità giuridiche, 2012, 11, IV, 2438).

La coordinazione, su cui una parte della dottrina aveva riposto fiducia<sup>393</sup>, si è d'altro canto rivelata una «formula insincera», tanto più se «depurata dalla dipendenza economica del prestatore di lavoro»<sup>394</sup>, non in grado né di identificare un *tertium genus* cui riferire un apparato organico di tutela, né di selezionare in modo perspicace i lavoratori meritevoli di protezioni.

È stata autorevolmente prospettata nel recente passato l'inclusione dell'associazione in partecipazione tra le fattispecie interessate da uno "Statuto per un lavoro autonomo"<sup>395</sup>, in piena coerenza con l'indirizzo propugnato da questa dottrina che identifica nel lavoro personale (sopravvalente al capitale) il presupposto oggettivo e minimo comun denominatore dei regimi protettivi, premiali e assistenziali a carattere universale<sup>396</sup>. Ancora più prossima nel tempo è la proposta di rivisitazione della categoria del lavoro associato «nei caratteri specifici, alla luce delle sue trasformazioni recenti»<sup>397</sup>.

Un programma così ambizioso deve confrontarsi con le opportunità di valorizzazione, già sul piano socio-economico, del "carattere alternativo" del lavoro associato, sia nella forma dell'auto-imprenditorialità (si tratta del lavoro societario: essenzialmente conferimenti e altri apporti lavorativi di soci, inclusi i conferimenti di lavoro in s.r.l., anche nella forma semplificata<sup>398</sup>), sia quando consista in lavoro scambiato verso una partecipazione al rischio d'impresa (lavoro associato *lato sensu*)<sup>399</sup>.

All'interno della categoria del lavoro associato, specialmente quello del "primo tipo", si realizza una interazione complessa tra le *istanze personalistiche e sociali* sottese all'art. 35 Cost., e il *principio liberale* dell'art. 41 Cost. La convivenza di questi due nuclei forti all'interno del medesimo schema contrattuale rende non facile immaginare un apparato di garanzia del lavoro associato.

<sup>393</sup> De Luca Tamajo R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, 5, 41 ss.

<sup>394</sup> Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente dipendente*, cit., 107.

<sup>395</sup> Treu, *Uno Statuto per un lavoratore autonomo*, in *DRI*, 2010, 3, 609, riportando il contenuto del d.d.l. 2145/2010.

<sup>396</sup> Cfr. Treu, *op. ult. cit.*, 608, secondo il quale la regolazione comune dei lavoratori autonomi deve «definire un denominatore di tutele e incentivi comuni di questi soggetti, che è il riconoscimento e la valorizzazione del loro lavoro», come la tutela dei diritti fondamentali, la tutela in caso di cessazione o perdita del lavoro e un regime di assistenza per il reinserimento nel mercato. E vedi Santoro Passarelli G., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, in *RIDL*, 2013, I, 108 ss.

<sup>397</sup> Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., 34; cfr. anche Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit., 17.

<sup>398</sup> La riforma del diritto societario, e in particolare dell'art. 2464 c.c., ha accelerato quel processo già in corso da tempo di «manipolazione verso codici organizzativi di marca personalistica, accentuando [...] il distacco dalla società per azioni alla quale normogeneticamente la s.r.l. si rapporta» (Onza M., *L'apporto d'opera e servizi nelle società di capitali. Strutture e funzioni*, Cedam, 2008, 89), così da giustificare secondo me un ripensamento del livello di tutela del socio. Del resto la relazione introduttiva del d.l. 1/2012, conv. mod. l. 27/2012, che ha inserito l'art. 2463 *bis* c.c. sulla s.r.l. semplificata (art. 3 del d.l. cit.), riconosceva espressamente che «la disposizione tende a favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro mediante la loro partecipazione a strutture societarie prive dei rigorosi limiti previsti per le società di capitali [...]».

<sup>399</sup> Cfr. la felice schematizzazione di Biagi, *op. ult. cit.* Il lavoro associato è rimasto un campo di indagine in massima parte ignorato (come già osservava tempo fa Savino M., *Il lavoro nei rapporti associativi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, Borsi, Pergolesi (a cura di), Padova, 1955, 324 ss.). La forma intermedia del lavoro in cooperativa ha invece trovato una accettabile soluzione classificatoria di compromesso nella scelta della l. 142/2001, come modificata dalla l. 30/2003, di accostare al rapporto societario un ulteriore rapporto di lavoro subordinato o autonomo, con l'effetto di ricondurre la questione specifica alla tematica generale. Restano salvi gli spiccati elementi di specialità del rapporto di lavoro in cooperativa. Il tema non può essere adeguatamente affrontato in questa sede. Si rinvia a Laforgia S., *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Milano, 2009, Giuffrè.

L'operazione presuppone infatti la disarticolazione concettuale del nesso tra tutele *nel* rapporto e alterità *all'*impresa (e *al* rischio), che è parte integrante del retaggio *fordista*. La difficoltà è dimostrata, nel caso specifico della associazione in partecipazione, dalla scarsa razionalità e omogeneità dei pochi interventi legislativi (cfr. par. 8).

Tuttavia, mentre l'associazione in partecipazione arretra e viene messa in disparte, il lavoro associato in forma societaria sembrerebbe conquistare lentamente terreno nelle recenti opzioni di politica del lavoro. Negli ultimi tempi il legislatore ha dimostrato una attenzione e una fiducia qualitativamente diverse nei confronti della funzione occupazionale della "micro-impresa" e del lavoro societario<sup>400</sup>. Si tenta anche di inspessire la linea di continuità tra lavoro autonomo-professionale e attività d'impresa<sup>401</sup>.

Nonostante gli importanti limiti legali in vigore, alcuni caratteri della associazione in partecipazione rivelano la sua persistente appetibilità nel mercato. È infatti uno strumento negoziale che ottimizza la propensione al rischio (e il margine di guadagno potenziale) del lavoratore autonomo e la tendenza alla diversificazione e distribuzione interne del rischio dell'impresa moderna, perennemente in concorrenza con le altre imprese in un contesto globalizzato.

Le peculiarità del tipo legale (in primo luogo il rischio naturale di mancato guadagno derivante da un andamento negativo dell'impresa) portano a immaginare misurate tutele specifiche *nel* mercato e *nel* rapporto che, accanto a tutele essenziali comuni contro la "mancanza di lavoro" della persona lavoratrice, assicurino il lavoratore associato in quanto tale contro i caratteristici fattori di bisogno.

La regolazione potrebbe apportare importanti benefici in grado sia di spingere le parti ad un utilizzo "sincero" del contratto associativo, sia di scongiurare, *de jure condendo*, il ricorso a meccanismi a-sistematici di smottamento del lavoro non-subordinato nell'area delle tutele riservate al lavoro subordinato.

---

<sup>400</sup> L'art. 9, commi da 13 a 15-ter, d.l. 76/2013, introdotto in sede di conversione dalla l. 99/2013, ha modificato le norme relative alla s.r.l. all'interno del titolo dedicato alle «disposizioni in materia di rapporti di lavoro, di occupazione e di previdenza sociale», mostrando una rinnovata fiducia in chiave occupazionale verso la forma più pura del lavoro associato.

<sup>401</sup> Con l'art. 10-bis dello stesso d.l. 76/2013 l'auto-imprenditorialità viene individuata come una forma di ingresso anticipato dei giovani professionisti nel mercato del lavoro, demandando agli enti di previdenza dei professionisti (d.lgs. 30.6.1994, n. 509, e 10.2.1996, n. 103) o all'A.d.e.p.p. (associazione degli enti previdenziali privati) lo svolgimento di «funzioni di promozione e sostegno dell'attività professionale anche nelle forme societarie previste dall'ordinamento vigente». Si tratta di un primo timido tentativo di rilancio del lavoro associato (in forma societaria) nel cui alveo far confluire le attività professionali con meno sbocchi lavorativi attraverso l'estensione del sistema di *welfare* privato come stimolo etero-indotto dell'economia.

## Who is an Employer?\*

Luisa Corazza- Orsola Razzolini

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Introduction                                                                   | 109 |
| 2. The Single Employer Model                                                      | 110 |
| 3. The Plural-Employer Model                                                      | 114 |
| 4. Convergences and Divergences between the Single and the Plural-Employer Models | 117 |
| 4.1 The case of Subcontracting                                                    | 118 |
| 4.2 The case of Group of Companies                                                | 121 |
| 5. The New Concept of the Employer in a Flexicurity perspective                   | 125 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 110/2014



## 1. Introduction

The question “*Who is an Employer?*” is usually neglected in labor and employment law. On the contrary, the question “*Who is an Employee?*” and the problematic distinction between employees and independent contractors can be regarded as a cornerstone of labor and employment law.

However, in the last decades, the profound transformations economic organizations have been experiencing have led lawyers to face to new problems related to the “employing entity”.<sup>402</sup> As a consequence, the concept of employer has played an increasing dominant role either on a theoretical or on a practical level.

The meaning of the concept of employer can be different among different contexts. The answer to the question “*Who is an employer?*” particularly varies according to the different scopes of statutory protections.

In a collective labor law perspective, for instance, the problem of who is the employer deals with the scope of collective bargaining and the definition of bargaining unit, thereby involving issues such as the boundaries of the economic activity, the business sector where the firm operates and the effective control of the firm on entrepreneurial strategies.

In employment law, the question “*Who is the Employer?*” affects the distribution of employer liabilities and obligations such as the duty to pay wages, the breach of minimum labor standards (e.g. health and safety protection), the prohibition of discrimination.

Furthermore, the concept of employer needs to be discussed also in a diachronic perspective. The employer is not a “static entity”, but rather an entity that can experience a number of transformations through mergers, acquisitions, outsourcing or insourcing strategies.

The problem of defining who is an employer involves crucial economic issues, such as financial reliability of the firm, economic independency of businesses, boundaries of the firm, entrepreneurial strategies, national and international investments. Being employed by one firm or the other can make a significant difference for the status and the perspectives of the employee.

Moreover, by observing labor and employment law through the lens of the employer, several crucial issues concerning the role of labor and employment regulation arise, such as competitiveness, freedom of contract, productivity. The question “*Who is the employer?*” then leads to other questions; which is the role of labor and employment law with respect to economic development or whether employer’s competitiveness should be a concern for labor lawyers.

The global perspective has further complicated the debate on the employer issue. Among different factors leading to firms’ restructuring, delocalization has played an increasing dominant role in recent years. Firms are more and more organized in transnational structures, and employment seems to be a factor of production which is subject to contingent changes and replacement.

However, as the governments of Nations and even firms are under global economic pressure, national labor laws can hardly keep up with economic transformation. Besides, through the corporate structuring of how it will acquire and deploy its human resources “law shopping” and the

---

<sup>402</sup> The concept of “employing entity” has been used by MARK FREEDLAND, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003, at 26 ff.

avoidance of national laws become a legal possibility for firms. For these reasons, nowadays, the issue “*who is the employer?*” plays a pivotal role.

The employer issue is usefully explored through the lenses of two legal doctrine: the single-employer model, which has played an important role in the Continental Europe for several decades, and the plural-employer one, mainly reflected in the common law. Indeed, most of regulatory techniques used by different countries can be connected to one or the other of these.

This chapter is focused on both the single and the plural-employer model. The aim is to demonstrate and describe the main characters of these two models, highlighting their divergences and convergences.

The first part (sections II-III) examines the single and the plural-employer models by analysing their historical roots and rationales. The second part (sec. IV) considers the convergence of the two models by taking into account the two cases of subcontracting and the grouping of companies. The conclusion is to observe a general global trend toward a plural employer model. In the final section, we suggest that legal systems are evolving from the traditional connection of the employment relationship to the fordist firm and its owner toward the connection of the employment relationship with network of economic organizations.

## 2. The Single Employer Model

The idea of the employer as a “single indivisible entity” is commonly accepted in Europe and in the US.<sup>403</sup> This idea appears to be rooted both in the economic phenomenon of the vertical fordist firm and in the legal development of the bilateral employment contract of the days of master and servant.

After the advent of the vertical employment firm, in several legal systems the boundaries of the legal concept of employer have been drawn as to coincide with the boundaries of the economic organization within which the work is performed.<sup>404</sup> Insofar as the fordist vertical firm consisted of expensive material infrastructures and other means of production, it represented the ideal “virtual place” for the allocation of employment costs and liabilities. The owner of the firm was then regarded as the most reliable employer, capable to bear and to fulfill employment costs and

---

<sup>403</sup> See, among others, SIMON DEAKIN, *The Complexities of the Employing Enterprise*, in GUY DAVIDOV, BRIAN LAGILLE (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006, at 275.

<sup>404</sup> See for the UK perspective, HUGH COLLINS, *Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration*, in *Modern Law Review*, 1990, vol. 53, no. 6, 731 ff.; for the French perspective, ISABELLE VACARIE, *L'Employeur*, Sirey, 1979; FRANÇOIS GAUDU, *Entre concentration économique et externalisation: les nouvelles frontières de l'entreprise*, *Droit Social*, 2001, no. 5, 471 ff.; MARIE-LAURE MORIN, *Le frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi*, in *ibid.*, 478 where the A. observes that the employer and the firm are the two sides of the same coin; for the Spanish perspective, see, more recently, MARIA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ (ed. by), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Editorial Trotta, Madrid, 2004; for the Italian perspective, see PIETRO ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio A.i.d.la.s.s., Trento 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000.

liabilities. In the US, the Supreme Court held that, for the purpose of national wage and hour law, the employer is “the person or group of person who own and manage the enterprise”.<sup>405</sup>

It is worth noting that it is not the identity of the employer/entrepreneur that matters, but rather the link of the employee to the impersonal employing entity.<sup>406</sup> The so-called principle of the “de-personalization of the employment relation” particularly emerges in the transfer of undertaking regulation: the changes in the employer’s identity do not affect the continuity of the employment contract strictly linked to the employing entity.<sup>407</sup>

As a consequence, it is not surprising that one of the main tests used to identify the employer is the ownership of the firm, together with the exercise of the entrepreneurial powers of control, direction and coordination over the working activity. As Ronald Coase suggested in 1937, relying on Francis Batt’s *The Law of the Master and Servant*, the “fact of direction” is the essence of the economic concept of firm as well as the essence of both legal and economic concepts of employer and employee.<sup>408</sup>

Particularly in the Continental European legal systems the following general principle obtains: if the legal entity that exercises the entrepreneurial power of control and direction over the working activity is different from the legal entity that is formally part of the employment contract, then it is the former and not the latter that must be regarded as the employer for the scope of the employment protection.

On the one hand, this principle is rooted in the rules governing contract interpretation based on the idea that substance prevails over the form, whereas in common law countries form usually prevails over substance.<sup>409</sup> On the other hand, in Continental European legal systems the prohibition of separation between the formal employer, who bears the employment risks and liabilities, and the employer who effectively owns the firm and exercises control and direction over the working activities, derives from the traditional hostility toward any form of labor intermediation (*merchandeur, meister, caporale*) whereas “a general acceptance of this phenomenon took place in the United Kingdom”.<sup>410</sup>

This hostility is clearly stated by Article 43 of the Spanish *Estatuto de los Trabajadores* (Statute of Workers) which prohibits any labor intermediary, except for that provided through state licensed

<sup>405</sup> See *Clackamas Gastroenterology Assoc. v. Wells*, 538US440, 450 [2003], quoted by MITCHELL H. RUBINSTEIN, *Employees, Employers and Quasi-Employers: an Analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between Employer and Employee Relationship*, in *U. of Pennsylvania Journal of Business Law*, 14 (2012) at 633.

<sup>406</sup> See, among others, MIGUEL RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Decentralización productiva y sucesión de empresas*, in MARIA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ (ed.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, 211 ff.

<sup>407</sup> The transfer of undertaking European Directive no. 2001/23/EC is a forceful instance of this approach. The at-will employment rule in the United States renders the delegation of the employment contract a non-issue; but, whether an employee with a contract of fixed duration can be delegated – or her contract “assigned” to – the acquiring entity has received rather little legal attention. 1 Spector & Finkin, *INDIVIDUAL EMPLOYMENT LAW & LITIGATION* § 3.12 (1989).

<sup>408</sup> See RONALD COASE, *The Nature of the Firm, Economica*, 1937, Vol. 4, no. 16, at 403 ff.

<sup>409</sup> K.W. WEDDERBURN LORD OF CHARLETON, *The Worker and the Law*, Penguin Books, Harmondsworth, 1971, at 58. However, for a new trend in the UK see *Protectacoat Firthglow Ltd v. Szilagyi* [2009] IRLR 365 (CA).

<sup>410</sup> See LUCA RATTI, *Agency Work and the Idea of Dual Employership: a Comparative Perspective*, in *Comp. Labor Law & Pol’y J.*, 2009, at 835.

agencies (intermediaries). According to Article 43, there is an illicit form of labor supply whenever the object of the contract is a mere labor supply and/or the supplier is not accredited by the State, is not the owner of a firm and of the means of production and does not exercise any “entrepreneurial power”. In this case, the “supplied” worker can be held to be the employee of the end-user. Broadly speaking, the labor supply is illegal if the provider is neither a state accredited agency nor a genuine entrepreneur/subcontractor. In turn, the *subcontratación* (or contract for provision of services) represents a licit form of outsourcing (Article 42 ET) that turns out to be illegal whenever the subcontractor (the service provider) appears to be neither a “genuine” entrepreneur nor a “real” employer and, at the same time, is not a licensed intermediary agency (Article 43 ET).<sup>411</sup>

Similarly, in Italy, labor supply can take place only through state accredited intermediaries. Agency work (*somministrazione di lavoro*), on the one hand, and contract for provision of services (*contratto di appalto*), on the other, represent the two sides of the licit outsourcing (Articles 21-29 of the legislative decree no. 276/2003, the so-called “Biagi reform”). According to Article 29, there is a prohibited form of labor supply or labor outsourcing whenever the service provider (the formal employer) is not a state accredited intermediary agency (Article 21 ff.) nor the owner of a genuine and real business organization. This has to be ascertained (particularly in knowledge intensive sectors) by taking into consideration factors such as the absence of both a real control and direction over the employees and the entrepreneurial risks.<sup>412</sup>

In France, the so-called *fourniture de main d’œuvre à but non lucratif* (Article L. 8241-1, Article L. 1253-1 ff., Code du Travail) and the *travail temporaire* (Article L. 1251-1 ff., Article L. 8241-1 Code du Travail), two forms of labor supply, are admitted only within strict limits, as exceptions to the general prohibition of separation between the formal employer, who bears employment risks and liabilities, and the substantial employer (user) who effectively directs and controls the working activities. As in Italy and Spain, the boundary between licit and illicit outsourcing coincides with the boundary between the (licit) contract for provision of services (*contrat de soustraitance*) and the (illicit) *fourniture de main d’œuvre lucratif* (labor supply) that falls outside of the strict boundaries of the *fourniture de main d’œuvre non lucratif* (non profit labour supply) and *travail temporaire* (agency work).<sup>413</sup> Mainly, the *sous-traitance* is “genuine” whenever the subcontractor carries out a specific task by relying on its own business organization and workforce, bearing the risks and the responsibilities and exercising the employer’s powers of control and direction.<sup>414</sup> If this is not the case, then the *soustraitance* turns out to be a mere form of labor supply for profit that is classified in terms of *délit de marchandage de main d’oeuvre*, a criminal offence. Exceptions are allowed only in case the subcontractor is an accredited intermediary (an *entreprise de travail temporaire*) or the economic operation as a whole is a non-profit form of labor supply (particularly admitted in the case of “*Goupement d’employeurs*”).

<sup>411</sup> See MIGUEL RODRIGUEZ PIÑERO-ROYO, *Temporary Work and Employment Agencies in Spain*, in *Comp. Lab. Law and Pol’y J.*, 23(2001), 129.

<sup>412</sup> For a detailed recent description of the Italian legal framework, see, in English language, LUCA RATTI, quoted above nt. 10; MARIA TERESA CARINCI, *Agency Work in Italy. Working Paper “Massimo D’Antona”*, Int., 2011.

<sup>413</sup> See recently Cass. Soc., June 21, 2011, no. 10-14.362.

<sup>414</sup> See JEAN PELISSIER, GILLES AUZERO, EMMANUEL DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 2013, at 314.

Finally, in Germany, according to the first section of the *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* – AÜG of August 7, 1972 - labor intermediation is permitted only by licensed employment agencies (*Verleiher*); otherwise the worker is classified as an employee of the end-user.<sup>415</sup> In the meantime, German judges, like other Continental European judges, generally hold that the employment costs and responsibilities must remain with the one who exercises entrepreneurial powers of control and direction (doctrine of *Mittelbares Arbeitsverhältnis*).<sup>416</sup>

Consequently, the question emerges of whether the entrepreneurial powers of control and direction can be exercised by two or more distinct employing entities? The doctrine of the employer as a “single indivisible entity” clearly rejects this idea. The traditional link between the atomistic vertical fordist firm and the legal concepts of employer and employee has rendered it difficult to accept the idea that the entrepreneurial powers of control and direction could lie outside the boundaries of a discrete legal entity.<sup>417</sup>

The idea of the employer as a “single indivisible entity” is traditionally well established also in the British legal system. Notwithstanding, this perspective does not appear to be related to “hostility” toward any form of labor intermediation, which is largely accepted in the UK. It rather seems to come from the master and servant doctrine, *i.e.* to be rooted in the antecedent law of domestic service, of the analogy between the “master” – a male human employer – and the modern corporate “employer”.<sup>418</sup> After the abandonment of the master and servant perspective,<sup>419</sup> the employment’s characterization in terms of personal and bilateral contract has continued to support the identification of the employer as a single individual employing entity.<sup>420</sup>

In this context, the “mutuality of obligation test”, according to which the finding in favor of an employment contract requires the existence of an exchange between the employer’s contractual duty to continuously provide the work and the employee’s duty to work when requested, has played an important role but has led to contradictory results.<sup>421</sup> For instance, under the mutuality of obligation test, agency workers, involved in a triangular relationship, can be found to have a contract of employment with neither the agency nor with the end-user.<sup>422</sup> This clearly shows the

<sup>415</sup> See MANFRED WEISS, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Wolters Kluwer, 2008, 64 ff.

<sup>416</sup> See LUCA NOGLER, *The concept of “subordination” in European and Comparative Law*, University of Trento, 2009, 60 ff.

<sup>417</sup> See the Italian decision of Cass., S.U., No. 22910/2006.

<sup>418</sup> See SIMON DEAKIN, *The Complexities of the Employing Enterprise*, quoted above nt. 3, at 274 ff. The A. observes that this metaphor is so powerful that “the employer is still usually designated as ‘he’ in legislation and in case law, although that attribution of single male human personality is usually as fictitious as is John Doe, the non-existent actor in common law litigation”; see also JUDY FUGE, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, in *ibid.*, at 298 ff.; MARK FREEDLAND, NICOLA KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011, at 162 ff.

<sup>419</sup> See, with regard to this evolution, SIMON DEAKIN, FRANK WILKINSON, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005, chap. 2.

<sup>420</sup> SIMON DEAKIN, *The Changing Concept of the Employer in Labour Law*, in *Ind. L.J.*, 2001, vol. 30, no. 1, 72 ff. who stresses to need to go beyond a mere contractual analysis to identify who is the employer.

<sup>421</sup> See MICHAEL WYNN, PATRICIA LEIGHTON, *Will the Real Employer Please Stand Up? Agencies, Client Companies and The Employment Status of Temporary Agency Worker*, in *Ind. L. J.*, 2006, vol. 35, 301 ff.

<sup>422</sup> See, for instance, *Montgomery v. Johnson Underwood* [2001] I.R.L.R. 264, analyzed by LUCA RATTI, quoted above nt. 10, at 851.

problems posed by the individual and bilateral construction of the contract of employment in situations where the employment is organized between employing entities.<sup>423</sup>

At the same time, this explains why the idea of dual employership can be founded not on contract law, but rather on the tort law of vicarious liability governed by the *respondeat superior* rule. In *Viasystem (Tyneside) Ltd v Thermal Transfer (Northern) Ltd*,<sup>424</sup> the Court of Appeal, relying on the “borrowed servant” rule<sup>425</sup>, observed that “it is strange that the courts have never countenanced what might be an obvious solution in some cases, namely holding both the general and the temporary employer vicariously liable for an employee's negligence”.<sup>426</sup> It would appear that in British tort law, a dual vicarious liability is a legal possibility when the right to control the working activity is shared by two legal entities. Moreover, insofar as it is possible and conceivable that the right to control is shared by two or more legal entities, dual vicarious liability must be a legal possibility. As we will see, this insight plays an interesting role today even in Continental Europe, in the context of group of companies.

### 3. The Plural-Employer Model

As opposed to the single-employer model, some common law countries have developed a different approach to the regulation of employer's responsibilities. We may refer to this approach in term of a “plural-employer model”. A leading example of this conception can be found in the United States which countenances a “joint employment” relationship. This allows judges to consider as the employer two or more firms that share or co-determine those matters governing the essential terms and condition of employment.

The joint employment doctrine is rooted, firstly, in the common-law. It allows judges to determine that more than one employing entity must be recognized as jointly liable toward the employee by applying one of four tests to each of the entities: the common law right-of-control test, the economic reality test, the interference test, and the hybrid tests. (The common law right-of-control test can be defined by the agency principles focused on the right to control the manner and method in which work is performed.) The economic realities test which takes into account the totality of the economic circumstances of the employment. The interference test which examines the company's ability to interfere with or to affect access to employment opportunities of workers. And a hybrid test that combines elements of both the right-to-control and the economic realities tests.<sup>427</sup> It is worth noting that, as observed by a number of scholars, the tests used to identify the employer or the joint-employers significantly converge with the tests used to identify who is an employee.<sup>428</sup>

<sup>423</sup> See MARK FREEDLAND, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003, at 40 ff.

<sup>424</sup> *Viasystem (Tyneside) Ltd v Thermal Transfer (Northern) Ltd* [2005] IRLR 983. See also *Biffa Waste Services Ltd v Maschinenfabrik Ernst Hese GmbH* [2008] EWCA Civ 1257; [2009] B.L.R. 1; 122 Con. L.R. 1; [2009] P.N.L.R. 12; (2008) 152(45) S.J.L.B. 25.

<sup>425</sup> See P.S. ATIYAH, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, Butterworths, 1967, chap. 3.

<sup>426</sup> Para. 12.

<sup>427</sup> *Vernon v. State*, 116 Cal. App. 4th 114, 125 n.7 (2004).

<sup>428</sup> See Simon Deakin, above nt. 3.

Whether two or more entities are joint employers depends on the purpose for which the question is asked. In the U.S. the answer to the question “Who is the employer?” largely depends either on the scope of the particular statute under which the question is raised. This is consistent with the so-called “targeted approach” to the problem of defining either who is the employee or who is the employer.<sup>429</sup> If a joint-employment relationship is found to exist, both employers are jointly liable with respect to minimum wages and overtime pay under the Federal Labor Standard Act<sup>430</sup>, or for adherence to the Occupational Safety and Health Act<sup>431</sup>, the Family and Medical Leave Act<sup>432</sup>, and non-discrimination laws.<sup>433</sup>

The National Labor Relations Board (NLRB) has used a similar approach in finding indicia of a joint management of the firm. When both employers co-determine working condition, meaningfully affecting matters relating to the employment relationship, such as hiring, firing, discipline, supervision and direction, they are defined as joint-employers for the purpose of collective bargaining.<sup>434</sup>

There is a related but more complicated question under U.S. law involving the employment of agency workers. One has to understand the law of union representation of employees who work for separate employers in a common service or industry. In that case, a union may wish to bargain with all those employers together. Such multi-employer bargaining can be agreed to by the employers, but it cannot be imposed by the Labor Board. When employees who work for an agency are seconded to a variety of employers – janitorial staff assigned by an agency to work for a number of buildings each operated by a separate company or nurses assigned by an agency to work for a variety of hospitals – each separate group of employees can be in a joint employment relationship with the agency and each of these employers. Consequently, they cannot require the agency to bargain with them as a whole as each joint employer would have to consent; nor could they bargain separately with their joint employers as part of these employers’ complements of employees.<sup>435</sup>

At one point the Labor Board, then under Democratic control, tried to allow them to bargain with their joint employers alone, as part of those employers’ workforces.<sup>436</sup> But the Labor Board, then under Republican control, later reversed that decision.<sup>437</sup> As a result, it is now virtually impossible for agency workers who are seconded into joint employment relationships to bargain collectively with the employing agency.

<sup>429</sup> See Silvana Sciarra, *The Evolution of Labour Law (1992–2003)*, 30-34 (European Communities General Report, 2005).

<sup>430</sup> *Falk v. Brennan*, 414 U.S. 190, 195 (1973); *Antenor v. D & S Farms*, 88 F.3d 925 (11th Cir. 1996).

<sup>431</sup> *Sam Hall & Sons, Inc.*, 8 OSHC (BNA) 2176, 1980 OSHD (CCH) P 24, 927 (No. 76-4988, 1980); *Baker Tank Co./Altech*, 17 OSHC (BNA) 1177, 1995 OSHD (CCH) P 30,734 (No. 90-1786-S, 1995).

<sup>432</sup> *Harbert v. Healthcare Servs. Group, Inc.*, 391 F.3d 1140, 1148 (10th Cir. 2004).

<sup>433</sup> *Baker Tank Co./Altech*, 17 OSHC (BNA) 1177, 1995 OSHD (CCH) P 30,734 (No. 90-1786-S, 1995).

<sup>434</sup> *Boire v. Greyhound Corp.*, 376 U.S. 473 (1964); *NLRB v. Browning-Ferries Indus.*, 691 F.2d 1117 (3d Cir.1982). As this goes to press the NLRB has called for public comment on whether it should adhere to its current standard to terminate joint employment or adopt a different one. *Browning Ferris Indus.*, Case No. 32-RC-109684 (May 12, 2014).

<sup>435</sup> *Lee Hospital*, 300 N.L.R.B. 947 (1990).

<sup>436</sup> *M.B. Sturgis, Inc.*, 331 N.L.R.B. 1298 (2000).

<sup>437</sup> *H.S. Care L.L.C.*, 334 N.L.R.B. 659 (2004).



With respect to different business sectors, the increase of service contracts within the public sector has led to an extensive application of the joint employment doctrine to government service contracts.<sup>438</sup> Since the mid-1990s, the joint-employment doctrine involves also the public administration.<sup>439</sup>

In a comparative perspective, it is important to stress that the U.S. “plural-employer model” has grown in response to the variety in the form of labor organization. Due, possibly, to the absence of a prohibition on agencies for the supply of labor, in contrast to European law discussed above, in the U.S., the organization of employment between various legal entities has not distinguished between agency work, labor supply, or subcontracting. The general and common principle is that whenever two or more firms influence an employment relationship, both can be involved in employer liabilities.<sup>440</sup> Agency work, employee leasing, subcontracting, service contracts, and business outsourcing are only some examples of the different organizational environment where the joint employment doctrine has been implemented.<sup>441</sup>

Whilst this issue is not developed as extensively in Canada as it is in the U.S., a similar doctrine, the so-called “related employer”, is spreading in Canadian jurisdictions. When two or more employers can be considered as “related”, they can be treated as one single employer for different purposes.<sup>442</sup> Originally rooted in the “piercing the corporate veil” doctrine, this doctrine is now assuming a “regulatory” rather than a “sanctioning” content. Particularly, this technique is becoming a tool which measures the degree of integration among firms. In a 2001 decision of the Ontario Court of Appeal, *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario*, the Court focused on integration of the companies themselves and on the existence of a single control, rather than on the role each of the four corporations played in relation to the employment.<sup>443</sup>

Interestingly, the British concept of “associated employer” can echo the American doctrine of joint employment. As noted previously, English law is strictly based on the principle of formal separation of legal personality and responsibility between distinct legal entities. In recent times, this has led to the so-called “capital boundary problem”.<sup>444</sup> Broadly speaking, since firms enjoy considerable discretion in manipulating their boundaries, they also enjoy a considerable discretion in manipulating the boundaries of their legal responsibilities.<sup>445</sup> This explains why it has been recently stressed the need to focus on economic activities rather than on discrete legal entities.<sup>446</sup>

<sup>438</sup> For a recent survey, see Steven L. Schooner & Collin D. Swan, *Suing the Government as a ‘Joint Employer’ – Evolving Pathologies of the Blended Workforce*, 52 Government Contractor, 341 (2010).

<sup>439</sup> King v. Dalton, 895 F.Supp. 831, 834-35 (E.D. Va. 1995).

<sup>440</sup> CRAIG BECKER, *Labor Law Outside the Employment Relation*, 74, *Texas Law Review*, 1527 (1996).

<sup>441</sup> KATHERINE V.W. STONE, *Legal Protections for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers*, 27 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 251 (2006).

<sup>442</sup> Judy Fudge & Kate Zavitz, *Vertical Disintegration and Related Employers: Attributing Employment-Related Obligations in Ontario*, (2007) 13 C.L.E.L.J. 107.

<sup>443</sup> [2001] O.J. No. 1879 (Ont.C.A.).

<sup>444</sup> See HUGH COLLINS, quoted above nt. 4, at 736.

<sup>445</sup> *Ibid.*

<sup>446</sup> See DOUGLAS BAIRD, *In Coase’s Footsteps*, Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 175, 2003.



In the UK, the principle of formal separation of legal personality and responsibility can be usually overcome only in the event of the allegation of a fraud, through the common-law doctrine of piercing the corporate veil.<sup>447</sup> In addition, statutory law provides for a limited lifting of the corporate veil in a number of cases, the most important of which relates to continuity of employment.<sup>448</sup> According to the Employment Rights Act (ERA) 1996, section 231, two or more employers are to be treated as “associated”: “if – (a) one is a company of which the other (directly or indirectly) has control, or (b) both are companies of which a third person (directly or indirectly) has control (...)”. The control is usually exercised through the ownership of shares (usually at least the 51%), although a “contractual control” is also possible.

As said above, the doctrine of associated employer is usually invoked to ascertain the continuity of employment for the scope of dismissal protection. According to section 108 of ERA, after one and, since 2012, two years of a qualifying period of continuous employment an employee may bring a claim for unfair dismissal. However, according to the doctrine of associated employment, a qualifying period of employer is recognized to exist even in cases in which the employee has worked less than two years for two different employers who can be classified as “associated” within the meaning of statutory and common law.<sup>449</sup>

#### 4. Convergences and Divergences between the Single and the Plural-Employer Models

Since the 1990s, after the advent of the so-called “vertical disintegration”,<sup>450</sup> the doctrine of the employer as a “single indivisible entity” and the reluctance towards the idea that the entrepreneurial powers of control and direction could lie outside the boundaries of a discrete legal entity seem to be in tension. In the past two decades, global competition and IT revolution have led to firms’ restructuring. Particularly, there has been a movement from centralized decision-making toward decentralized structures and production networks. Either in the manufacturing or in the service sector, vertical disintegration and outsourcing have enabled firms to make their operations leaner and more flexible.<sup>451</sup> Outsourcing and subcontracting activities, as market forms of governance which replace hierarchy, have increased in North America and in Europe.<sup>452</sup>

In the face of multi-polar and multi-segmented economic organizations, it has become more and more clear that the boundaries of the economic activity and entrepreneurial powers no longer coincide with the boundaries of the firm. In this context, by retracing Coase’s footsteps, Douglas Baird has warned us about the need to resist the general idea that “*the locus of economic activity*

<sup>447</sup> HUGH COLLINS, quoted above nt. 4, at 740 ff.

<sup>448</sup> See, for instance, SIMON DEAKIN, *Labour Law. Fourth Edition*, Hart Publishing, 2005, at 213 ff.

<sup>449</sup> *Pickney v. Sandpiper Drilling Ltd and other trading in partnership as KCA Offshore Drilling Services* [1989] I.R.L.R., 425; *Hancill v. Marcon Engineering Ltd* [1990] I.R.L.R., 51.

<sup>450</sup> HUGH COLLINS, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, Oxford Journal of Legal Studies, 1990, vol. 10, 353 ff.; more recently, see Raffaele De Luca-Tamajo, Adalberto Perulli, *Productive Decentralisation and Labour Law (Individual and Collective Dimensions)*. World Congress of the ISLLSS, Paris, 5–8 September 2006, General Report.

<sup>451</sup> BENNETT HARRISON, *Lean and mean: the Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*, New York, 1994; WALTER W. POWELL, *Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organisation*, 12, *Research in Organisational Behavior*, 295 (1990).

<sup>452</sup> For a comparative study, see ULRIKE MUEHLBERGER, *Hierarchies, Relational Contracts and New Forms of Outsourcing*, (September 2005). ICER Working Paper No. 22/2005.

rests with a discrete legal entity (...) In a world in which the boundaries of the firm become less clear and the identity of those who control the firm becomes more fluid, regulations that focus on the conduct of specific firms is at best incomplete and often misguided".<sup>453</sup> In this respect, legal rules should be focused in the future on regulating economic activity, "rather than on regulating discrete legal entities".<sup>454</sup>

Together with the trend toward decentralization, other changes have occurred in employment practices so that the portrait of the employer has been shaped differently. Firms have increased temporary and contingent employment. Contracting-out has become a common practice, either to staff agencies or to smaller supplying firms. Work has become even more contingent.<sup>455</sup>

In this framework, the line drawn between the single-employer and the plural-employer model has been evolving. Particularly, the concept of "joint employer" and "associated employer", which traditionally did not have a counterpart on the Continental Europe, have been gradually accepted in the Continental European legal systems. Broadly speaking, the shift from a single towards a plural employer model in countries such as France, Spain, Italy and Germany is clearly shown by the progressive erosion of the prohibition of labor supply, on the one hand, and the admittance of triangular employment relations, on the other.

The next two sections are designed to illustrate as, together with agency work, the case of subcontracting (*see infra* section 4.1) and the one of group of companies (*see infra* section 4.2) may be regarded as paradigmatic examples of a convergence towards a plural employer pattern.

#### 4.1 The case of Subcontracting

Subcontracting challenged the legal doctrine of employer as a single indivisible entity. In several legal systems, the idea of employer as the one who exercises the entrepreneurial powers of control, direction and coordination over the working activity has been questioned by new forms of governance that seem to replace hierarchical structures by market ones, through an increasing recourse to outsourcing and subcontracting activities. New forms of organization, based on different techniques, have been used to keep a direct or indirect control over contractual relationships.<sup>456</sup> "Hybrid" forms of organization challenge the legal paradigm of employment relationship. As a consequence, the nature of the employer's power needs to be reassessed in order to align the legal framework to the changes worked by economic reality.<sup>457</sup>

Moreover, the practice of outsourcing and subcontracting engages firms not only within national borders, but also with foreign firms. Transnational contracting-out leads to complex legal issues concerning private international law, international labor standards, the supranational role of

<sup>453</sup> DOUGLAS G. BAIRD, quoted above nt. 47, at 14.

<sup>454</sup> *Ibid.*

<sup>455</sup> GILIAN LESTER, *Careers and Contingency*, 51 Stanford Law review, 73 (1998).

<sup>456</sup> OLIVER E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications. A study in the economics of internal organization*, New York: The Free Press, 1975; OLIVER E. WILLIAMSON, *The Economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, New York: The Free Press, 1985.

<sup>457</sup> Hugh Collins, *Independent contractors and the challenge of vertical integration to employment protection laws*, Oxford Journal of Legal Studies, 10: 353-380 (1990); ALAIN SUPLOT, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999; *Id.*, *Le nouveaux visages de la subordination*, Droit Social, 2000, 2, 131 ff.

trade unions, international regulatory competition, and, more generally, the enforcement of labor law outside the national context.<sup>458</sup>

Subcontracting weakens the capacity for collective action. From France to Venezuela, unions are ill-prepared to deal with it,<sup>459</sup> to identify a common union strategy. Transnational collective action is still far from playing any role.<sup>460</sup>

At the national level, the approach toward subcontracting varies among different legal systems. One difference concerns the sources of law. On the one hand, we may find countries – such as the U.S.<sup>461</sup> – where subcontracting has been traditionally left to collective bargaining, with relevant consequences due to the near disappearance of unionized workplaces.<sup>462</sup> On the other hand, there are countries – such as most of continental European legal systems – where outsourcing has been mainly tackled by statutory law.<sup>463</sup>

A second important issue relates to the ideological approach adopted with regard to the new forms of economic organization. The law can either facilitate or regulate – indeed, obstruct – outsourcing and contracting out. Even within one single legal system, one can find conflicting approaches to outsourcing processes; some regulation can facilitate firm's recourse to decentralization, while others seem to have been introduced to inhibit or restrain de-verticalization processes. A clear example of the different impact of employment policies on firm strategies is provided by the European debate on the regulation of undertaking transfer (European Directive 2001/123/CE), where legal approaches to the transfer of enterprise can either facilitate or introduce obstacles to business outsourcing.<sup>464</sup>

However, these choices have not yet been carved in stone. An evolution from the single to the plural-employer model, and *vice versa*, is frequent. An example of the swinging movement from one to the other is provided by Italy. Here, the firms' increasing recourse to subcontracting strategies has led the Italian legislature to rely more and more on the joint-liabilities model as a tool to protect employees from negative externalities associated with de-verticalization processes.<sup>465</sup>

<sup>458</sup> BOB A. HEPPLER, *Labour laws and global trade*, Hart Publishing, 2005.

<sup>459</sup> Raffaele De Luca-Tamajo, Adalberto Perulli, *Productive Decentralisation and Labour Law (Individual and Collective Dimensions)*. *World Congress of the ISLLSS, Paris, 5–8 September 2006, General Report*.

<sup>460</sup> See, for the experience of International Framework agreements and its impact on subcontracting, PAPADAKIS K., CASALE G., TSOTROUDI K. (2008), *International Framework Agreement as Elements of Cross-Border Industrial Relations Framework*, in PAPADAKIS K., ed., *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an Emerging Global Industrial Relations Framework?*, Ilo-lils, Ginevra; STEVENS D. (2010), *International Framework Agreements and Global Social Dialogue: Parameters and Prospects*, ILO, Ginevra.

<sup>461</sup> DAVID ALLEN LARSON, *Subcontracting and the duty to bargain*, 17 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change, 255 (1989-1990).

<sup>462</sup> According to recent Bureau of Labor Statistic's data, union density in the private sector in the U.S. is below 7%. See, recently, JOEL CUTCHER-GERSHENFELD, *Prospects for US Collective Bargaining in a Post-Crisis, Global, Knowledge-Driven Economy*, paper presented at the Annual Meeting of the International Association of Labour Law Journals held in Sidney on August 30-31, 2009.

<sup>463</sup> For Spain, see Valdés dal-Ré R., *La externalización de actividaeds laborales: un fenomeno complex*, in AA. VV., *La externalización de actividaeds laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

<sup>464</sup> PAUL DAVIES, *Taken to the cleaners? Contracting out of services yet again*, (1997) 26 *Industrial law journal* 193.

<sup>465</sup> LUISA CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2004.

A forceful instance of this trend is also provided by the European Commission's recent investigations about the new role played by labor and employment law in "*advancing a 'flexicurity' agenda in support of a labour market which is fairer, more responsive, more inclusive, and which contributes to make Europe more competitive*".<sup>466</sup> On the one hand, the European Commission considers outsourcing, subcontracting and the de-verticalization of production as new licit and even fundamental forms of economic organization which allow firms to achieve new needs of flexibility. On the other hand, the system of joint and several liabilities among business contractors and subcontractors is regarded as the most efficient technique of protection of workers involved in outsourcing, subcontracting and agency work.

The idea that a "plurality of employers" may incentive and improve employment opportunities and that joint and several liabilities may effectively protect workers has been embraced by European Institutions in two more recent occasions. The first one is the European Directive 2008/104/EC, where agency work is regarded as an instrument to enhance occupational opportunities. In this perspective, the plural-employer pattern is considered as a chance to revitalize labor market.<sup>467</sup> The second one is the European Commission communication of March 21, 2012 about the amendment of the posting of workers Directive 96/71/EC.<sup>468</sup> Here the introduction of a system of joint and several liabilities in the field of subcontracting in the construction sector is considered to be fundamental to ensure the compliance of subcontractors with legal and contractual obligations.

A third distinguishing line can be drawn by taking into consideration the regulation of agency work and, particularly, the prescription of temporariness. Countries where only temporary agency work is admitted – such as France – tend to conceive joint-employer responsibilities as an exception to the doctrine of privity of employment contract. For example, according to the French Labor Code (Article L. 1251-39 Cd. Tr.), a worker is considered as an employee of the user firm, on the basis of an indefinite employment contract from the first day of assignment, if she/he continues to work for the user firm even after the end of the assignment, which usually cannot last for more 18 months. Other countries that admit long-term staff leasing – such as the U.S. and, since 2003, Italy – are more open to the idea of multilateral employer liability.

However, not even this distinction can be taken as irreversible or *in rerum natura*. It has been noted that temporary work tends to evolve towards a more complex provision of services, where the supplying of temporary labor is followed by additional and longer services.<sup>469</sup>

Last, since the idea of control lies at the core of both the single and the plural-employer patterns, it is possible to conclude that the caesura between these two regulatory approaches particularly emerges by focusing on remedies rather than on the theoretical construction of the concept of

---

<sup>466</sup> Green Paper 2006 "*Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21<sup>st</sup> Century*", at 4; see also Communication of the EU Commission "*Towards Common Principles of Flexicurity*", (24/10/2007 COM (2007), 627). With regard to the concept of *flexicurity*, see T. Wilthagen and F. Tros, *The Concept of "Flexicurity": A New Approach to Regulating Employment and Labour Markets*, (2004) 2 *Transfer* 169.

<sup>467</sup> For a critical perspective, see Nicola Countouris, Rachel Horton, *The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?* 38 *Industrial Law Journal* (2009) 329.

<sup>468</sup> Brussels, 21.3.2012, COM (2012) 131 final.

<sup>469</sup> For a focus on risks of "long-term temps", Guy Davidov, *Joint Employment Status in triangular Employment relationships*, *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 42, No. 4, 727-746 (2004).

employer. In fact, in both models, judges tend to investigate how the entrepreneurial powers have been exercised by contracting firms. What is profoundly different is that, according to the single employer model, the firm which turns out to be *the* employer is the only one that bears all the employment risks and liabilities. On the other hand, according to a plural-employer model, the involvement of both employers in a joint-liability scheme leads to the creation of a system of incentives for employers to contract out the economic activities only to reliable partners.

#### 4.2 The case of Group of Companies

In recent years, a plural-employer perspective has been particularly developed in the context of group of companies. While outsourcing processes and vertical disintegration reflect a process of “de-composition” or “dissolution” of the firm the grouping of companies reflect its “re-composition”.<sup>470</sup> In fact, group of companies usually refers to a situation in which several companies, although formally separated, are managed under the unified direction and coordination of the holding as a single economic entity. A multiplicity of companies thus coexist with the unity of the group.<sup>471</sup>

From a labor law perspective, in the case of subcontracting there is the need to re-draw the boundaries of the legal concept of employer and of employment responsibilities by focusing on the economic activity rather than on discrete legal entities.<sup>472</sup> In the case of group of companies, the link between the concept of employer and the firm can be maintained, but the boundaries of the firm have to be re-drawn as to represent the situation in which the firm and the employment are shared by a number of separate legal entities. Here, the separate personalities of companies do not coincide with the real boundaries of the firm as an individual employer. The group overcomes the boundaries of the legal person as well as the boundaries of the unitary concept of employer.

According to German (§ 18 AktG) and Italian corporate law (Article 2497 Codice civile) a group of companies requires an “effective unified direction” to exist.<sup>473</sup> The direct or indirect control of a corporation over other corporations by means of a number of shares as to achieve the right to a majority of votes (*de jure* control) or by means of contracts as to achieve a “dominant influence” (*de facto* or contractual control) is a *condicio sine qua non* for the existence of a group of company. However, in addition, the subsidiaries must be managed under the unified direction of the holding company. Spanish judges consider the *dirección unitaria* an essential element of group of companies,<sup>474</sup> while French judges usually require the existence of a condition of “economic and juridical dependence” between the companies.<sup>475</sup>

<sup>470</sup> See François Gaudu, *Entre concentration économique et externalisation: les nouvelles frontières de l'entreprise*, Droit Social, 2001, at 474.

<sup>471</sup> See GUNTHER TEUBNER, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, Bremen/Firenze, 1988, at 67.

<sup>472</sup> See *supra* para 4.1.

<sup>473</sup> See, for instance, Patrick Remy, *Le groupe, l'entreprise et l'établissement: une approche en droit compare*, Droit Social, 2001, at 509.

<sup>474</sup> TS (Sala de la Social), December 26, 2001, RJ/2002/5292; TS (Sala de lo Social), January 20, 2003, RJ/2004/1825; TS, September 16, 2010, RJ 2010/8441.

<sup>475</sup> See Cour d'Appel Rouen, Chambre Social, May 4 2010, no. 09/00946, 09/00975, 09/01450.

The unified direction usually denotes the existence of a group of companies that is significant from a corporate law perspective, but not necessarily from a labor law perspective.<sup>476</sup> Spanish, Italian and French judges carry out a fact intensive inquiry by placing weight on the following factors: *a)* the existence of unified direction; *b)* the existence of common goals and strategy; *c)* the joint-exercise of a unified economic activity.<sup>477</sup> A common establishment or business undertaking is also considered of great significance. The abovementioned factors are used to ascertain that a single business undertaking, a single economic activity and business strategy are shared by a number of companies. Then, there is a last factor which is regarded as the most relevant from a labor law perspective; namely, the fact that the employee, despite having a formal employment contract with only one corporation, works under the direct or indirect control and direction of the other subsidiaries. It is worth emphasizing that to the extent a link of juridical subordination can be established with both the formal employer and the other subsidiaries, this situation differs from the (illicit) case of labor supply, where the formal employer is only an apparent one, deprived of any control and direction over the working activity.

In presence of all the above mentioned factors, French judges ascertain the existence of *co-employeurs* (joint-employers) who become jointly liable for the employment obligations and, particularly, for the *obligation de reclassement*.<sup>478</sup> Under the *obligation de reclassement* the employer is bound to verify, before dismissing the employee on the ground of economic reasons, the possibility to redeploy the worker within the economic organization. In the case of an employee working for a number of subsidiaries, the obligation of redeployment is extended to the group as a whole. An economic dismissal is considered to be unfair if possibilities of redeployment in the holding or in the other subsidiaries have not been taken into account.<sup>479</sup>

Spanish judges rule similarly in favor of the existence of a joint liability and solidarity between all the companies.<sup>480</sup> In a recent judgment, the Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Madrid held

<sup>476</sup> See TS (Sala de la Social), December 26, 2001, RJ/2002/5292.

<sup>477</sup> See, with regard to France, BERNARD TEYSSIE, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, in *Droit Social*, 2010, 735 ff.; FRANÇOISE FAVENNEC-HÉNNY, *L'extinction de la relation de travail dans les groupes*, in *Droit Social*, 2010, 762 ff.; with regard to Spain, see JESÚS BAZ-RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, Editorial Comares, 2002, at 64 ff.; María Fernanda Fernández López, *El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar*, in Ead. (ed.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, quoted above nt., at 30 ff.; with regard to Italy, see GISELLA DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Franco Angeli, 1995; more recently Orsola Razzolini, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da "unicità d'impresa"*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2009, 263 ff. and contributions recently published in the journal *Rivista giuridica del lavoro*, 2013, 1 ff.

<sup>478</sup> See, recently, Cass. Soc., September 9, 2012, no. 11-12.845; Cass. Soc., September 28, 2011, no. 10-12.278; Cour d'appel Rouen, Chambre Social, May 4 2010, no. 09/00946, 09/00975, 09/01450. See BERNARD TEYSSIE, *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, quoted above nt., at 736.

<sup>479</sup> See Article L-1233.4, Code du Travail, according to which "the economic dismissal is possible only after the employer has done everything possible with regard to the re-qualification and the training of the employee as well as with regard to his redeployment within the company or within the group of companies". See also Cour d'appel Rouen, Chambre Social, May 4 2010, no. 09/00946, 09/00975, 09/01450. Here, the holding was a Finnish corporation. A similar statutory provision is provided in Germany by § 1.2 KSchG. See recently Luca Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2012, 661, here at 677.

<sup>480</sup> See, TS (Sala de la Social), December 26, 2001, RJ/2002/5292; TS (Sala de lo Social), March 6, 2002, RJ/2002/4659; TS (Sala de lo Social), January 20, 2003, RJ/2004/1825; TS, September 16, 2010, RJ 2010/8441.

that the group can be regarded as a single employing entity for the scope of collective dismissal.<sup>481</sup> Consequently, and importantly, the existence of a crisis or of a negative economic situation that justifies economic dismissals must be ascertained with regard to the group as a whole.<sup>482</sup>

German and Italian judges can also ascertain the existence of a single business undertaking (rather than of a single employer) for the scope of individual and collective dismissal protection, but they tend to be hostile to the extension of employment liabilities which lead to infringe the “sancity” of formal separation between the corporations.<sup>483</sup> However, in recent Italian judgments, a co-employership situation has been recognized to exist also for the purpose of joint-liability.<sup>484</sup> Likewise, German judges have occasionally admitted the *Verdoppelung auf Arbeitgeberseite* (the double employer) where an employee has worked for a number of firms integrated to such extent that it is possible to consider the existence of a single employment relationship, rather than a number of separated employment relationships, with a plural employing entity (*Einheitliches Arbeitsverhältnis*).<sup>485</sup>

Despite these developments there is scant evidence that judges are willing broadly to redefine the boundaries of the employment protection and of the concept of employer so as to coincide with the actual economic boundaries. In most cases, judges continue to place weight on the “*utilización abusiva de la personalidad jurídica en perjuicio de los trabajadores*” (an abuse of the corporate veil to the detriment of the employees),<sup>486</sup> on the “*confusion d’activité, d’intérêt et de direction*” (a confusion of activity, interests and direction),<sup>487</sup> on the holding’s interference in the human resources management (*immixtion dans la gestion du personnel*) at such point and at such level as to determine a “contractual confusion” or a mixed and indistinct use of the workforce within the group.<sup>488</sup>

Insofar as judges found the joint-liability regime on the piercing of the corporate veil,<sup>489</sup> these novel judicial approaches may be seen as an application of the *fraus legis* – of a fraud upon the law – as a response to a phenomenon that justifies the infringement of the principle of formal separation between different legal entities. Furthermore, these judicial approaches remain wedded to a “single employer” perspective by considering the group as a whole as the “real single employer” upon which employment costs and liabilities should be allocated.

<sup>481</sup> Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Madrid, No. 106/2012.

<sup>482</sup> *Id.*

<sup>483</sup> See, for instance, PATRICK REMY, *Le groupe, l’entreprise et l’établissement: une approche en droit comparé*, quoted above nt. 69; for Italy, GISELLA DE SIMONE, *Gruppi di imprese*, in M. BROLLO (edited by), *Il mercato del lavoro. Trattato di diritto del lavoro diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci*, vol. VI, Cedam, Padova, 2012, 1509 ff.

<sup>484</sup> See Cass., March 24, 2003, no. 4274, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2003, II, 746; Tribunale di Monza, April 28, 2004, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, II, 540; Cass., November 29, 2011, no. 25270, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, II, 375.

<sup>485</sup> See LUCA NOGLER, *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 1992, 304 ff.

<sup>486</sup> See JESÚS BAZ-RODRÍGUEZ, quoted above nt. 79, at 64 ff.; TS (Sala de lo Social), January 20, 2003, RJ/2004/1825.

<sup>487</sup> See Cass. Soc., September 9, 2012, no. 11-12.845 and, for Spain, see TS, September 16, 2010, RJ 2010/8441.

<sup>488</sup> See Cass., November 29, 2011, no. 25270; Cass., September 28, 2011, no. 10-12.278; see also, in Spain, TS (Sala de la Social), December 26, 2001, RJ/2002/5292; TS (Sala de lo Social), January 20, 2003, RJ/2004/1825 where judges place weight on the fact that the work is simultaneously performed by the employee in the behalf of all the parent companies.

<sup>489</sup> This clearly emerges in TS (Sala de la Social), December 26, 2001, RJ/2002/5292; TS (Sala de lo Social), January 20, 2003, RJ/2004/1825.



Only on a few occasions, judges have started to regard joint-liability and joint-employment as a “regulatory” response to the situation in which the firm, the economic activity, the employment are *physiologically* shared by a number of corporations belonging to the same group. French judges, for instance, appear to be open to the possibility of recognizing a single employment contract between one employee and a number of *co-employeurs* to exist whenever, despite the words used in the formal arrangement, in substance a situation of *subordination juridique* can be ascertained with more than one single employer.<sup>490</sup> Here, piercing the corporate veil plays no role.

The same result could be achieved in Italy, Spain, Germany and in other Continental European legal systems where the prevailing of substance over form is a dominant principle in contractual interpretation. Particularly, Continental European legal systems, where the concept of “contract of long term duration” as well as that one of “contractual relationship” have been analyzed for a long time, assess that in long-term contract the day to day facts of the relationship and the parties’ behavior reflect what the parties have stated to be its nature much more than the *nomen iuris* and the written document.<sup>491</sup>

The European Court of Justice has recently upheld the idea of multi-employment as a legal possibility. In the *Heineken* case, an employee, formally hired by one company, had been assigned on a permanent basis to another company that had then transferred its business undertaking to a third company. The question was whether the second and the third companies could be respectively regarded as “transferor” and “transferee” for the scope of the Transfer of Undertaking Directive. The ECJ rules that “*within a group of companies, there are two employers, one having contractual relations with the employees of that group and the other non-contractual relations with them*”.<sup>492</sup> In this perspective, it is possible to regard as a “transferor”, within the meaning of the Transfer of Undertaking Directive 2001/23, “*the employer responsible for the economic activity of the entity transferred which, in that capacity, establishes working relations with the staff of that entity, despite the absence of contractual relations with those staff*”.<sup>493</sup>

By stressing the legal possibility for an employee to have a contractual relation with a formal employer and a non-contractual relation with a substantial employer to which the employee is permanently assigned, the ECJ’s approach comes closer to the British perspective, rather than to the Continental European perspective. In fact, beside the statutory concept of “associated-employer”, in the UK a multi-employment has been recently recognized to exist by combining contract law with common law. Yet we have seen that British judges hold that a dual vicarious liability

<sup>490</sup> Cass. Soc., January 22, 1997, no. 93-43742 and 93-43743.

<sup>491</sup> Consider the Italian Civil Code, Article 1362, 2, which establishes that, after that the written agreement has been concluded between the parties, in order to understand what the parties have stated to be its real nature, it is also necessary to take into consideration the *ex post* facts of the relationships. For French legislation, consider the CODE DU TRAVAIL (Fr.), Article L. 781-2, 2° and Article L. 120-3. For a recent interpretative reconstruction of regulatory co-employment in the context of strong contractual integration between business undertakings constituting a single economic entity (rather than in the context of the group of companies) see Valerio Speciale, *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, p. 1 ff.

<sup>492</sup> ECJ, *Albron Catering BV v. FNV Bondgenoten, John Roest*, October 21, 2010, C-242/09.

<sup>493</sup> *Ibid.*



is a legal possibility when the right to control the working activity is shared by two legal entities.<sup>494</sup> Here, the bilateral construction of the employment contract is combined with the tort law of vicarious liability.

In this context, a similar conclusion has been reached with regard to the common law duty of care. In *Newton-Sealey v. Armor Group Services Ltd*, a worker, formally hired by one company belonging to the Armor Group, was seriously injured while he was working in Iraq under the control and the direction of a subsidiary. The question is “*whether, despite a person having contractual relations with only one member of a corporate group, other corporate members have acted in such a way as to be under a duty of care to him*”.<sup>495</sup> According to the High Court of Justice, Queen’s Bench Division, notwithstanding the employee had an employment contract with one corporation, the other parts of the Armor Group had behaved in such a way as to voluntarily enter into a special “non-contractual” relation of “proximity” with the employee whereby they owe to the employee a duty of care.<sup>496</sup>

## 5. The New Concept of the Employer in a Flexicurity perspective

In the previous sections we have tried to underline recent convergences towards more general acceptance of a plural employer model.

In a broader perspective, it is worth noting that the rationale underpinning these new legal trends appears to be that the best protection for workers is no longer to remain “attached” to a single business undertaking, as it was in the past.<sup>497</sup> Rather, the best protection for workers derives from splitting the employment risks and costs among different employing entities. In this respect, different employing entities, strongly integrated via contracts or shares ownership, can be regarded as “internal labor markets”<sup>498</sup> which increase and safeguard the employee’s expectations about security in income.

Since a labor market perspective is nowadays at the core of employment protection, the interaction between the employee and multiples employers can be regarded as an opportunity, rather than as a risk. An example of this different approach is offered by the recent Italian case of the “network contract” (art. 3, comma 4 *ter* d.l. no. 5/2009), whereby two or more firms are connected in a contract, in order to improve integration and share the challenge of global competitiveness.<sup>499</sup> By adopting a plural-employer approach, the network of firms can be conceived as a

---

<sup>494</sup> See *supra* § 2.

<sup>495</sup> High Court of Justice, Queen’s bench Division, February 14, 2008, *Newton-Sealey v. ArmorGroup Services Ltd*. [2008] EWHC 233 (QB).

<sup>496</sup> In Italian private law, a similar perspective has been developed by Carlo Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, now 2006, at 122 ff. who identify the concept of “responsabilità da contatto sociale” (liability deriving by social contact) later employed, in the specific context of group of companies, by Enrico Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2012, 287, here at 307 ff.

<sup>497</sup> See *supra* § 2.

<sup>498</sup> See MARZIA BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Giuffrè, Milano, 2010, at 55 ff.; see also Tiziano Treu, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2012, at 20.

<sup>499</sup> See, recently, ILARIO ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014.

net of protection, which offers to employees a number of employment opportunities. The same idea is at the basis of the French experiment of the “*contract d’activité*”, suggested by the Boissonnat Commission, where the employment contract is organized between a number of employers, each one sharing the need for the same employee’s job and tasks.

From a law and economic perspective, the option for a plural-employer model testifies to the need to fit legal techniques to the changing use of relational contracts among firms. Whilst the single-employer model reflects an idea of employment relationship relying on the ownership of the firm, the plural-employer one enables us to conceive of the employer as a network of relational contracts.<sup>500</sup>

The case of a group of companies is another example of how the plural employer model can turn out to be a labor market outcome for the employee. In fact, in the case of group of companies, where the integration is so deep as to give rise to a single economic entity, the “securization” of employee’s expectations can be even stronger. Particularly, the employee could be safeguarded not only about income, but even about job stability – or job opportunity.

The French and the Italian trend towards the enlargement of the boundaries of the duty of redeployment (*obligation de reclassement* or *dovere di ripescaggio*) to the group of companies as a whole should be taken as such a work in progress. This new approach can be explained in terms of counterbalance to the intensification of work and the flexibility required for a “flexible employee”,<sup>501</sup> working within a group of companies. In other words, to the extent that a greater degree of flexibility is demanded of employees to perform different tasks and jobs, in favor of the group as a whole, formal and substantial employers may be required to guarantee the employee her job, by providing her with re-qualification, training and redeployment within the group.

From this perspective, the group of companies can be regarded itself as an “internal labor market” or as a “market of flexicurity” capable of supplying flexible labor, on the one hand, and safeguarding employee’s expectations about stability in income and job, on the other. This is the “modern” compromise found between the businesses’ need to enhance competitiveness and the employee’s need for employment security and income.

---

<sup>500</sup> GEORGE BAKER, ROBERT GIBBONS, & KEVIN J. MURPHY, *Relational contracts and the theory of the firm*, *Quarterly Journal of Economics*, 117: 39-84 (2001).

<sup>501</sup> For this concept, see HUGH COLLINS, *Regulating the Employment Relation for Competitiveness*, in *Ind. L. J.*, 2001, vol. 30, 17 ff.

## Riflessioni sulle recenti “vicende” normative delle dimissioni\*

Ombretta Dessì

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La convalida delle dimissioni: l'oggetto dell'indagine                     | 128 |
| 2. Le “novità” della legge Fornero                                            | 128 |
| 3. Convalida, recesso del lavoratore per fatti concludenti e libertà di forma | 130 |
| 4. La convalida tra dimissioni volontarie e dimissioni per giusta causa       | 134 |
| 5. L'ambito di applicazione della novella                                     | 136 |
| 6. Le criticità delle procedure di convalida                                  | 138 |
| 7. Il D.D.L. n. 1409 del 2014 sul recesso volontario del lavoratore           | 141 |
| 8. Considerazioni conclusive                                                  | 145 |
| 9. Bibliografia                                                               | 148 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 222/2014

## 1. La convalida delle dimissioni: l'oggetto dell'indagine

L'interesse per la nuova fisionomia della disciplina sulle dimissioni<sup>502</sup> () è dovuta all'introduzione dell'istituto della convalida ad opera dell'art. 4.16-23, l. 28 giugno 2012, n. 92.

L'obiettivo della novità prefigurata dalla novella consiste nel rafforzamento del recesso del lavoratore in funzione del contrasto del fenomeno delle dimissioni in bianco, garantendogli un ulteriore momento di riflessione riguardo alla (libera?) determinazione della volontà di porre fine al rapporto di lavoro, successivo alla comunicazione di quest'ultima al datore di lavoro.

L'obiezione che i commentatori e gli interpreti hanno, tradizionalmente, rivolto alla normativa previgente attiene all'effettività dell'istituto e si concretizza nella sua inutilità rispetto al perseguimento dell'obiettivo prefissato.

Nonostante le "precauzioni" assunte dalla legge attuale, trascorsi due anni dalla sua entrata in vigore, l'impressione è che la convalida delle dimissioni non sia in grado di perseguire l'obiettivo prefigurato, perché, anche se si registra un consistente ricorso ad essa, non pare che si possa rilevare il superamento del fenomeno che si intende contrastare.

Per raggiungere lo scopo si deve procedere all'analisi delle questioni più importanti che emergono dalla normativa in esame, vale a dire delle ripercussioni della convalida sul recesso del lavoratore per fatti concludenti e sulla libertà di forma, della sua incidenza rispetto alle dimissioni volontarie e a quelle per giusta causa, dell'ambito di applicazione della novella e, infine, delle criticità della procedura.

Visto e considerato che la disciplina della Legge Fornero costituisce oggetto di valutazione da parte del Governo, in vista di un'ulteriore modifica dell'art. 4.16-23, occorre soffermarsi sul contenuto del DDL 26 marzo 2014, n. 1409<sup>503</sup>, occorre riservare attenzione allo stesso DDL in materia di dimissioni volontarie<sup>504</sup> (cfr. Tinti, 2014).

La trattazione non si deve limitare all'esame della nuova disciplina e del contenuto del DDL, fondata su raffronto con la normativa precedente – vigente (artt. 2118-2119 c.c.) e abrogata (l. 7 ottobre 2007, n. 188, espunta dall'art. 39.10, l. 6 agosto 2008, n. 133) – ma deve implicare la ricerca di soluzioni concrete alle diverse criticità della medesima.

## 2. Le "novità" della legge Fornero

Prima di entrare nel merito della questione, occorre prendere visione dell'art. 4.16-23, l. n. 92 del 2012, che, sulla linea dell'esperienza della l. n. 188 del 2007<sup>505</sup>, e del D.D.L. 8 luglio 2008, n. 884,

<sup>502</sup> Cfr. A. LEVI, *Contratto di lavoro e recesso del dipendente*, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>503</sup> Il D.D.L. 26 marzo 2014, n. 1409 è stato così numerato al Senato, a seguito della trasmissione, a Palazzo Madama, del testo, contenente disposizioni in materia di modalità di risoluzione consensuale del contratto di lavoro per dimissioni volontarie, da parte della Camera, in data 26 marzo 2014, che lo aveva precedentemente approvato il 25 marzo 2014.

<sup>504</sup> Per una panoramica del D.D.L. n. 1409 del 2014 cfr. A. TINTI, *Dimissioni in bianco: l'intervento necessario e la semplificazione pericolosa*, Dattiloscritto.

<sup>505</sup> Al riguardo si vedano R. ALTAVILLA, *Le dimissioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1987; A. VALLEBONA, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 862 ss.; E. MASSI, *Dimissioni volontarie: la nuova disciplina*, in *Dir. prat. lav.*, n. 45, 2007, 2701 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Recesso on line: ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in *Lav. dir.*, n. 3, 2008, 511 ss.; G. PELLACANI, *La nuova legge sulle dimissioni volontarie: considerazioni critiche*, in *Giur. lav.*, n. 10, 2008, 155; G. Trioni, *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, 2008, 229 ss.; M. DEL CONTE, *Le dimissioni e la risoluzione consensuale nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.

rimasto “lettera morta”<sup>506</sup>, apporta significative novità.

La legge n. 92 del 2012 ritocca il regime delle dimissioni per maternità o paternità (art. 4.16, l. n. 192 del 2012) e innova quello relativo al recesso del lavoratore (artt. 2118 e 2119 c.c.) e alla risoluzione consensuale<sup>507</sup> (art. 4.17-23, l. n. 192 del 2012).

Le dimissioni per maternità o paternità non sono sottoposte a nullità, come, invece, sarebbe stato ragionevole, in funzione dell’esigenza di certezza del diritto<sup>508</sup> (, ma a convalida (art. 55.4, d.lgs. n. 151 del 2001– che riprende l’art. 18.2, l. 8 marzo 2000, n. 53 – sostituito dall’art. 4.16, l. n. 92 del 2012).

Il recesso e la risoluzione consensuale sono ricondotti alla convalida, diretta ad accertarne la genuinità, che li condiziona sospensivamente<sup>509</sup>, nel senso che, qualora non sia effettuata dal lavoratore, impedisce che producano effetti<sup>510</sup>. La relativa dichiarazione, quindi, non consiste più in un atto volitivo perfetto, ma in un atto condizionato, che non è in grado di produrre effetti fino all’ottenimento della convalida.

Secondo una prima procedura, il lavoratore che intenda porre fine al rapporto di lavoro deve ribadire la propria volontà presso la direzione territoriale del lavoro, il centro per l’impiego territorialmente competente o una delle sedi individuate dai contratti collettivi (art. 4.17, l. n. 92 del 2012).

In base alla seconda modalità il prestatore sottoscrive una dichiarazione, relativa all’intenzione di dimettersi, apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro, inviata dal datore di lavoro al centro per l’impiego competente<sup>511</sup> (art. 4.18, l. n. 92 del 2012) ().

Effettuata la convalida o sottoscritta la ricevuta di trasmissione da parte del lavoratore, il datore di lavoro ha l’obbligo di comunicare la cessazione del rapporto di lavoro al Centro per l’impiego a partire dal momento in cui il lavoratore (in caso di dimissioni) o le parti (in caso di risoluzione consensuale) intendono farla decorrere giuridicamente.

Per evitare l’incertezza dovuta all’eventuale inerzia del lavoratore, invece, il datore di lavoro può invitarlo a effettuare la convalida, secondo una delle modalità menzionate, mediante il recapito o la consegna della relativa comunicazione (art. 4.20, l. n. 92 del 2012). Se entro sette giorni dalla ricezione dell’invito il prestatore non intraprende nessuna delle strade suggeritegli, il rapporto di

<sup>506</sup> Cfr. ALEVI, *Contratto di lavoro*, cit., 107-109.

<sup>507</sup> Si veda A LEVI, *Dimissioni e risoluzione per mutuo consenso: nuova regolamentazione*, in *Dir. prat. lav.*, n. 6, 2013, 428 ss.

<sup>508</sup> Al riguardo A. LEVI, *Le dimissioni del lavoratore*, in G. PELLACANI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero: dall’idea embrionale del novembre 2011 alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, 335.

<sup>509</sup> Sul tema, R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992, 662.

<sup>510</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 123.

<sup>511</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, 78-81; M. DEL CONTE, *L’intricata procedura per le dimissioni dalla legge n. 188/2007 alla legge n. 92/2012*, in *Lav. giur.*, n. 10, 2012, 924.

lavoro si intende risolto per il verificarsi della condizione sospensiva<sup>512</sup>.

Entro sette giorni il lavoratore può decidere non solo di convalidare o meno, ma anche di revocare le dimissioni<sup>513</sup> (art. 4.21, l. n. 92 del 2012). In caso di comportamento omissivo da parte sua, il rapporto di lavoro riprende a produrre effetti al momento della scadenza dei sette giorni. In caso di revoca, il contratto di lavoro, interrotto per effetto del recesso, torna ad avere corso normale dal giorno successivo alla comunicazione del “ripensamento”<sup>514</sup>. Nonostante la revoca non sia soggetta ad alcun vincolo di forma, in quanto “può” essere effettuata per iscritto<sup>515</sup> (art. 4.21, l. n. 92 del 2012), il Ministero del Lavoro auspica che sia “formalizzata in qualche modo” (Circolare 18 luglio 2012, n. 18). Il ripensamento non può essere consentito *sine die*, ma solo entro sette giorni dalla ricezione dell’invito da parte del datore di lavoro, per ragioni di certezza del diritto<sup>516</sup>.

Se il datore di lavoro non trasmette l’invito entro trenta giorni dalla manifestazione di volontà di recesso del lavoratore, le dimissioni sono definitivamente prive di effetto (art. 4.22, l. n. 92 del 2012). La stessa conseguenza non è prevista, invece, riguardo alla risoluzione consensuale, perché dall’interpretazione letterale della legge si desume come essa si riferisca al solo recesso del lavoratore. Considerato, però, che la convalida si estende anche alla risoluzione consensuale, si presume che ci si trovi dinanzi ad una dimenticanza del legislatore e che la previsione le sia applicabile per analogia.

Un profilo, più volte esaminato dalla giurisprudenza<sup>517</sup>, è quello delle conseguenze dell’inefficacia delle dimissioni, dovuta all’assenza di convalida o alla revoca<sup>518</sup>. Nonostante il rapporto di lavoro riprenda il suo corso, il prestatore non ha diritto alla retribuzione relativa al periodo in cui non ha lavorato (art. 4.23, l. n. 92 del 2012). In questo modo, si evita *ab origine* che il datore di lavoro debba constatarne l’assenza arbitraria e licenziarlo e, al contempo, si esclude che il lavoratore, dimessosi oralmente o “per fatti concludenti”, possa esigere, decorso un notevole lasso di tempo, la permanenza in vita del rapporto di lavoro e il pagamento delle (supposte) retribuzioni arretrate.

Un altro aspetto degno di nota è il regime sanzionatorio, che si sostanzia nella previsione di una sanzione amministrativa<sup>519</sup> nei confronti del datore di lavoro che ricorre alle dimissioni in bianco o simula la risoluzione consensuale, salvo che commetta reato ex art. 486 c.p. o ex art. 488 c.p. (art. 4.23, l. n. 92 del 2012).

### 3. Convalida, recesso del lavoratore per fatti concludenti e libertà di forma

Nonostante il contenuto della l. n. 92 del 2012, ci si deve soffermare sulle dimissioni tacite o per

<sup>512</sup> Si veda A. LEVI, *Le dimissioni*, cit., 329.

<sup>513</sup> Cfr. la precedente giurisprudenza della Corte di Cassazione, tra cui, in particolare, Cass. 26 febbraio 2007, n. 4391, in *Dir. prat. lav.*, n. 47, 2007, 286.

<sup>514</sup> Sul punto A. LEVI, *Le dimissioni*, cit., 329.

<sup>515</sup> A tale riguardo, A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, in *Boll. Speciale ADAPT*, n. 9, 2010, 80, [www.adapt.it](http://www.adapt.it); M. DEL CONTE, *L’intricata procedura*, cit., 924.

<sup>516</sup> A. CANNIOTO, G. MACCARONE, *Dimissioni con ripensamento*, in *Il Sole24Ore*, 17 luglio 2012, 19.

<sup>517</sup> Cfr., per tutte, Cass. 23 novembre 2006, n. 24886, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 254.

<sup>518</sup> M.V. BALLESTRERO, *Recesso*, cit., 530.

<sup>519</sup> A tale proposito cfr. A. LEVI, *Le dimissioni*, cit., 332 ss.; M. DEL CONTE, *L’intricata procedura*, cit., 925.

fatti concludenti<sup>520</sup> e sulla forma del recesso del lavoratore, perché presentano profili che necessitano di essere chiariti.

Prima di entrare nel cuore del discorso, occorre premettere che la novella non ha apportato alcuna novità in tema di forma, tanto che le dimissioni possono essere rassegnate in qualunque modo dal lavoratore<sup>521</sup>.

La scelta appare giustificata dal fatto che l'assenza del vincolo formale non consiste in una regola inderogabile *in peius*, per cui i contratti collettivi e individuali possono assoggettare le dimissioni alla forma scritta *ad substantiam*<sup>522</sup> e alla comunicazione mediante raccomandata A/R<sup>523</sup>.

Per quanto concerne il recesso del lavoratore per fatti concludenti, la fattispecie è legittima, perché risponde al principio della libertà di forma<sup>524</sup> e può essere prevista dai contratti collettivi o individuali mediante la formula del patto sulla forma<sup>525</sup>. Il ricorso a tale meccanismo, peraltro, non incontra il favore della dottrina quando l'inosservanza del patto comporta il licenziamento disciplinare in luogo di una più lieve sanzione conservativa<sup>526</sup>.

Il dibattito ha sempre avuto ad oggetto l'individuazione della migliore via da seguire per dimostrare la genuinità della condotta "concludente" del lavoratore. Il comportamento tacito che più comunemente è inteso come "intenzione di dimettersi" consiste nell'assenza ingiustificata dal lavoro<sup>527</sup>. Secondo la tesi più diffusa, l'idoneità risulta inequivocabile quando il lavoratore assume un atteggiamento dal quale sia agevole desumere la volontà di recesso<sup>528</sup>. Si pensi all'ipotesi in cui il prestatore si allontana spontaneamente e improvvisamente dal luogo di lavoro, magari a seguito di un diverbio, e non vi fa ritorno per diversi giorni senza fornire alcuna giustificazione<sup>529</sup>.

Non sempre, tuttavia, la condotta tacita del lavoratore è facilmente interpretabile, per cui si deve verificarne rigorosamente il significato<sup>530</sup>. In genere, le clausole che qualificano come dimissioni le assenze ingiustificate di breve durata sono considerate "sospette" in ordine all'elusione, da parte del datore di lavoro, della normativa sul licenziamento. Se, invece, il termine è più lungo, si

<sup>520</sup> Per approfondimenti sulla tematica, si veda C. SMURAGLIA, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963, 143 ss.

<sup>521</sup> Sulla questione cfr. G. PELLACANI, *La nuova legge*, cit., 19; M. D'ONGHIA, *Dal formalismo convenzionale al formalismo legale per le dimissioni del lavoratore*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, 346.

<sup>522</sup> Cfr. gli artt. 100 e 111 del CCNL Calzaturieri del 14 giugno 2010, l'art. 33 dell'Accordo di rinnovo del CCNL Imprese edili artigiane del 23 luglio 2008 e l'art. 72 del CCNL Alimentari del 21 giugno 2007, citati da A. LEVI, *Contratto*, cit., 54, nota 91.

<sup>523</sup> Si vedano l'art. 241 del CCNL del Commercio del 26 febbraio 2011 e l'art. 113 del CCNL Tessili del 9 luglio 2010, citati da A. LEVI, *Contratto*, cit., 54, nota 92.

<sup>524</sup> A tale proposito cfr. R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 61.

<sup>525</sup> Sul tema si veda R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 62-67.

<sup>526</sup> Al riguardo si veda, per tutti, P.G. ALLEVA, *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 362 ss.

<sup>527</sup> Cfr. Cass. 6 ottobre 2005, n. 19418, in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 917, con nota di G. GRAMICCIA, *Dimissioni presunte per assenza ingiustificata, licenziamento disciplinare e garanzie ex art. 7 Stat. lav.*; Cass. 20 maggio 2000, n. 6604, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 748, con nota S. TOZZOLI, *Assenza ingiustificata dal posto di lavoro e dimissioni per comportamento concludente*.

<sup>528</sup> Cfr. R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 51-52.

<sup>529</sup> Cass. 8 marzo 2011, n. 5454, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 845, con nota di A. MONTANARI, *Dimissioni per fatti concludenti in caso di persistente spontanea assenza dal lavoro*.

<sup>530</sup> Sul punto si veda L.A. MIGLIORANZI, voce *Dimissioni*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 549.

tende a presumere il reale intento del prestatore di dimettersi, a meno che l'assenza non scaturisca da un impedimento oggettivo giustificato.

Ciononostante, la questione non ha ragion d'essere, perché la manifestazione di volontà del lavoratore non è più sufficiente ai fini dell'efficacia delle dimissioni. Essendo quest'ultima sottoposta a condizione sospensiva, l'estinzione del contratto di lavoro ha luogo solo se il lavoratore, di sua iniziativa o previo invito da parte del datore di lavoro, effettua la convalida, che si estende anche alle dimissioni tacite o per fatti concludenti.

La sussistenza del meccanismo della convalida, comunque, non risolve del tutto il problema, perché, se abbandona improvvisamente il posto di lavoro, il prestatore può essere considerato come assente ingiustificato. Ciò significa che può essere esposto alle conseguenze disciplinari di cui all'art. 7 Stat. lav., compreso, nei casi più gravi, il licenziamento disciplinare. Il dubbio si insinua quando vi sono consistenti elementi che inducono a imputare l'abbandono al datore di lavoro, senza che il lavoratore abbia la possibilità di dimostrarlo<sup>531</sup>.

Un ulteriore profilo al quale occorre prestare attenzione è quello della libertà di forma, nonostante la convalida non abbia nulla a che vedere con essa, ma sia, piuttosto, diretta all'accertamento della genuinità delle dimissioni e della data in cui sono realmente rassegnate. Se avesse natura formale, infatti, non consisterebbe in una condizione sospensiva degli effetti delle stesse (dimissioni), ossia in un evento capace di impedire l'estinzione del contratto di lavoro.

Vero è che, secondo la giurisprudenza, la forma scritta contemplata dai contratti collettivi, in mancanza di ulteriori precisazioni, consiste in un elemento essenziale del recesso del lavoratore<sup>532</sup>. Ciò comporta che, se è effettuato oralmente o per fatti concludenti, lo stesso (recesso) sia invalido ex art. 1324 c.c., per effetto del quale è soggetto all'art. 1325, n. 4, c.c.<sup>533</sup>.

La mancata sottoposizione dell'istituto al vincolo della forma scritta *ad substantiam*, tuttavia, rappresenta un'occasione perduta al fine di soddisfare i dubbi e le perplessità della dottrina, che, da tempo, auspica un passo del legislatore in questa direzione<sup>534</sup>.

Il principio della libertà di forma soddisferebbe l'interesse del lavoratore alle dimissioni<sup>535</sup>, se la volontà fosse davvero genuina e costituisse il frutto di una decisione seria. Dal momento che, non

<sup>531</sup> Si veda M. DEL CONTE, *L'intricata procedura*, cit., 925.

<sup>532</sup> In proposito, Cass. 13 luglio 2001, n. 9554, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2001, 606; Cass. 25 febbraio 1998, n. 2048, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1998, 819.

<sup>533</sup> Secondo un orientamento giurisprudenziale le dimissioni tacite o per fatti concludenti e quelle in bianco sono annullabili (T. Forlì, 30 ottobre 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1996, 850, con nota di L. NANNIPIERI, *Dimissioni "in bianco" e dimissioni rese sotto minaccia di licenziamento*), mentre, secondo un altro, sono nulle per violazione di norme imperative (T. Arezzo, 21 ottobre 2008, in *Lav. giur.*, 2009, pp. 398-399, con nota di A. PIOVESANA, *Dimissioni in bianco e tutela d'urgenza*) o per mancanza di causa (A. Venezia, 3 novembre 2009, in *Riv. giur. lav.*, II, 2010, 709, con nota di S. CAIROLI, *Le "dimissioni in bianco": un negozio in cerca di classificazione*).

<sup>534</sup> Sul punto cfr. R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 61.

<sup>535</sup> A questo proposito, R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 59 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Note sulla posizione del lavoratore dimissionario*, in *Boll. Scuola perf. e spec. in dir. lav. Dell'Università di Trieste*, 1973, 51.



sempre le dimissioni scaturiscono da una scelta ponderata, la forma scritta *ad substantiam* dovrebbe costituire la regola generale<sup>536</sup>. Tale elemento, avendo carattere essenziale, richiamerebbe l'attenzione del lavoratore e lo metterebbe nelle condizioni di acquisire piena consapevolezza della propria scelta<sup>537</sup>. Inoltre, si eviterebbero «meccanismi di elusione, da parte del datore di lavoro, della disciplina limitativa dei licenziamenti»<sup>538</sup>.

Appare, dunque, opportuno che il legislatore, sulla scia della l. n. 188 del 2007 e del D.D.L. n. 884 del 2008, ripristini la regola della forma scritta *ad substantiam* in materia. Non bisogna dimenticare, infatti, che il vincolo formale è previsto con riferimento a tutti gli atti che possano rivelarsi svantaggiosi per il lavoratore<sup>539</sup>. Un'eventuale previsione in tal senso, oltre a garantirne la tutela e ad evitare gli abusi del datore di lavoro, faciliterebbe, in primo luogo, la soluzione della problematica, ancora aperta, della qualificazione del recesso del lavoratore in termini di licenziamento o di dimissioni, in relazione al differente regime al quale sono sottoposti. Secondariamente, consentirebbe di estenderla ai settori in cui i contratti collettivi non prevedono la forma scritta *ad substantiam*, nonché ai lavoratori ai quali i contratti collettivi non si applicano perché non sono iscritti al sindacato o perché sono soci di un'organizzazione non firmataria. In sostanza, l'assoggettamento del recesso del lavoratore all'obbligo della forma scritta *ad substantiam* di matrice legale non ne ridurrebbe la libertà di scelta, ma, al contrario, la rafforzerebbe in maniera significativa.

L'assenza di vincoli formali in tema di dimissioni appare poco conveniente anche per l'azienda, che, salvo il caso della giusta causa, rischia di perdere, *ad nutum*, uno o più dipendenti. Il problema assume dimensioni insignificanti quando il recesso riguarda lavoratori poco qualificati, che sono facilmente surrogabili. Se concerne quelli qualificati, invece, il datore di lavoro può incontrare difficoltà di sostituzione, perché svolgono un ruolo determinante nel processo produttivo<sup>540</sup>. Probabilmente per questa ragione la libertà di recesso del lavoratore e le motivazioni che sono sempre state poste a fondamento della sua diversità rispetto a quello (il recesso) del datore di lavoro hanno incontrato diverse obiezioni. L'azienda, dunque, ha un forte interesse alla loro stabilità, rispetto alla quale la forma scritta *ad substantiam* delle dimissioni giocherebbe un ruolo di primo piano.

Infine, tale vincolo, potrebbe rivelarsi opportuno per tutelare il lavoratore e il datore di lavoro in caso di storno dei dipendenti<sup>541</sup>. Riguardo al lavoratore, si ridurrebbero i casi di volontà di recesso non genuina, ossia condizionata dall'intervento del datore di lavoro "stornante", implicante l'inadempimento dell'obbligo di fedeltà al datore di lavoro leso dallo storno (art. 2105 c.c.). Quanto a quest'ultimo, subirebbe un "attentato" alla propria organizzazione produttiva, specialmente se lo

<sup>536</sup> In tal senso si veda R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 60.

<sup>537</sup> Sulla questione cfr. R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 53; G. FERRARO, *Autonomia e poteri del datore di lavoro*, Cedam, Padova, 1992, 139 ss.; M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, 356 ss.; Id., *Dal formalismo*, cit., 339.

<sup>538</sup> R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 60.

<sup>539</sup> A tale proposito cfr. R. ALTAVILLA, *Le dimissioni*, cit., 61.

<sup>540</sup> Cfr. U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, 55; M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, 166 ss.

<sup>541</sup> Sul tema si veda M. DELL'OLIO, *Sullo storno dei dipendenti*, in AA.VV., *Inediti*, 2007, 178. ss.

storno riguardasse i *core worker*. Il vincolo della forma scritta, pertanto, gli permetterebbe di acquisire subito consapevolezza del tentativo di storno e di correre ai ripari prima che qualunque tentativo di trattenere il lavoratore divenga inutile.

#### 4. La convalida tra dimissioni volontarie e dimissioni per giusta causa

Una questione interessante è quella dell'applicabilità della disciplina prefigurata dall'art. 4.17-23, l. n. 92 del 2012 alle sole dimissioni *ad nutum* o anche a quelle per giusta causa.

L'esigenza di soffermarvisi è data dal fatto che, secondo una teoria recente<sup>542</sup>, la novella si riferirebbe alle dimissioni *ad nutum*, ma non a quelle per giusta causa.

Si deve subito mettere in evidenza come la tesi appena menzionata non sia condivisibile e, in base a quanto si rileva dal testo della legge del 2012, come la convalida paia destinata a entrambe le *species* di recesso del lavoratore.

Un solido argomento a sostegno di tale convinzione è costituito dal fatto che il legislatore impiega la voce "dimissioni", senza distinguere tra l'una e l'altra. Se avesse inteso sottoporre a convalida solo il recesso *ad nutum* del lavoratore, lo avrebbe specificato chiaramente. D'altro canto, quando ha voluto circoscrivere la disciplina a tale ultima *species*, si è servito di una terminologia precisa. Il riferimento dell'art. 1.1, l. n. 188 del 2007 alle "dimissioni volontarie", infatti, non è mai stato fonte di dubbi. La dottrina ha sostenuto che richiamasse il solo recesso *ad nutum* del lavoratore<sup>543</sup>.

Una conclusione differente, inoltre, priverebbe ingiustificatamente della tutela in esame le dimissioni per giusta causa, che, invece, necessitano di una disciplina rigida<sup>544</sup>. Il legislatore se ne è reso conto fin dal 1942, quando ha escluso che il lavoratore recedente in tronco fosse tenuto all'obbligo del preavviso nei confronti del datore di lavoro. Non si condivide, pertanto, l'opinione secondo la quale il datore di lavoro non sarebbe interessato ad "estorcere" il recesso del lavoratore per giusta causa e avrebbe tutto l'interesse a che non sia effettuato<sup>545</sup>. Posto che, solitamente, la giusta causa si concretizza in un comportamento altrui idoneo a integrare la condizione di improseguibilità del rapporto, si reputa che la libertà contrattuale del recedente entri in gioco, con la precisazione che, quando si dimette, questi non sempre è "padrone" della propria scelta. L'impressione è che, tendenzialmente, il datore di lavoro non intenda sabotare le dimissioni per giusta causa, quanto agire affinché siano rassegnate dal lavoratore. Più precisamente, fa in modo che

<sup>542</sup> La tesi è sostenuta da M. DEL CONTE, *L'intricata procedura*, cit., 926; R. CARAGNANO, G. CARUSO, *La nuova disciplina delle dimissioni in bianco*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 337.

<sup>543</sup> In tal senso, A. VALLEBONA, *Le dimissioni*, cit., 862; M.V. BALLESTRERO, *Recesso*, cit., 517. *Contra*, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 630.

<sup>544</sup> Cfr. M.T. FUMAGALLI, *Riflessioni in materia di giusta causa di dimissioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3, II, 1998, 554; M. NICOLINI, *Le dimissioni per giusta causa*, in *AC*, 1997, 3 ss.

<sup>545</sup> M.V. BALLESTRERO, *Recesso*, cit., 517.

l'evento "così grave" da impedire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto non abbia rilievo giuridico, al fine di evitare il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso<sup>546</sup>.

Nonostante la ricchissima giurisprudenza sulle dimissioni "in tronco" ascrivibili al datore di lavoro<sup>547</sup>, bisogna considerare che la giusta causa può essere "imputata" anche al lavoratore<sup>548</sup>. Simili ipotesi possono concretizzarsi in un grave impedimento all'adempimento della prestazione<sup>549</sup>, nell'incompatibilità ambientale o in una situazione in cui la prosecuzione del rapporto di lavoro «potrebbe» lederne «irrimediabilmente i diritti primari (...) o mortificarne la personalità»<sup>550</sup>. Il minimo comun denominatore sembra consistere nell'emersione di una diversa anima della fattispecie, consistente in una situazione, non imputabile al datore di lavoro, che rende impossibile la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro<sup>551</sup>.

L'impressione è che l'indennità sostitutiva del preavviso maturi anche nelle ipotesi in cui la giusta causa dipende da ragioni "legate" al lavoratore. L'art. 2119.2, c.c., infatti, sancisce che quest'ultimo, se recede per giusta causa, ha diritto a tale compenso speciale, senza ulteriori precisazioni. L'istituto, quindi, sembra svolgere «una funzione solo *lato sensu* risarcitoria» e, al contempo, «assistenziale, onde evitare che» il lavoratore «sia costretto a rinunciare improvvisamente ai mezzi di sostentamento derivanti dal proprio lavoro»<sup>552</sup>. Ciò che conta, pertanto, non è che la giusta causa sia imputabile al datore di lavoro, ma che coincida con un fatto oggettivamente grave e tale da «rendere incompatibile la permanenza del lavoratore nel posto occupato»<sup>553</sup>. Per la stessa ragione, nonostante la diversità di funzioni, il legislatore concede l'indennità sostitutiva del preavviso al lavoratore che si dimette in caso di trasferimento d'azienda (art. 211.4, c.c., modificato prima dall'art. 47.3, l. 29 dicembre 1990, n. 428, e, successivamente, dall'art. 1, d.lgs. 1° febbraio 2001, n. 18) e alla lavoratrice che recede dopo essere stata invitata a riprendere servizio a seguito di un licenziamento per causa di matrimonio risultato nullo (art. 35.7, d.lgs. n. 198 del 2006, sostitutivo dell'art. 2.2, l.9 gennaio 1963, n. 7).

La previsione dell'indennità sostitutiva del preavviso a favore del lavoratore recedente per giusta causa, non imputabile al datore di lavoro, mette in evidenza la delicatezza della fattispecie. Versando in una situazione "critica", il lavoratore può essere facile preda dei raggiri del datore di lavoro.

<sup>546</sup> In proposito, Cass. 26 gennaio 1988, n. 648, in *Or. giur. lav.*, 1988, 531; Cass. 11 settembre 1995, n. 9231, in *Dir. prat. lav.*, n. 12, 1996, 809 ss.

<sup>547</sup> Cfr., per tutte, Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 2007, 66 ss., con nota di L. VALENTE; Cass. 7 novembre 2001, n. 13782, in *Guida dir.*, n. 48, 2001, 63 ss.

<sup>548</sup> Si veda Cass. 17 dicembre 1997, n. 12768, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1998, 551.

<sup>549</sup> Sul punto P. ICHINO, *Il contratto*, cit., 382; P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, 325.

<sup>550</sup> A. LEVI, *Contratto*, cit., 33.

<sup>551</sup> Si vedano Cass. 14 luglio 1993, n. 7796, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1994, 317, con nota di L. NOGLER, *Forza contrattuale delle parti e qualificazione del rapporto di lavoro del direttore generale di una s.p.a. con società collegate*; Cass. 17 dicembre 1997, n. 12768, in *RIDL*, II, 1998, II, 551, con nota di M.T. BELLANTE FUMAGALLI, *Riflessioni in materia di giusta causa di dimissioni*; Cass. 24 luglio 1968, n. 2688, in *Foro it. I*, 1968, 2733, con nota di G. PERA, *Sull'evoluzione della giusta causa nel rapporto di lavoro subordinato*.

<sup>552</sup> P. TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1994, 115.

<sup>553</sup> Si veda Cass. 17 dicembre 1997, n. 12768, cit., 551. Cfr. anche Cass. 21 novembre 2011, n. 24477, in *Giur. lav.*, n. 1, 2012, 35.

La convalida della genuinità della sua volontà di recesso e della data in cui la manifesta, quindi, potrebbe essere un buon deterrente nei confronti di pratiche di questo tipo.

## 5. L'ambito di applicazione della novella

Un aspetto poco chiaro è quello del campo di applicazione della convalida delle dimissioni, che, in prima approssimazione, sembra limitarsi al contrasto di quelle in bianco.

Come emerge dall'analisi testuale, tuttavia, non è da escludere che l'istituto sia rivolto al perseguimento dell'obiettivo, più ampio, di combattere le dimissioni illegittime, come quelle determinate da incapacità naturale del lavoratore<sup>554</sup>, quelle caratterizzate da vizi della volontà<sup>555</sup>, in particolare da dolo<sup>556</sup> (commissivo o omissivo, da violenza<sup>557</sup>, da minaccia di licenziamento<sup>558</sup> o quelle generate da *mobbing*<sup>559</sup>.

Un primo profilo che conferma tale sensazione è la previsione della revoca del recesso del lavoratore, che gli consente di porre rimedio alla manipolazione della sua volontà, in maniera diretta, quando è indotto a sottoscrivere il foglio in bianco, o indiretta, in conseguenza dell'incapacità naturale, dei vizi della volontà o del *mobbing*. Se acquisisce la consapevolezza della situazione, in sostanza, questi ha la possibilità di ristabilire *lo status quo ante* e di far valere la sua intenzione reale e genuina riguardo alle sorti del contratto di lavoro.

Un importante risultato in tale direzione, in contrasto con i contenuti della legge n. 188 del 2007 e in sintonia con quelli del D.D.L. n. 884 del 2008, pare essere costituito dall'estensione della disciplina sulla convalida alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro (art. 4.17-23, l. n. 92 del 2012), che è stata, spesso, impiegata per mascherare il licenziamento e per aggirare la disciplina protettiva in materia<sup>560</sup>.

Per fronteggiare meglio simili fenomeni, il legislatore avrebbe dovuto prevedere la convalida anche rispetto alla rinuncia, da parte del lavoratore, all'impugnazione del licenziamento. In fondo,

<sup>554</sup> Si rinvia a Cass. 6 febbraio 1984, n. 918, in *Dir. lav.*, II, 1984, 443; Cass. 5 aprile 1991, n. 3569, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 263; Cass. 20 maggio 2002, n. 7327, in *Giur. lav.*, n. 27, 2002, 24; Cass. 15 gennaio 2004, n. 515, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Cfr. anche A. PIOVESANA, I vizi del consenso nelle dimissioni del lavoratore, in *Lav. giur.*, n. 8, 2004, 736 ss.; R. ALTAVILLA, *Sui requisiti necessari per l'annullamento delle dimissioni rese in stato di incapacità di intendere e di volere*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, I, 2004, 136; P. TULLINI, *Sulle conseguenze dell'annullamento giudiziale delle dimissioni per incapacità naturale del lavoratore*, in *Giust. civ.*, I, 1997, 764, nota a Cass. 15 luglio 1996, n. 6166.

<sup>555</sup> Sul punto si vedano G. PAGLIERO, *Dimissioni volontarie del lavoratore e vizi del consenso*, in *Dir. prat. lav.*, 1990, 81; G. MAMMONE, *Dimissioni volontarie del lavoratore e vizi del consenso*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1989, 384; M. GORLA, *Annullabilità delle dimissioni per incapacità naturale e vizi del consenso*, in *Dir. lav.*, II, 1984, 443; D.R. PERETTI GRIVA, *In tema di vizio del consenso nelle dimissioni del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 1950, 95.

<sup>556</sup> Cfr. Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104, in *Not. giur. lav.*, 2003, 417; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, in *Giust. civ.*, 2002, 729. Cfr. anche A. PIOVESANA, *I vizi*, cit., 728 ss.

<sup>557</sup> Al riguardo cfr. Cass. 13 settembre 2011, n. 18705, in *Giur. lav.*, n. 43, 2011, 35; Cass. 13 gennaio 2003, n. 324, cit., 449; Cass. 28 dicembre 1999, n. 14621, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2000, 738; Cass. 20 gennaio 1999, n. 509, in *Not. giur. lav.*, 1999, 227. Si veda anche A. PIOVESANA, *I vizi*, cit., 729 ss.; E. BRIDA, *Dimissioni del lavoratore e violenza morale*, in *Dir. lav.*, 1996, 222.

<sup>558</sup> In proposito si vedano D. CAGETTI, *Sulle dimissioni sotto minaccia di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3, II, 1998, 563; L. NANNIPIERI, *Dimissioni "in bianco" e dimissioni rese sotto minaccia di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1996, 857.

<sup>559</sup> Al riguardo cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Mobbing: profili civilistici e giuslavoristici*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 7; A. VALLEBONA, *Mobbing: qualificazione, oneri probatori e rimedi*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 9; P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2000, 257.

<sup>560</sup> Sul tema cfr. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 71 ss.; S. MAINARDI, *Dimissioni e risoluzione contrattuale*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: estinzioni e garanzie dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1997, 3 ss.; E. MASSI, *Risoluzione consensuale e conferma delle dimissioni*, in *Dir. prat. lav.*, n. 34, 2012, 2133 ss.

tale ipotesi comporta che il datore di lavoro lo induca alla sottoscrizione di un foglio in bianco, nel quale lo stesso (lavoratore) dichiara di privarsi del relativo diritto, senza indicare la data in cui “abbandona”. In conseguenza di una simile “pratica”, potenzialmente sostitutiva di quella delle dimissioni in bianco, il datore di lavoro può ottenere lo scioglimento immediato e certo del rapporto di lavoro, aggirando sia la disciplina sulle dimissioni, sia, soprattutto, quella sul licenziamento.

L'intento, almeno apparente, del legislatore di combattere qualunque forma di recesso illegittimo del prestatore emerge anche dal presumibile assoggettamento, alla convalida, delle dimissioni rassegnate dal lavoratore a seguito del trasferimento d'azienda (art. 2112.4, c.c., modificato dall'art. 47.3, l. 29 dicembre 1990, n. 428 e, in seguito, dall'art. 1, d.lgs. 1° febbraio 2001, n. 18). La contestuale cessione dei contratti di lavoro, infatti, non può escludere che i “vecchi” dipendenti del cedente siano sgraditi al cessionario e che questi faccia di tutto per liberarsene. La facoltà di recedere entro tre mesi dall'avvenuto trasferimento li rende facilmente “attaccabili” dal nuovo datore di lavoro, in funzione di tale risultato. Potrebbero, dunque, essere indotti a manifestare una volontà tutt'altro che genuina e ad effettuare una scelta della quale non hanno piena consapevolezza.

La novella sembra preoccuparsi non solo di tutelare il lavoratore, ma anche di mettere il datore di lavoro nelle condizioni di progettare il corso della sua attività produttiva in maniera ragionevolmente sicura, senza che gli vengano frapposti ostacoli o direzioni obbligate, in vista del soddisfacimento dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

Un passo in questa direzione sembra essere costituito dalla facoltà del datore di lavoro, che ha ricevuto la comunicazione di recesso del lavoratore non seguita dalla convalida, di invitarlo ad effettuarla. L'istituto gli consente di non permanere a lungo nello stato di incertezza corrispondente al periodo di tempo che, inevitabilmente, intercorre tra la comunicazione della volontà di dimissioni e la convalida. In particolare, il termine di trenta giorni (art. 4.22, l. n. 92 del 2012) sembra essere stato studiato nella prospettiva di escludere o ridurre al minimo le inevitabili situazioni di stallo che potrebbero derivarne. Il termine di sette giorni (art. 4.20, l. n. 92 del 2012), invece, pare essere stato “forgiato” per evitare che il prestatore, dimessosi oralmente o “per fatti concludenti”, possa avanzare pretese riguardo al pagamento della retribuzione per il periodo in cui non ha lavorato.

Una conferma del duplice obiettivo perseguito dalla legge Fornero, invece, pare individuarsi nell'inapplicabilità della normativa sulla convalida alle dimissioni della lavoratrice licenziata per causa di matrimonio e, a seguito dell'accertamento della nullità di quest'ultimo, invitata a riprendere servizio (art. 35.7, d.lgs. n. 198 del 2006) e al mancato rientro in azienda del lavoratore reintegrato entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro (art. 18.5, Stat. lav., sostituito dall'art. 1.42, lett. b, l. n. 92 del 2012). Le due figure giuridiche, infatti, pur rientrando a pieno titolo nel *genus* “dimissioni”, sono regolamentate in maniera tale da assicurare da sé la salvaguardia della genuinità della volontà del lavoratore e, al tempo stesso, gli interessi del datore di lavoro.

Inoltre, si reputa verosimile l'esclusione, dalla disciplina della convalida, delle dimissioni incentivate, denominate anche "esodo"<sup>561</sup>, che si verificano ogni qual volta il datore di lavoro "inviti" il lavoratore a porre fine anticipatamente al contratto di lavoro in cambio di un'agevolazione economica. Parafrasando la Circolare del Ministero del lavoro del 25 marzo 2008<sup>562</sup>, il lavoratore che "accetta l'offerta" manifesta una volontà genuina, che si incontra con quella del proponente. Pertanto, le dimissioni, essendo il frutto di un accordo, in linea con la giurisprudenza prevalente<sup>563</sup>, non possono essere intese come recesso del lavoratore in senso giuridico, per cui esulano dall'applicazione della legge Fornero.

Infine, le dimissioni rassegnate dal lavoratore, precedentemente avisato dal datore di lavoro dell'intenzione di licenziarlo per giustificato motivo oggettivo, nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione preventiva (art. 7, l. n. 604 del 1966, sostituito dall'art. 41.40, l. n. 92 del 2012) non sono soggette a convalida (Circolare n. 18 del 2012). La cessazione del rapporto di lavoro, infatti, avviene nel contesto di una procedura diretta alla prevenzione delle controversie in tema di licenziamento, che appare in grado di offrire al lavoratore le stesse garanzie di tutela assicurate dalla convalida<sup>564</sup>. Alla stessa conclusione si giunge riguardo al recesso del lavoratore maturato nell'ambito di qualunque altra procedura di conciliazione amministrativa, sindacale o giudiziale. La genuinità della sua volontà, dunque, appare favorita dal fatto che lo stesso pare trovarsi in una condizione di equivalenza rispetto al datore di lavoro. In quel contesto, a parità di condizioni, il prestatore trae maggiori vantaggi, dei quali, altrimenti, non godrebbe per via della sua condizione di contraente debole<sup>565</sup>.

## 6. Le criticità delle procedure di convalida

Per valutare l'idoneità o meno della convalida alla realizzazione dei fini prefissati (art. 4.17-23, l. n. 92 del 2012), occorre verificare se le relative procedure presentino requisiti tali da pregiudicare l'impiego in qualità di strumento funzionale alle esigenze di tutela del lavoratore e di certezza del diritto.

La legge Fornero, pur prevedendo due diverse modalità di convalida, non specifica quali siano le procedure che ne garantiscano l'attuazione, lasciando l'incombenza ai soggetti competenti<sup>566</sup>. La Circolare del Ministero del Lavoro n. 18 del 2012, infatti, si limita a "invitare" le strutture interessate all'individuazione di modalità di verifica della volontà dimissoria del lavoratore. Anche i contratti collettivi nazionali successivi alla novella rinviano all'art. 4, senza ulteriori precisazioni<sup>567</sup>.

<sup>561</sup> Cfr. Cass. 22 gennaio 1994, n. 600, in *Giur. lav.*, 1995, I, 1, 1114, con nota di M. DI FRANCESCO; Cass. 6 giugno 2011, in *Giur. lav.*, n. 31, 2011, 35.

<sup>562</sup> M.V. BALLESTRERO, *Recesso*, cit., 526-527.

<sup>563</sup> Cfr. Cass. 24 marzo 2004, n. 5940, in *Not. giur. lav.*, 2005, 645.

<sup>564</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., 80; M. DEL CONTE, *L'intricata procedura*, cit., 923.

<sup>565</sup> Si veda P. RAUSEI, *Fra luci e ombre la prima circolare della riforma del lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, n. 32, 2012, 2003.

<sup>566</sup> Sul punto M. MANICASTRI, *Convalida delle dimissioni: modalità*, in *Dir. prat. lav.*, n. 35, 2012, 2197 ss.; E. MASSI, *Risoluzione*, cit., 2133 ss.

<sup>567</sup> Cfr. l'Accordo di attuazione, sottoscritto per il Terziario il 21 settembre 2012, l'art. 210 del CCNL per i dipendenti delle aziende del settore del Turismo e dei Pubblici Esercizi, del 3 agosto 2011 e l'art. 173 del CCNL per i dipendenti delle aziende nel settore dei Servizi del 30 ottobre 2012: la caotica attuazione della 2012.

La normativa, analogamente a quella introdotta dalla legge n. 188 del 2007<sup>568</sup>, crea problemi interpretativi, legati prevalentemente all'eccessiva burocratizzazione e alla lacunosità delle procedure.

La novella prevede una serie di oneri burocratici sia a carico delle parti che degli enti abilitati a ricevere la convalida del recesso del lavoratore.

Per quanto concerne le parti, l'ipotesi prefigurata dall'art. 4.17, l. n. 92 del 2012 non si rivela complessa, perché comporta che il lavoratore convalidi le dimissioni mediante la compilazione di un modulo, reperibile nei siti Internet o negli uffici degli enti menzionati, che, poi, è completato dagli addetti alla convalida, che accertano l'autenticità della firma del dimissionario, previo riscontro della sua identità.

La procedura di cui all'art. 4.18, l. n. 92 del 2012, invece, appare ambigua, perché la legge, al pari della Circolare n. 18 del 2012, non esplicita come il lavoratore dimissionario possa procurarsi una copia della ricevuta anzidetta. A rigor di logica si presume che il datore di lavoro, dopo aver ricevuto la comunicazione delle dimissioni e dopo aver riferito la variazione al centro per l'impiego, possa consegnarla al lavoratore, mettendolo nelle condizioni di convalidarle. Inoltre, né la legge né la Circolare n. 18 del 2012 precisano se la ricevuta debba essere da lui consegnata al centro per l'impiego o ad uno degli enti menzionati dall'art. 4.17, l. n. 92 del 2012. L'impressione, comunque, è che il lavoratore debba trasmetterla al centro per l'impiego, mettendo i funzionari a ciò addetti nelle condizioni di accertarne l'identità e di autenticarne la sottoscrizione.

Circa gli enti abilitati, il punto dolente è che la convalida, pur non comportando un sovraccarico di lavoro, si limita alla consegna, da parte del lavoratore, all'ente prescelto, modulo indicante la volontà di recesso o della ricevuta di cui all'art. 4.18, l. n. 92 del 2012. che, come si è detto, è completato, per la parte riservata all'ufficio, dagli addetti alla convalida.

L'inadeguatezza dell'intervento si accentua per via dell'elevato numero di enti coinvolti (art. 4.17, l. n. 92 del 2012), che avrebbe potuto essere evitato, limitando l'abilitazione ad un solo ente pubblico.

Simili previsioni non appaiono in armonia con l'obiettivo di semplificazione amministrativa perseguito dal legislatore da alcuni lustri. Non a caso, la relazione al D.D.L. n. 884 del 2008 lo "invitava" ad introdurre "procedure semplificate" rispetto a quelle prefigurate dalla legge del 2007.

Sul piano più strettamente tecnico, si mette in evidenza come la procedura di convalida non sia descritta in maniera chiara, nel senso che sembrano mancare dei "passaggi" necessari a renderla completa.

L'aspetto determinante è dato dal fatto che la fattispecie si riduce alla sottoscrizione, da parte del lavoratore, del modulo o della ricevuta suindicati, che appare inidonea ai fini del contrasto delle dimissioni illegittime. Non si capisce in che modo tale strumento possa garantire la genuinità della volontà del lavoratore e della data in cui realmente decide di dimettersi. Gli enti coinvolti nella procedura di convalida, infatti, sono privi di qualunque ruolo istruttorio diretto ad accertare

---

<sup>568</sup> Al riguardo E. BARRACO, *Dimissioni: la caotica attuazione della l. n. 188/2007 giustifica l'abrogazione?*, in *Mass. giur. lav.*, 626; F. ALVARO, *La disciplina delle dimissioni, una legge nata male, applicata peggio e subito abrogata*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 632.

l'esistenza di un nesso di causalità tra la volontarietà del recesso del lavoratore e la relativa dichiarazione di intenti al datore di lavoro. La convalida, quindi, non è il risultato della valutazione di un organismo esterno al rapporto di lavoro, quanto la mera ripetizione, da parte del lavoratore, della volontà di dimissioni già manifestata al datore di lavoro in un contesto non condizionante. Ciò significa che non impedisce al datore di lavoro di servirsi delle dimissioni in bianco, per via della mancanza di qualunque controllo sulla genuinità dell'intento dimissorio del lavoratore. Né la legge, né il Ministero del lavoro si preoccupano di mettere quest'ultimo nelle condizioni di rivelare i reali motivi del recesso e, talvolta, di prenderne coscienza. Non a caso, gli enti abilitati a ricevere la convalida non devono adottare "particolari modalità istruttorie, limitandosi i funzionari a raccogliere la genuina manifestazione del lavoratore a cessare il rapporto di lavoro" (Circolare n. 18 del 2012). L'impressione è che coloro che raccolgono le dichiarazioni non siano chiamati ad effettuare un'attenta analisi delle motivazioni sottese alle dimissioni e riportate nei modelli. Non si può, quindi, asserire che dedichino alle pratiche il tempo e la cura necessari. Inoltre, non si registrano né l'incremento delle attività degli uffici né l'ampliamento dell'organico esistente, che consentirebbero di fronteggiare adeguatamente il bagaglio di quelli che dovrebbero essere i compiti e le responsabilità funzionali ad un'efficace e appropriata procedura di convalida.

Un altro punto dolente consiste nella mancata previsione, da parte della legge del 2012, a differenza di quanto previsto da quella del 2007 e dal D.M. attuativo del 21 gennaio 2008, di un programma informatico attraverso il quale effettuare la convalida e velocizzare il sistema. Inoltre, non è sancita l'istituzione di una banca-dati funzionale al monitoraggio del fenomeno, né di un *report* statistico annuale contenente una casella relativa alla mancata convalida delle dimissioni, che consentano di seguire l'andamento della situazione reale.

Sul piano della tempistica, non è dato intendere quale sia l'arco di tempo entro il quale il lavoratore può "attivare il meccanismo", al fine di evitare che le dimissioni siano prive di effetto. L'unico riferimento concreto è il termine di trenta giorni dalla comunicazione delle dimissioni entro il quale il datore di lavoro può invitarlo ad effettuare la convalida<sup>569</sup>. Si esclude, comunque, che l'attivazione del meccanismo coincida con l'inizio del decorso dei suddetti trenta giorni. La legge, infatti, assoggetta a tale termine non l'iniziativa del lavoratore ai fini della convalida, ma la facoltà del datore di lavoro di invitarlo ad effettuarla.

Un ulteriore dubbio sorge a proposito della decorrenza del termine di trenta giorni, perché la legge sancisce che il *dies a quo* coincide con la data in cui il prestatore informa l'azienda dell'intenzione di dimettersi. Se la comunicazione è effettuata per iscritto, magari in ottemperanza alla contrattazione collettiva, applicabile in azienda, che assoggetta la legittimità delle dimissioni alla forma scritta *ad substantiam*, il problema non si pone. In tale ipotesi, infatti, si presume che esso coincida con la data indicata nel documento trasmesso, a maggior ragione se consiste in una raccomandata A/R. La questione non sorge neppure se, a seguito di un recesso orale o per comportamento concludente, il lavoratore effettua spontaneamente la convalida, perché, essendo l'invito inutile, il termine di trenta giorni non decorre. Se, invece, il lavoratore non convalida il recesso orale o per fatti concludenti, la determinazione del *dies a quo* può rivelarsi impossibile, per cui il decorso del termine non può essere calcolato. In simili ipotesi, non sarebbe chiaro se l'assenza

---

<sup>569</sup> In proposito si veda R. CARAGNANO, G. CARUSO, *La nuova disciplina*, cit., 337.



del lavoratore derivi dalla sua reale volontà di recesso o se sia stata indotta, in qualche modo, dal datore di lavoro.

Un altro punto interrogativo attiene alla revoca, perché né la legge né la circolare specificano che cosa accada se il lavoratore cambia idea rispetto all'intenzione di rassegnare le dimissioni. Senza dubbio, la ricostituzione del rapporto segue la comunicazione di cessazione dello stesso al centro per l'impiego per via dell'inefficacia delle dimissioni. Si presume, pertanto, che il datore di lavoro debba comunicarne la ricostituzione all'ente menzionato, una volta decorsi i cinque giorni necessari alla segnalazione delle precedenti variazioni (la cessazione del rapporto di lavoro per dimissioni).

Infine, occorre soffermarsi sul preavviso, che è suscettibile di sovrapporsi al termine di sette giorni, entro il quale il lavoratore può "rispondere" all'invito del datore di lavoro (art. 4.19, l. n. 92 del 2012). Se lo stesso preavviso fosse inferiore a sette giorni, il lavoratore potrebbe porre in essere la prestazione, con il consenso del datore di lavoro, fino alla realizzazione dell'evento integrante la condizione sospensiva. Il problema non sorge, invece, in caso di dimissioni per giusta causa, che non sono soggette all'obbligo di preavviso, per cui, durante quei sette giorni, il lavoratore non svolge alcuna attività. Se, quindi, il rapporto di lavoro, cessato per effetto del recesso, riprende il suo corso, in conseguenza della mancata convalida o della revoca, il prestatore non può vantare alcun diritto al pagamento della retribuzione rispetto all'arco temporale in cui non ha lavorato.

Le criticità messe in evidenza rendono ostica la concreta applicazione della novella, al punto da determinare un ragionevole grado di incertezza, sia sul piano della tempistica, sia «con riferimento alla programmazione della (...) attività futura» del lavoratore «presso altri datori di lavoro»<sup>570</sup>.

## 7. Il D.D.L. n. 1409 del 2014 sul recesso volontario del lavoratore

L'analisi del D.D.L. n. 1409 del 2014 si reputa prioritaria in ordine alla trattazione della tematica delle dimissioni, perché, se dovesse diventare legge, stravolgerebbe completamente la disciplina vigente.

Il progetto di legge interviene su tutte le questioni che sono state sollevate rispetto alla novella del 2012, al fine di fronteggiarne la presunta inutilità in rapporto all'obiettivo perseguito.

L'elemento di disciplina che desta maggiore attenzione è senz'altro la previsione della forma scritta come elemento essenziale delle dimissioni, che si concretizzerebbe nella sottoscrizione, da parte del lavoratore che intende recedere dal contratto di lavoro, di un apposito modulo, a pena di nullità (art. 1, 1° comma, D.D.L. n. 1409 del 2014).

L'applicazione di un vincolo formale all'istituto, peraltro, appare difficilmente collegabile all'espressione iniziale della stessa previsione, che fa salvo quanto stabilito dall'art. 2118 c.c., il quale, com'è noto, sancisce, tra le altre cose, la libertà di forma rispetto al recesso del lavoratore.

L'unica spiegazione plausibile è che il lavoratore avrebbe la possibilità di comunicare al datore di lavoro, nella forma a lui più congeniale, l'intento di recedere dal contratto di lavoro e che tale

---

<sup>570</sup> A. LEVI, *Le dimissioni*, cit. 331 ss.

comunicazione acquisterebbe efficacia giuridica solo a seguito della sottoscrizione della lettera di dimissioni da parte sua.

La lettera consisterebbe in un modulo precompilato, che, se il D.D.L. divenisse legge, sarebbe realizzato secondo le direttive di un decreto che il Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione dovrebbe emanare entro tre mesi dall'entrata in vigore dell'eventuale legge (art. 1, 3° comma, D.D.L. n. 1409 del 2014). Al pari di quanto sancito dal D.M., 21 gennaio 2008, attuativo della legge 17 ottobre 2007, n. 188, il modulo, reso disponibile gratuitamente dalle direzioni territoriali del lavoro, dagli uffici comunali e dai centri per l'impiego, dovrebbe riportare un codice alfanumerico progressivo di identificazione, la data di emissione e una serie di spazi destinati all'individuazione del lavoratore, del datore di lavoro, della tipologia del contratto di lavoro, della data della sua stipulazione e di altri elementi utili a tale scopo (art. 1, 3° comma, D.D.L. n. 1409 del 2014). Lo stesso modulo, che dovrebbe essere reso disponibile attraverso i siti Internet del Ministero del Lavoro, avrebbe una validità di quindici giorni, decorrente dalla data della sua emissione, e dovrebbe assicurare la riservatezza dei dati personali e l'indicazione della data di rilascio ai fini della verifica del termine di validità (art. 1, 4° comma, D.D.L. n. 1409 del 2014).

Un aspetto che non è mai stato preso in considerazione dal legislatore in materia di dimissioni, e che compare, invece, nel testo in esame, è quello delle dimissioni "per fatti concludenti". Infatti, se il lavoratore si assentasse, senza fornire alcuna comunicazione al datore di lavoro, per un periodo di tempo superiore a sette giorni, il contratto di lavoro si intenderebbe risolto anche in caso di mancata sottoscrizione della lettera di dimissioni (art. 1, 7° comma, D.D.L. n. 1409 del 2014).

Infine, il D.D.L. n. 1409 del 2014 prevede l'abrogazione della normativa in tema di *tutela e sostegno della maternità e della paternità* (art. 55, 4° comma, T.U. del 26 marzo 2001, n. 151, aggiornato con le modifiche apportate dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98e, successivamente, dal D.L. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2014, n. 15) e di quella sulla convalida delle dimissioni in generale (art. 4, commi 16-23, legge n. 92 del 2012), a partire dalla sua entrata in vigore (art. 1, 9° comma, D.D.L. n. 1409 del 2014).

L'assetto del D.D.L. n. 1409 del 2014 riprende quasi testualmente il contenuto della legge n. 188 del 2007, per cui non è escluso che, se divenisse legge, determinerebbe la riapertura dell'intenso dibattito sorto a seguito dell'entrata in vigore della medesima, e che offrirebbe «la materia per uno spaccato tanto realistico quanto inquietante delle condizioni in cui gli operatori giuridici versano a fronte di un modello di produzione normativa ormai da anni in voga, che vede la lettera della legge (...) irritualmente erosa e talvolta violentata da circolari e decreti del pentimento»<sup>571</sup>. Stando al dato testuale, infatti, l'eventuale entrata in vigore della legge sarebbe seguita dall'emanazione, da parte del Ministero della semplificazione e della pubblica amministrazione, di un decreto finalizzato a completarne il contenuto, sulla falsariga del D. Min. Lav. del 21 gennaio 2008, attuativo della citata legge n. 188 del 2007, e, forse, tale da introdurre elementi di disciplina ambigui e contraddittori rispetto ad essa.

<sup>571</sup> E. BARRACO, *Dimissioni*, cit., 626.

Indubbiamente, al pari della legge n. 188 del 2007, il D.D.L. presenta alcuni pregi che devono essere messi in evidenza, specialmente rispetto alla disciplina del 2012, della quale si è avuto modo di segnalare vantaggi e criticità.

Un aspetto positivo consisterebbe senz'altro nell'apposizione della forma scritta *ad substantiam*, la cui finalità sarebbe reprimere le dimissioni in bianco e, probabilmente, «dipanare la notevole incertezza sulla effettiva causa di estinzione del rapporto di lavoro, nel dubbio (...) tra un licenziamento orale o dimissioni orali o per fatti concludenti»<sup>572</sup>. L'opzione in tal senso si configurerebbe come un punto di non ritorno, perché porrebbe nel nulla le clausole collettive che dovessero ritenere il lavoratore dimissionario in caso di assenza ingiustificata dal lavoro per un periodo di tempo prestabilito, senza la necessità di compilare e sottoscrivere il modulo di recesso.

Una contraddizione di questo tipo, peraltro, si registra proprio all'interno del D.D.L., che, al verificarsi di un simile comportamento che si protragga per oltre sette giorni, lo interpreta come un fatto concludente dal quale si può presumere la volontà del lavoratore di dimettersi (art. 1, 8° comma, D.D.L. n. 1409 del 2014). Se il D.D.L. divenisse legge, ci si troverebbe, gioco forza, dinanzi ad una disposizione inerente ad un istituto imperniato sulla libertà di forma, che dovrebbe «ritenersi assorbita dal rigido *iussupervenienti*»<sup>573</sup>. Naturalmente, si tratterebbe di un caso eccezionale, per il quale non sarebbe necessario che il lavoratore si preoccupasse di procedere alla compilazione e alla sottoscrizione della lettera di dimissioni, con conseguente sterilizzazione dell'interpretazione connessa alla suddetta procedura.

Un altro profilo degno di nota consiste nell'estensione della disciplina dell'eventuale legge all'istituto della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, che essendo soggetta a forma scritta a pena di nullità, non resterebbe libera da vincoli e non renderebbe l'apposizione di limiti formali alle dimissioni completamente inutile. Anzi, si reputa che, se il D.D.L. fosse approvato dal Senato e seguisse l'iter necessario per diventare una legge, sarebbe evidente l'intento del legislatore di reprimere il maggior numero possibile di fenomeni elusivi e di attribuire un benefico e sicuro effetto di certezza dei rapporti giuridici.

L'obiettivo sarebbe perseguito in maniera ancor più persuasiva se la normativa in esame si applicasse anche alla rinunzia, da parte del lavoratore, all'impugnazione del licenziamento, comportante, come si è detto, che il datore di lavoro lo induca a sottoscrivere un foglio in bianco, nel quale dichiara di privarsi del relativo diritto, senza indicare la data in cui "abdicare". Se il potenziale legislatore del 2014 percepisse una simile "mancanza", un'altra "pratica", sostitutiva di quella delle dimissioni in bianco, potrebbe essere contrastata in maniera efficace. Il datore di lavoro, infatti, non potrebbe ottenere lo scioglimento immediato e certo del rapporto di lavoro, aggirando sia la disciplina sulla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, sia quella sulle dimissioni, sia, soprattutto, quella sul licenziamento.

Altrettanto eloquente si reputa l'estensione della disciplina sulle dimissioni ai lavoratori subordinati di qualunque tipo, ai lavoratori autonomi, a quelli coordinati e continuativi, ivi compresi i lavoratori a progetto, ai collaboratori occasionali (art. 61, 2° comma, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276), alle associazioni in partecipazione in cui l'associato percepisce redditi di lavoro autonomo,

---

<sup>572</sup> E. BARRACO, *Dimissioni*, cit., 627.

<sup>573</sup> E. BARRACO, *Dimissioni*, cit., 627.

ai contratti di lavoro stipulati dalle cooperative con i soci lavoratori, qualunque sia la loro tipologia (art. 1, 2° comma, D.D.L. n. 1409 del 2014).

Posta la similitudine del testo del D.D.L. con quello della legge n. 188 del 2007 e del D. Min. lav. 21 gennaio 2008 e successive circolari, si ritiene che, se divenisse legge, in linea con le Circolari del 4 e del 25 marzo 2008, inoltre, il vincolo in esame ricadrebbe non solo sui lavoratori del settore privato, ma anche su quelli del settore pubblico, esclusi i dipendenti non contrattualizzati.

Un difetto del testo in esame consiste indubbiamente nell'inapplicabilità dell'eventuale legge alle dimissioni per giusta causa, che continuerebbero a rimanere soggette alla forma libera, perché non compare alcun riferimento all'art. 2119 c.c., al pari di quanto risulta dalla legge n. 188 del 2007 D. Min. lav. 21 gennaio 2008 (cfr. *supra*, § 5). Se la conclusione fosse diversa, il testo del D.D.L. non arrecherebbe l'espressione "dimissioni volontarie", ma si limiterebbe a riportare quella di "dimissioni", come si desume, invece, dalla lettera della Legge Fornero, che, infatti, per convinzione quasi unanime trova applicazione sia in caso di dimissioni ordinarie sia in caso di dimissioni in tronco (cfr. *supra*, § 5). Non appare chiaro per quale ragione i relatori della legge abbiano fatto un passo indietro. Presumibilmente, considerano le dimissioni per giusta causa come un istituto normativamente assimilato al licenziamento, che solo in apparenza mantiene il connotato della volontarietà, ma che, in realtà trova giustificazione e, di fatto, è provocato da un comportamento del datore di lavoro<sup>574</sup>. Non a caso, secondo tale orientamento, il recesso del lavoratore costituisce un titolo per l'indennità di disoccupazione, inteso come trattamento previdenziale che contribuisce a liberare lo stesso (lavoratore) dal bisogno (art. 38, 2° comma, Cost.) e, se è a tempo indeterminato, gli consente non solo di risolvere unilateralmente il contratto senza dover dare il preavviso, ma gli dà anche il diritto di ricevere dal datore di lavoro un'indennità equiparabile a quella di mancato preavviso (art. 2119 c.c.). In verità, le dimissioni in tronco non sono sempre "forzate", ma, come si è detto, possono essere caratterizzate da una diversa anima, nel senso che possono essere imputate anche al lavoratore, come in caso di grave impedimento all'adempimento della prestazione, di incompatibilità ambientale o in qualsiasi situazione in cui la prosecuzione del rapporto di lavoro «potrebbe» lederne «irrimediabilmente i diritti primari (...) o mortificarne la personalità»<sup>575</sup> (cfr. *supra*, § 5).

Un ulteriore punto dolente è costituito dall'assenza di un'apposita disposizione in materia di revoca delle dimissioni. L'istituto garantirebbe il lavoratore contro possibili abusi distinti dalle dimissioni in bianco e gli consentirebbe una riflessione ulteriore sulla decisione presa in precedenza, senza dover dimostrare di aver subito pressioni (così anche Tinti, 2014). La durata del periodo suddetto potrebbe essere di sette giorni – come previsto dalla Legge Fornero – un arco di tempo sufficiente a renderlo consapevole che la volontà dimissoria gli è stata estorta, che è stato soggetto ad azioni di convincimento, condizionamento o pressione talvolta indimostrabili o che abbia preso una decisione avventata rispetto alla quale non è completamente vincolato.

Non si può, invece, riflettere rispetto alla procedura che caratterizzerebbe le dimissioni volontarie del lavoratore, perché il D.D.L. non ne fa menzione, rinviando, probabilmente, la determinazione

<sup>574</sup> Cfr. S. MAINARDI, *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in M. MISCHIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, 446-447; A. VALLEBONA, *Le dimissioni*, cit., 863-866.

<sup>575</sup> A. LEVI, *Contratto*, cit., 33.

delle modalità necessarie a far valere il vincolo della forma scritta al decreto che il Ministero della semplificazione e della pubblica amministrazione dovrebbe emanare entro tre mesi dall'eventuale entrata in vigore della legge. L'unica asserzione che appare opportuno effettuare è che, se la legge prendesse corpo, si auspica che il Ministero si astenga da qualunque decreto che dia luogo ad un'attuazione amministrativa caotica della medesima, come è avvenuto in sede di attuazione della legge n. 188 del 2007, specialmente alla luce delle numerose similitudini testuali tra i due assetti normativi. Se si ripetesse l'esperienza del passato, infatti, ci si troverebbe dinanzi a «paradossali e inaccettabili elementi di incertezza nella pratica, ingenerando (...) il pensiero che le pastoie procedurali» potrebbero soffocare «la bontà di un'idea condivisa da molti»<sup>576</sup>, come risulta dal fatto che molti Autori sono favorevoli all'apposizione di un vincolo formale alle dimissioni (non solo volontarie) in vista del contrasto di diversi fenomeni (cfr. *supra*, § 6).

Un requisito che desta perplessità, pertanto, consiste nel fatto che la lettera di dimissioni potrebbe essere compilata e sottoscritta presso le direzioni territoriali del lavoro, gli uffici comunali e i centri per l'impiego. Si ritiene, in sostanza, che il numero di organismi coinvolti sia troppo elevato, il che potrebbe essere evitato, limitando l'abilitazione ad un solo ente pubblico, in armonia con l'obiettivo di semplificazione amministrativa perseguito dal legislatore da alcuni lustri, in virtù del quale il legislatore è "invitato" ad introdurre "procedure semplificate" rispetto a quelle prefigurate dalla legge del 2007, del 2012 e, se il D.D.L. divenisse legge, del 2014.

## 8. Considerazioni conclusive

Dall'analisi della novella del 2012 e delle pratiche diffuse presso le direzioni territoriali del lavoro, i centri per l'impiego e i sindacati, si evince, egualmente, come la convalida sia il frutto di un mutamento di coordinate attuato «per vie oblique, tortuose e talvolta di incerte percorribilità»<sup>577</sup>.

Il D.D.L. n. 1409 del 2014, se divenisse legge, sarebbe, senz'altro, in grado di risolvere buona parte delle criticità che sono emerse dalla disamina della normativa del 2012, specialmente per ciò che concerne la forma scritta a pena di nullità e per la previsione di un modulo preconfezionato, capace di assicurare la certezza della data del recesso del lavoratore. Ciononostante, presenterebbe una serie di problematiche legate alla procedura necessaria per la compilazione e la sottoscrizione della lettera di dimissioni, che sarebbe farraginoso, al pari di quella prefigurata dal D.M. del 21 gennaio 2008 in attuazione della legge n. 188 del 2007, e coinvolgerebbe un numero eccessivo di enti pubblici, in contrasto con il principio di semplificazione della pubblica amministrazione.

Una strada che si potrebbe intraprendere per ovviare, in parte, alle problematiche emerse nel corso della trattazione, potrebbe consistere in un nuovo intervento legislativo, che, se avesse esito positivo, consentirebbe di offrire al lavoratore un dispositivo celere di soddisfazione delle rispettive pretese.

Per poter perseguire l'obiettivo si potrebbe sostituire la procedura di convalida – o quella prevista dal D.D.L., se divenisse legge – con l'assoggettamento delle dimissioni al vincolo della forma scritta *ad substantiam*, che si potrebbe concretizzare in un meccanismo informatico automatico,

<sup>576</sup> E. BARRACO, *Dimissioni*, cit., 631.

<sup>577</sup> M. NOVELLA, *L'inderogabilità diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009,

più semplice di quello previsto dal D.D.L. del 2014 e dal D.M. del 21 gennaio 2008, in ottemperanza all'art. 1.3, l. n. 188 del 2007.

L'idea potrebbe essere quella di inserire tale meccanismo nell'apparato di adempimenti amministrativi, modificato dal D.P.R. 7 luglio 2000, n. 42, che caratterizzano l'elenco anagrafico informatico, tenuto dai centri per l'impiego. Le dimissioni potrebbero essere rassegnate dal lavoratore sotto forma di informazione obbligatoria certificata, diretta all'aggiornamento sia dell'elenco informatico sia della scheda anagrafico-professionale, nel rispetto degli standard definiti dal D.M. 30 ottobre 2010.

L'impianto potrebbe ispirarsi al modello delle comunicazioni obbligatorie, relative ad alcune vicende modificative del rapporto di lavoro (art. 4-*bis*.5, d.lgs. 21 aprile 2000, in attuazione dell'art. 45.1, lett. a, l. 17 maggio 1999, n. 144), compresa la cessazione dello stesso (art. 21.1, l. 29 aprile 1949, sostituito dall'art. 6.3, d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297), che il datore di lavoro è tenuto ad inviare al centro per l'impiego competente entro cinque giorni dal verificarsi dell'evento. Le uniche differenze sarebbero costituite dal fatto che la comunicazione obbligatoria spetterebbe al lavoratore e avrebbe ad oggetto la sua intenzione di dimettersi.

Il dispositivo sarebbe inquadrato nell'ambito dell'obbligo dei centri per l'impiego, che sono tenuti ad aggiornare costantemente l'elenco anagrafico non solo d'ufficio e sulla base delle informazioni inviate dal datore di lavoro, dalle agenzie di somministrazione e dai soggetti autorizzati all'attività di mediazione e intermediazione, ma anche alla luce di quelle provenienti dai lavoratori. Le stesse schede anagrafico-professionali, inoltre, dovrebbero essere adeguate non solo in virtù delle esperienze formative professionali e delle competenze acquisite dal lavoratore, ma anche del fatto che questi si trova in stato di disoccupazione, per effetto delle dimissioni. Ciò significa che l'impianto proposto potrebbe essere inserito nel sistema tecnico-informatico, già esistente al riguardo, incardinato presso ogni centro per l'impiego. A questo scopo, il legislatore dovrebbe delegare al Ministero del Lavoro il compito di prevedere, mediante decreto, un'apposita modulistica, destinata alla fattispecie, analoga a quella prevista per la comunicazione obbligatoria relativa all'assunzione diretta (D.M. 30 ottobre 2007, aggiornato dal D.M. 13 febbraio 2010, n. 857).

Poste queste premesse, il lavoratore dimissionario dovrebbe compilare un modello *on line*, inserendovi i propri dati personali, le informazioni relative al rapporto di lavoro e quelle attinenti alle dimissioni, in particolare le motivazioni dettagliate e approfondite e la data effettiva del recesso. Per potervi accedere, gli utenti, vale a dire ai lavoratori che intendano recedere dal contratto di lavoro e i loro delegati, dovrebbero registrarsi, in modo tale che sia possibile, ai funzionari, accertarne l'identità. Sarebbe opportuno che la compilazione, a prescindere dal fatto che avesse luogo negli uffici dell'ente competente o attraverso il PC del lavoratore, fosse effettuata con l'assistenza diretta degli addetti. Ciò favorirebbe l'acquisizione, da parte del lavoratore, di una reale consapevolezza della sua scelta e l'inserimento, nello spazio a ciò destinato, dei motivi effettivi che la giustificano.

La comunicazione dovrebbe presentare gli stessi requisiti tecnici di quella finalizzata all'assunzione diretta, in modo da assicurare automaticamente la genuinità della volontà dimissoria e della data in cui è manifestata. Sotto il profilo operativo, il lavoratore, terminata la compilazione, dovrebbe inviarla al centro per l'impiego nel cui ambito territoriale si trova la sede dell'azienda e notificarla al datore di lavoro, obbligatoriamente, per iscritto, nel rispetto di un preciso vincolo di comunicazione, quale la raccomandata A/R.

Entro sette giorni dall'invio del modulo al centro per l'impiego competente, il lavoratore dovrebbe avere a disposizione sette giorni per decidere se recedere realmente dal contratto di lavoro o se revocare le dimissioni. Se dovesse optare per la revoca, che sarebbe soggetta al vincolo della forma scritta *ad substantiam*, lo stesso prestatore dovrebbe essere messo nelle condizioni di intervenire nuovamente sul modulo già compilato e modificarne il contenuto. In tal caso, il contratto di lavoro, interrotto per effetto del recesso, dovrebbe riprendere a produrre effetti dal giorno successivo alla comunicazione del "ripensamento".

Decorso il termine di sette giorni senza aver cambiato idea, il lavoratore dovrebbe confermare per iscritto al centro per l'impiego e al datore di lavoro la propria decisione, nel rispetto degli stessi vincoli indicati in precedenza.

Il centro per l'impiego, a sua volta, dopo aver ricevuto l'informazione e averla certificata, dovrebbe aggiornare la scheda professionale del lavoratore alla luce dei relativi contenuti.

La trasmissione, effettuata dal lavoratore al centro per l'impiego, dovrebbe essere efficace ai fini dell'assolvimento degli obblighi di comunicazione – che il legislatore dovrebbe prevedere – a favore di tutte le Amministrazioni Pubbliche interessate, per ragioni di monitoraggio, verifica ed ispezione. Il centro per l'impiego, quindi, dovrebbe inoltrarla alle direzioni regionali e territoriali del lavoro, all'INPS, all'INAIL, agli enti depositari di altre forme di previdenza sostitutive o esclusive, allo sportello unico per l'immigrazione, e, in particolare, al Ministero del Lavoro. In questo modo opererebbe in funzione del principio di semplificazione delle procedure amministrative e della riduzione degli oneri economici e burocratici gravanti sul centro per l'impiego, sul lavoratore e sul datore di lavoro.

L'esito dell'operazione potrebbe essere confermato dal rilascio di una ricevuta di transazione da parte del sistema informatico, che l'utente dovrebbe conservare, quale elemento probatorio dell'avvenuta manifestazione della volontà di recesso. Il datore di lavoro, dal canto suo, entro cinque giorni dal ricevimento del modulo attestante le dimissioni, dovrebbe inviare al centro per l'impiego la comunicazione obbligatoria della cessazione del rapporto di lavoro.

Il meccanismo suggerito si inserirebbe facilmente nel contesto delle comunicazioni che devono essere effettuate al centro per l'impiego e garantirebbe la tutela della genuinità della volontà del lavoratore e la certezza del diritto. Inoltre, favorirebbe l'analisi incrociata dei moduli di dimissioni compilati e delle comunicazioni obbligatorie di cessazione del rapporto di lavoro pervenute ai centri per l'impiego. L'analisi sarebbe diretta a monitorare il mercato del lavoro sul piano quantitativo – in base al numero di dimissioni *on line* seguite dalla cessazione del rapporto di lavoro – e qualitativo – in base alle caratteristiche dei contratti di lavoro interessati dalle dimissioni nell'ambito di ciascun settore economico. Per di più, permetterebbe agli operatori abilitati di intervenire in caso di anomalie o errori, verificando le dimissioni inoltrate – attraverso una ricerca per codice univoco, per data, per codice fiscale del lavoratore, per datore di lavoro – e modificandole o annullandole attraverso un'apposita comunicazione al lavoratore, che dovrebbe essere effettuata con gli stessi meccanismi di delega e con un sistema di ricevute atte a garantire la certezza dell'identità dell'utente e la riservatezza dei dati personali.

Un'altra modifica opportuna potrebbe consistere nella delega, da parte del legislatore alla contrattazione collettiva, della facoltà del lavoratore dimissionario di farsi assistere da un membro del sindacato al quale è iscritto o ha conferito mandato, in sede di compilazione del modello in-



formatico di dimissioni. Il rappresentante sindacale delegato dovrebbe svolgere un'attività di sostegno personale e di consulenza giuridica a favore del dimissionario. Essendo destinato ad un incarico delicato, dovrebbe essere designato in maniera selettiva, in modo non si trovi in condizioni di inadeguatezza tecnico-culturale nello svolgimento dell'attività di assistenza. Inoltre, dovrebbe essere affiancato dal legale del sindacato, che lo aiuterebbe ad interpretare la genuinità della volontà dimissoria del lavoratore nel rispetto di quanto previsto dalla legge e, eventualmente, dalla contrattazione collettiva. Infine, per la stessa ragione, sarebbe opportuno che il delegato fosse preparato allo svolgimento di una simile attività, analogamente a quanto previsto per i conciliatori in tema di mediazione civile e commerciale (art. 16.5, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28). La funzione di formarlo potrebbe essere affidata ad appositi enti di formazione iscritti in particolari albi tenuti dal Ministero del lavoro, previa verifica delle garanzie fornite sul piano economico e su quello didattico. Se si riservasse attenzione a tale profilo, si ridurrebbe il rischio, per il lavoratore, di essere pregiudicato dalla scarsa professionalità del delegato sindacale chiamato ad assisterlo. In questo modo, il sindacalista sarebbe in grado di interporre i propri buoni uffici al fine di garantire un minimo di sostegno al lavoratore e di proteggerlo adeguatamente. Inoltre, assicurerebbe realmente la tutela dei diritti, che scaturisce non tanto dalla produzione di un risultato a qualunque costo, ma dalla piena osservanza della normativa in materia.

La nuova legge dovrebbe anche mantenere l'obbligo dei genitori-lavoratori che decidono di dimettersi o di risolvere consensualmente il contratto di lavoro, durante i primi tre anni di vita del bambino o nei primi tre anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento, o, in caso di adozione internazionale, nei primi tre anni decorrenti dalle comunicazioni di cui all'articolo 54, comma 9, di rispettare la procedura in virtù della quale devono ottenere la convalida della loro volontà da parte del servizio ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali competente per territorio, alla quale è sospensivamente condizionata l'efficacia della risoluzione del rapporto di lavoro (art. 4.16, legge n. 192 del 2012). Una simile scelta consentirebbe di contrastare pratiche vessatorie e discriminatorie nell'ambito che è maggiormente colpito dalle dimissioni in bianco e di garantire ai genitori-lavoratori recedenti la possibilità di prendere una decisione serena e consapevole, alla luce dei diritti relativi alla conciliazione tra lavoro e cura della famiglia. Presumibilmente la procedura andrebbe modificata e adeguata alla finalità alla quale è diretta, magari migliorando la qualità del monitoraggio del fenomeno e inserendo, anche rispetto al recesso dei genitori-lavoratori, un breve periodo di revoca che tutelerebbe non solo loro ma anche gli interessi del datore di lavoro (cfr. Tinti, 2014).

In conclusione, l'introduzione delle modifiche auspiccate potrebbe indurre il lavoratore a valutare concretamente la necessità di effettuare una simile scelta. Diversamente da quanto previsto dal D.D.L. e dalla disciplina vigente, un impianto così strutturato opererebbe sul piano sostanziale e individuerebbe e fisserebbe con precisione e in maniera formale la sua intenzione di recedere dal contratto di lavoro in un determinato momento storico.

## 9. Bibliografia

AA.VV. (2008), *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari. Cacucci.

Alleva P.G. (1976), *L'onere della prova nel dilemma giudiziario tra dimissioni orali e licenziamento orale*, in *RTDPC*, pp. 362 ss.

Altavilla R. (1987), *Le dimissioni del lavoratore*, Milano: Giuffrè.



- Altavilla R. (2004), *Sui requisiti necessari per l'annullamento delle dimissioni rese in stato di incapacità di intendere e di volere*, in RIDL, n. 2, I, pp. 136.
- Alvaro F. (2008), *La disciplina delle dimissioni, una legge nata male, applicata peggio e subito abrogata*, in MGL, pp. 632.
- Ballestrero M.V. (2008), *Recesso on line: ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in LD, n. 3, pp. 511 ss.
- Barraco E. (2008), *Dimissioni: la caotica attuazione della l. 188/2007 giustifica l'abrogazione ?*, in MGL, pp. 626.
- Brida E. (1996), *Dimissioni del lavoratore e violenza morale*, in DL, pp. 222.
- Cagetti D. (1998), *Sulle dimissioni sotto minaccia di licenziamento*, in RIDL, n. 3, II; pp. 563.
- Cannioto Maccarone (2012), *Dimissioni con ripensamento*, in Il Sole24Ore, 17 luglio 2012, 13.
- Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in DLRI, pp. 55.
- Caragnano R., Caruso G. (2012), *La nuova disciplina delle dimissioni in bianco*, in *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita (2012)*, 337.
- D'Onghia M. (2005), *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè.
- D'Onghia M. (2008), *Dal formalismo convenzionale al formalismo legale per le dimissioni del lavoratore*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, pp. 337 ss.
- Del Conte M. (2012a), *L'intricata procedura per le dimissioni dalla legge n. 188/2007 alla l. n. 92/2012*, LG, n. 10, 924.
- Del Conte M. (2012b), *Le dimissioni e la risoluzione consensuale nel contratto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Il Codice Civile. Commentario (1992)*.
- Dell'Olio M. (2007), *Sullo storno dei dipendenti*, in *Inediti (2007)*,
- Fergola P. (1985), *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- Ferraro G. (1992), *Autonomia e poteri del datore di lavoro*, Padova: Cedam.
- Fumagalli M.T. (1998), *Riflessioni in materia di giusta causa di dimissioni*, in RIDL, n. 3, II, p. 554.
- Gorla M. (1984), *Annulabilità delle dimissioni per incapacità naturale e vizi del consenso*, in DL, II, pp. 443.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale (2003)*.
- Il Codice Civile. Commentario (1992)*, diretto da Cicu A., Messineo F., Mengoni L., continuato da Schlesinger P., Milano: Giuffrè.
- Inediti (2007)*, a cura di Dell'Olio M., Torino: Giappichelli.

*La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita (2012)*, a cura di Magnani M., Tiraboschi M., Milano: Giuffrè.

*La riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero: dall'idea embrionale del novembre 2011 alla legge 28 giugno 2012, n. 92 (2012)*, a cura di G. Pellacani, Milano: Giuffrè.

Levi A. (2012a), *Contratto di lavoro e recesso del dipendente*, Torino: Giappichelli.

Levi A. (2012b), *Le dimissioni del lavoratore*, in *La riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero: dall'idea embrionale del novembre 2011 alla legge 28 giugno 2012, n. 92 (2012)*.

Levi A. (2013), *Dimissioni e risoluzione per mutuo consenso: nuova regolamentazione*, in *DPL*, n. 6, p. 428.

Magnani M. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, pp. 166 ss.

Mainardi S. (1997), *Dimissioni e risoluzione contrattuale*, in *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: estinzioni e garanzie dei diritti*, Torino: Giappichelli, a cura di Carinci F., pp. 3 ss.

MAINARDI S. (2007), *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 446 ss.

Mammone G. (1989), *Dimissioni volontarie del lavoratore e vizi del consenso*, in *RIDL*, II, p. 834.

Mancini G.F. (1962), *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano: Giuffrè.

Manicasteri M. (2012), *Convalida delle dimissioni: modalità*, in *DPL*, n. 35, pp. 2197 ss.

Massi E. (2007), *Dimissioni volontarie: la nuova disciplina*, in *DPL*, n. 45, pp. 2701 ss.

Massi E. (2012), *Risoluzione consensuale e conferma delle dimissioni*, in *DPL*, n. 34, pp. 2133 ss.

Mazzotta O. (2008), *Diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè.

Miglioranzì L.A. (1964), voce *Dimissioni (diritto privato)*, in *ED*, vol. XII, Milano, p. 549.

Miglioranzì L.A. (1964), voce *Dimissioni*, in *Enc. dir.*, vol. XII, pp. 547 ss.

Nannipieri L. (1996), *Dimissioni "in bianco" e dimissioni rese sotto minaccia di licenziamento*, in *RIDL*, II, p. 857.

Nicolini M. (1997), *Le dimissioni per giusta causa*, in *AC*, 1997 pp. 3 ss.

NOVELLA M. (2009), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano: Giuffrè.

Pagliero G. (1990), *Dimissioni volontarie del lavoratore e vizi del consenso*, in *DPL*, pp. 1 ss.

Pellacani G. (2008), *La nuova legge sulle dimissioni volontarie: considerazioni critiche*, in *GL*, n. 10, p. 155.

Pera G. (1980), *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova: Cedam.

- Peretti-Griva D.R. (1950), *In tema di vizio del consenso nelle dimissioni del lavoratore*, in MGL, 95.
- Piovesana A. (2004), *I vizi del consenso nelle dimissioni del lavoratore*, in LG, n. 8, pp. 736 ss.
- Rausei P. (2012), *Fra luci e ombre la prima circolare della riforma del lavoro*, in DPL, n. 32, p. 2003.
- Riva Sanseverino L. (1973), *Note sulla posizione del lavoratore dimissionario*, in Boll. Scuola perf. e spec. in dir. lav. dell'Università di Trieste, n. 56-57-58.
- Scognamiglio C. (2006), *Mobbing: profili civilistici e giuslavoristici*, in MGL, 7.
- Scritti in onore di Edoardo Ghera* (2008), AA.VV., Bari: Cacucci.
- Simi V. (1948), *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- Smuraglia C. (1963), *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- Tinti A., *Dimissioni in bianco: l'intervento necessario e la semplificazione pericolosa*, dattiloscritto.
- Trattato di diritto civile e commerciale* (2003), diretto da Cicu A., Messineo F., Mengoni L., continuato da Schlesinger P., Milano: Giuffrè.
- Trioni G. (2008), *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, in RIDL, n. 2, pp. 229 ss.
- Tullini P. (1994), *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano: Giuffrè.
- Tullini P. (1997), *Sulle conseguenze dell'annullamento giudiziale delle dimissioni per incapacità naturale del lavoratore*, in CG, I, p. 764
- Tullini P. (2000), *Mobbing e rapporto di lavoro*, in RIDL, I, pp. 257.
- Vallebona A. (2006), *Mobbing: qualificazione, oneri probatori e rimedi*, in MGL, 9.
- Vallebona A. (2007), *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in MGL, pp. 862 ss.
- Vallebona A. (2010), *Una buona svolta del diritto del lavoro*, in Boll. Speciale ADAPT, n. 9, [www.adapt.it](http://www.adapt.it).
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro*, Torino: Giappichelli.

## Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano\*

Bruno Caruso

|                                                                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La crisi “epocale”, il diritto del lavoro e i diritti costituzionali. La specificità italiana                                                                                     | 153 |
| 2. Nuove “traiettorie” della narrazione laburista. Prima traiettoria: a) l’allargamento della sua “giurisdizione”: per una riconsiderazione dell’art. 35 della Costituzione italiana | 155 |
| 3. Segue ... seconda traiettoria: b) dietro la condizionalità. Per una rivisitazione del rapporto tra principio di responsabilità e diritto del lavoro                               | 159 |
| 4. Segue... terza traiettoria: c) nuove strategie di tutela dinamica nella crisi. Bilanciamento e proporzionalità                                                                    | 161 |
| 5. Il bilanciamento alla prova: le riforme del mercato del lavoro in Italia. Legge e contrattazione collettiva                                                                       | 164 |
| 6. Conclusioni                                                                                                                                                                       | 168 |
| Bibliografia                                                                                                                                                                         | 169 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 111/2014

## 1. La crisi “epocale”, il diritto del lavoro e i diritti costituzionali. La specificità italiana

Tiziano Treu [Treu 2013] ha ricordato, di recente, alla comunità dei giuslavoristi italiani, quel che Hugo Sinzheimer scriveva, a ragione, con riguardo al particolare impatto, rispetto alle altre branche del sistema giuridico, che la crisi economica produce su una disciplina/sismografo come il diritto del lavoro e sul suo paradigma. La grande recessione in atto, per altro, è solo l'abbagliante cartina di tornasole di difficoltà e limiti endogeni alla narrazione giuslavorista del novecento, ormai autorevolmente segnalata nel dibattito internazionale [Arthurs 2006; Davidov, Langille 2006; Langille 2006; Hyde 2006; Stone 2006; Stone,

Arthurs 2013].

Vero è, infatti, che il diritto del lavoro, tradizionalmente protettivo, solidarista, eguagliatore, immaginato – nella *vision* riformista e non funzionale alla lotta di classe [Giugni 1989; 2007] – quale strumento più adeguato per mediare i conflitti pluralistici [Coutu, Le Friant, Murray 2013], subisce una sorta di crisi di impotenza, secondo alcuni persino una eterogenesi dei fini; ciò a prescindere da una connessione immediata con la crisi.

Un po' ovunque, e non solo nei paesi attanagliati dalla crisi depressiva, il paradigma lavoristico del novecento appare ormai inadeguato e insufficiente per affrontare la complessità dei problemi posti dalla globalizzazione, dalla trasformazione tecnologica e dell'organizzazione di impresa<sup>578</sup>: disoccupazione crescente<sup>579</sup> e concentrata su segmenti sociali deboli, giovani e donne innanzitutto<sup>580</sup>; nuove disegualianze e nuovi conflitti orizzontali<sup>581</sup>. Il diritto del lavoro del novecento, per come è stato immaginato, e per la regolazione che presuppone, non solo in Italia, non è in grado ormai di affrontare nuove dicotomie [Hyde 2006; Davidov 2006], senza una riconsiderazione, prima ancora che dei suoi strumenti, della sua funzione e della sua “giurisdizione”.

Nella vulgata liberista<sup>582</sup> il diritto del lavoro tradizionale viene considerato, addirittura, ostacolo allo sviluppo economico e ai processi di inclusione sociale, generando, di suo, nuove disegualianze (intergenerazionali, tra *insider* e *outsider*, protetti e non protetti) [Ichino 1996].

Costituiscono corollari fattuali di tale percezione teorica di inadeguatezza del paradigma giuslavorista novecentesco, da un lato, la crisi della forma sindacato e dei suoi strumenti: la concertazione sociale [Zan 2104], la stessa attività di negoziazione collettiva tradizionale [Le Friant 2013] e la sua proiezione più simbolica: il contratto nazionale di settore); dall'altro, l'insostenibilità finanziaria, senza adeguate riforme, del tradizionale welfare state, soprattutto nel modello mediterraneo [Palier 2013; Ferrera 2013, Saraceno 2013].

<sup>578</sup> Con processi di inusuale scomposizione sia del ciclo produttivo sia del datore di lavoro [Prassl 2013, Fudge 2006].

<sup>579</sup> Per l'Italia si rinvia all'incisivo volume di Passerino e Moretti [2014] e ai dati ivi riportati. In generale sulle dislocazioni del lavoro e le sue cause, a partire dal contesto degli Usa, il discusso libro di E. Moretti 2013.

<sup>580</sup> Si rinvia al dossier *Generation Jobless*, The Economist, Aprile 2013. Per rilevazioni dei trend occupazionali sul piano globale, ILO [2014].

<sup>581</sup> Nuovi conflitti orizzontali, in Italia, per esempio, sono quelli tra lavoratori pubblici e privati, produttori o aspiranti tali e percettori di grandi, piccole e piccolissime rendite, professionisti affermati e giovani professionisti, imprenditori grandi che dettano prezzi e regole e imprenditori economicamente dipendenti che li subiscono [Fubini 2014, 10].

<sup>582</sup> Si rinvia alle considerazioni di Deakin [2013; 2014].

La crisi epocale che attanaglia l'occidente<sup>583</sup>, ancora perdurante, ha, peraltro, una specificità europea riguardante la sua prospettiva ordinamentale: vale a dire la messa in discussione – anche in ragione delle scelte delle autorità europee e di pretesi conflitti di interessi nazionali (Germania v. paesi “a finanza allegra”) – del modello costituzionale, economico e sociale dell'UE<sup>584</sup>. Essa si condensa in una crisi finanziaria, di bilancio e di economia reale, unica nel dopoguerra, quanto a durata e dimensioni, e che ha colpito notoriamente, in maniera più distruttiva di ricchezza nazionale, alcuni paesi dell'area dell'euro (i c.d. PIIGS); la crisi presenta infine, una specificità nazionale, tutta italiana.

Queste diverse dimensioni geopolitiche della crisi, che andrebbero analiticamente tenute separate, spesso vengono confuse, o addirittura correlate, mediante la evidenziazione di un unico e meccanico nesso causa/effetto. Con riguardo alla situazione nazionale, sia nella vulgata economica sia nella vulgata costituzionalistica [Calvano 2104], le ragioni della crisi, in termini economici, finanziari e di tenuta dei diritti costituzionali, sono canalizzate sulle scelte di austerità (ormai acclaratamente discutibili) delle autorità monetarie sovranazionali [Armingeon, Baccaro 2012; Krugman 2009] e sulle politiche restrittive di bilancio imposte agli stati con debito sovrano fuori controllo; onde anche la riforma costituzionale interna dell'art. 81 Cost., con obbligo di pareggio di bilancio, considerata dai suoi critici come meramente imposta dall'esterno, determinerebbe un grave *vulnus*, attuale e potenziale, della “sovranità sociale nazionale”, incidendo direttamente sui diritti e sulle politiche sociali di rilevanza costituzionale, aumentando il loro tasso di condizionabilità e, dunque, la dipendenza funzionale dalle scelte di bilancio [Bilancia 2012, Ruiz-Rico Ruiz 2013]<sup>585</sup>.

Che si tratti di una „doppia vulgata“ lo dimostrano, sul piano economico, recenti e documentate analisi di inoppugnabili dati, dalle quali si evince che la crisi economica italiana viene da relativamente lontano ed è determinata soprattutto da fattori endogeni ad ampio spettro, tra i quali non si sottrae la regolazione (in senso ampio) lavoristica (*infra*, § 2 ss)<sup>586</sup>. Sul piano costituzionale convincenti posizioni ci dicono che: a) la crisi economico-finanziaria e le riforme “imposte” non hanno prodotto rotture costituzionali (come è avvenuto con la legislazione antiterrorismo); b) le misure assunte hanno evitato di compromettere l'integrazione europea, come si legge tra le righe della

<sup>583</sup> La letteratura sulla crisi è ormai sterminata. Per il dibattito tra gli economisti si rinvia Stiglitz, [2010], Krugman [2009]; di segno opposto l'analisi e le ricette di Reinhart, Rogoff [2010].

<sup>584</sup> Anche in tal caso la letteratura giuridica ed economica è sterminata. Si rinvia a per tutti a Ruffert [2011]. Si veda pure Bini Smaghi [2013]; Petruzzella [2012].

<sup>585</sup> Per una ricognizione del dibattito in chiave di diritto costituzionale e diritto dell'UE si rinvia a Caruso C., Morvillo [2014], Giupponi [2014].

<sup>586</sup> Scrive Fubini [2014, 16]: «Dove la divergenza italiana emerge, in modo sempre più evidente, è nella fase dal 1995 in poi. Da allora al 2011 il tasso di crescita per abitante del paese è di appena lo 0,5% (sarebbe ancora più basso se si contassero il 2012 e il 2013). È il risultato più deludente di tutti i paesi avanzati: la media Ocse è stata dell'1,7% (...). Questi dati suggeriscono alcune costatazioni. La più ovvia è che il declino, sempre più serio e ancora in atto, della capacità italiana di sviluppare crescita economica è in corso da decenni. Esso dunque non dipende dall'euro perché è preesistente. E non dipende neppure dalla così detta austerità, cioè dal tentativo di tenere i conti in ordine per evitare il default, perché l'erosione dei tassi di crescita è una costante che attraversa ogni stagione». «C'è dunque una specificità italiana in questa lunga recessione che non ha niente a che vedere con l'euro o con i vincoli di bilancio europei, e molto a che fare invece con le istituzioni economiche del paese (...). Con alcune fra le regole più difensive dei diritti sociali, l'Italia ha una delle società più ineguali in termini di distribuzione del reddito, più minacciate in termini di generazione del reddito stesso e più asfittiche in termini di opportunità per chi nasce nella famiglia sbagliata» [Fubini 2014, 31].

sentenza *Pringle*<sup>587</sup>; c) anche grazie alle misure di aiuto agli stati, nell'ordinamento europeo prende forma un originale principio di *solidarietà responsabile interstatale* che potrebbe essere preludio di una diversa direzione dell'*European process* verso una più stretta unità economica, non limitata alle politiche di bilancio e verso un più stabile modello di *government* costituzionale e di ripensamento dello stato costituzionale [Morrone 2014, 85; in generale, von Bogdandy 2011].

In tale ampio contesto, il diritto del lavoro italiano e il tema della sua riforma – sia delle regole sostanziali, sia delle regole del mercato (*infra*, § 5) – pare oggetto di una “doppia ossessione”: l'ossessione di chi pensa che la crisi economica e di competitività del sistema nazionale sia da ricondurre alla farraginosità, all'implosione delle regole, all'eccesso di funzioni protettive, onde la semplificazione e la flessibilità come panacea; e l'opposta ossessione di chi pensa che ogni processo di cambiamento (o di allentamento) di regole ispirate a una idea di protezione attraverso le tecniche dei vincoli, dei controlli e dei limiti all'impresa, sia il viatico allo smantellamento di imperituri diritti e “indefettibili valori”, incondizionati e incondizionabili anche in tempo di crisi.

Anche in tal caso, un incrocio di dati contenuti in rilevazioni internazionali dimostra che esiste una possibilità terza che dovrebbe dettare l'agenda di ragionevoli riforme in un quadro di profondo rinnovamento del paradigma della disciplina, senza furie palingenetiche e distruttive della tradizione. I dati contenuti nel “*The global competitiveness Report 2013-2014*”<sup>588</sup> – che misura annualmente il livello di competitività di ogni sistema nazionale sulla base dell'analisi delle interazioni di dodici indicatori<sup>589</sup> – ci dicono che l'indicatore (*pillar*) *Labour market efficiency* (che ricomprendere la regolazione del lavoro) da solo, conta soltanto 1/12 rispetto al tasso più o meno alto di competitività di un paese e incide, dunque, solo relativamente sul livello complessivo di competitività sistemica di ogni paese analizzato. E, tuttavia, se si incrociano i dati nazionali di efficienza del mercato del lavoro e i tassi occupazionali, emerge una correlazione diretta tra la misura di inefficienza (o efficienza) dei sistemi nazionali di regolazione del lavoro e tassi maggiori (o minori) di disoccupazione nei diversi contesti. Onde la logica conclusione che l'indicatore efficienza del mercato del lavoro – e la necessità di riforme che lo incrementino – pur non essendo decisiva, non può essere sottostimata<sup>590</sup>.

## 2. Nuove “traiettorie” della narrazione laburista. Prima traiettoria: a) l'allargamento della sua “giurisdizione”: per una riconsiderazione dell'art. 35 della Costituzione italiana

La portata della crisi in atto mette ulteriormente sotto tensione la giurisdizione protettiva del diritto del lavoro. Il diritto del lavoro del novecento, non solo in Italia, e non solo nei paesi di *civil*

<sup>587</sup> Cfr. Corte di Giustizia 27 novembre 2012, C-370/12, *Thomas Pringle v. Government of Ireland and the Attorney General*; sul caso si rinvia a Beck [2014].

<sup>588</sup> I dati del *Global competitiveness Report 2013-2014* sono consultabili su: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalCompetitivenessReport\\_2013-14.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf).

<sup>589</sup> «*While we report the results of the 12 pillars separately, it is important to keep in mind that they are not independent: they tend to reinforce each other, and a weakness in one area often has a negative impact in other*» (other pillar: competitiveness, infrastructure, health and primary education, Macroeconomic environment, Higher education and training, Technological readiness, Innovation etc.).»

<sup>590</sup> Questa correlazione è dimostrata confrontando i dati di paesi considerati a bassa efficienza delle istituzioni del mercato del lavoro come Italia, Spagna, Grecia Portogallo e paesi ad alta performance delle stesse: i paesi scandinavi, la Polonia, la Svizzera, la Norvegia.

*law*, presuppone la grande dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo (*service contract*), con una concentrazione delle tutele legali e contrattuali sulla prima categoria e una esclusione dall'ambito della regolazione lavoristica della seconda, individuata anche concettualmente per esclusione. Non è questa la sede per rivisitare le determinanti storiche, economiche, giuridiche e sociologiche di questa grande macro-distinzione, ormai definitivamente in crisi. Né per rimarcare sul piano teorico e concettuale, la necessità di un profondo ripensamento sistematico del contratto di lavoro e, conseguentemente, dell'ambito di inclusione soggettiva della legislazione del lavoro riferibile, prospetticamente, non soltanto al lavoro subordinato ma a tutti i contratti in cui la relazione di lavoro che coinvolga la persona, al di là delle sue modalità funzionali di svolgimento e della diseguaglianza di potere negoziale, costituisca il *legal nexus*<sup>591</sup>.

Vale, invece, rimarcare che la prospettiva teorica di protezione del lavoro, al di là del lavoro subordinato classico, e la necessità di un nuovo paradigma, sono accelerate dalle crisi in atto [Davidov 2006, Stone 2013]. Da un lato, si delineano fattori di cambiamento dei confini dell'impresa e del modo di lavorare che generano incertezza e instabilità strutturali anche nel lavoro dipendente e ne mettono in crisi la tradizionale regolazione: lavoro per progetti, per obiettivi, collegati al risultato, anche nella forma subordinata a tempo indeterminato<sup>592</sup> [Borzaga 2012]; dall'altro, si registra lo sconvolgimento dei mercati interni all'impresa con il paradosso della centralità di investimenti formativi sul capitale umano, sulla conoscenza, ma, allo stesso tempo, crescente instabilità e insicurezza, determinate dalla fine delle carriere lineari e progressive tipiche dell'era fordista [Stone 2006]. A tale realtà si giustappone, oggi, la violenza sconvolgente e socialmente trasversale degli effetti della crisi economica, ciò soprattutto in paesi a debole struttura produttiva come l'Italia. Crisi che, come la grande falciatrice, non guarda in faccia nessuno e scarica i propri effetti di impoverimento, insicurezza e instabilità, in primo luogo, sui più deboli: i precari e gli instabili tradizionali (gli outsiders); ma ormai in misura crescente anche sui lavoratori subordinati una volta considerati stabili e garantiti, fino ai più privilegiati: dirigenti e manager; e coinvolge la stessa galassia multiforme del lavoro indipendente e autonomo (professionisti, agenti, rappresentanti, artigiani, piccoli e medi commercianti, piccoli e persino medi imprenditori) in posizione, o meno, di dipendenza economica, in regime cioè di monocommittenza<sup>593</sup>.

Ne deriva la necessità di pensare a un riposizionamento del focus della legislazione del lavoro al di là di ideologiche contrapposizioni tra Statuto dei lavoratori e Statuto dei lavori, inteso quest'ultimo, da molti, come grimaldello di uno scardinamento delle tutele tradizionali del lavoro subordinato.

<sup>591</sup> La sistemazione più ambiziosa e concettualmente più intrigante, anche per le solide basi storiche, concettuali e comparate, è quella operata nell'opera di Freedland e Kountouris [2011; 2008].

<sup>592</sup> In Italia per esempio la nuova organizzazione mette in crisi la regolazione rigida in materia di mobilità interna e di *ius variandi* contenuta nell'art. 2103 c.c., modificato dall'art. 13 della l. n.300/70. In Germania, esemplificativi della riorganizzazione del lavoro per progetti, i c.d. accordi di scopo *Zielvereinbarungen*: accordi tra datori di lavoro e lavoratori per il raggiungimento di certi obiettivi entro un certo periodo di tempo [Borzaga 2012, 260 ss.].

<sup>593</sup> Passarini, Marino [2014, 87] si esprimono in termini di "mattanza" con riguardo alla categoria di manager-imprenditori e riferiscono di cifre drammatiche.



Non è un caso che l'esigenza di una più nitida messa a fuoco concettuale delle categorie di lavoro non subordinato (employee-like person, economically dependent worker<sup>594</sup>) si accompagna a una riconsiderazione, finalmente in positivo<sup>595</sup>, di uno statuto legislativo – ma anche contrattuale collettivo – di protezione del lavoro autonomo, non soltanto economicamente dipendente. Statuto focalizzato sulla specificità e vocazione autoimprenditoriale di tale ampia galassia di lavoratori<sup>596</sup>, che eviti ogni appiattimento regolativo sul lavoro subordinato classico: tutele nel contratto, nel rapporto sinallagmatico, nel mercato, tutela previdenziale, tutela antidiscriminatoria, della salute e della sicurezza, della maternità, formazione continua; ma pure incentivi fiscali, servizi pubblici all'impresa, tutela antidiscriminatoria negli appalti, semplificazione amministrativa. Tutto secondo linee in Italia ampiamente tracciate e che si condividono [Treu 2010; Perulli 2010; 2011; Magnani 2010; Razzolini 2012, 145 ss.; Pallini 2013; in generale, Davidov 2006; Supiot 2001; Freedland, Kountouris 2011].

Si tratta di un policentrismo di fattispecie, ma anche di esigenze regolative, che impone un approccio regolativo a maglie larghe (legge quadro e di principi) – più teleologico ('purposive') che rigorosamente qualificatorio – della grande famiglia del lavoro indipendente; con l'unica macrodistinzione concettuale tra lavoro autonomo di tipo autoimprenditoriale, con prestazione prevalentemente personale [Razzolini 2012; ma contra Freedland, Kountouris 2011] e lavoro economicamente dipendente [Pallini 2013]. Una regolazione che tenga conto, soprattutto nella disciplina del lavoro autonomo/autoimprenditoriale, delle complesse integrazioni funzionali e regolative di tale disciplina con il diritto dei contratti e il diritto commerciale, con la regolazione fiscale, commerciale e amministrativa. Ma con una prospettiva, anche in questo caso, che evidenzi esigenze di protezione del contraente economicamente debole per come indicato dall'approccio di "costituzionalizzazione del diritto privato" che implica, anche nei rapporti contrattuali non riconducibili al contratto di lavoro subordinato, ma in cui è evidente il personal nexus, la rivalutazione di macrocategorie come i diritti fondamentali<sup>597</sup>, l'abuso di potere, la tutela antidiscriminatoria, in grado di condizionare appunto una rilettura costituzionalizzata di istituti del diritto dei contratti [Collins 2007; Caruso 2013; Nogler 2013].

Tale prospettiva può essere concettualmente e filosoficamente vitalizzata e supportata da una idea di giustizia basata sulla realtà concreta e centrata sulle persone [Sen 2009; 2013; Deakin, Supiot 2009].

Se tale premessa regge, pare lecito affermare, sul piano costituzionale, che la crisi in atto mette al centro della riflessione giuslavorista la necessità di una riconsiderazione non più vetero classista della Costituzione italiana, polarizzata sulla protezione del lavoro dipendente. Ciò consente di sfatare alcuni tabù della vulgata lavoristica post costituzionale: l'impresa non è solo il luogo del

<sup>594</sup> Freedland, Kountouris [2011, 276 ss.].

<sup>595</sup> «For much of the twentieth-century period of development of labour law in European legal systems the domain of other personal work contracts existed as the largely unregulated epiphenomenon of the domain of the contract of employment» [Freedland, Kountouris 2011, 288].

<sup>596</sup> Si tratta di una ampia galassia riconducibile, secondo Freedland e Kountouris [2011] alla categoria di "other personal work contracts as a family of contracts", individuabile sia con riguardo ai settori occupazionali (professioni liberali, agenti e rappresentanti, lavoratori dello sport e dello spettacolo; sia con riguardo alle modalità di svolgimento della prestazione: *freelancers*, consulenti, telelavoratori, soci di cooperative, associati in partecipazione, ecc.).

<sup>597</sup> Per una rilettura in chiave di diritti umani dei diritti sociali al di là delle differenze canoniche tra diritti civili, diritti politici, diritti sociali nuovi (indivisibilità), Fredman 2009.

conflitto redistributivo di ricchezza materiale, secondo una idea di giustizia distributiva debitrice di una visione filosofica di matrice utilitarista. È, invece, il luogo ove si svolge la fondamentale esperienza creativa della persona: il suo personale progetto di lavoro, ma anche di formazione; è anche luogo di produzione di ricchezza secondo regole di ingaggio ispirate a criteri, di efficacia, efficienza, merito, produttività e competitività; è luogo di lavoro “concettualmente”, anche se sempre più spesso non materialmente, aggregato; il che implica una visione personalistica, e non istituzionale o vetero corporativa, della collaborazione. L'impresa, nella visione umanistica, comunitaria e partecipata, fortemente radicata nel territorio ma con antenne globali, che fu di Adriano Olivetti, assume, anche in ragione dell'arricchimento tecnologico e del cambiamento del modo di lavorare, la configurazione di luogo privilegiato di valorizzazione del capitale umano e delle persone; persone che, con la propria abilità e creatività (tecnica, manuale, intellettuale), contribuiscono al suo sviluppo e al benessere generale (art. 41 Cost., secondo comma) [Sennet 2008].

In tal senso, occorre riconoscere che il diritto del lavoro, in aggiunta alla *mission* storica di ridurre l'ineguaglianza, combattere le discriminazioni e rafforzare la solidarietà e la coesione sociale, assume anche il compito di rafforzare il capitale sociale e il capitale umano (fatto anche di singole capacità e talenti) di cui l'Europa ha bisogno [Deakin 2013].

In tale contesto, occorre rileggere una disposizione come l'art. 35 della Costituzione italiana («La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni») tradizionalmente polarizzata sulle istanze di emancipazione del lavoro dipendente (art. 3, comma 2), piuttosto che sulla norma identitaria della Repubblica costituita dall'art. 1 (la Repubblica fondata sul lavoro); disposizione riletta, alla fine degli anni settanta, in modo eccessivamente prudente [Treu 1979] in ragione del rischio, ormai non più realistico, nell'attuale contesto storico, di un recupero, mediante il collegamento con l'art. 2060 del codice civile, di ideologie vetero corporative e di una concezione istituzionale dell'impresa.

La lettura costituzionalmente attualizzata dell'articolo 35. primo comma<sup>598</sup>, si vivifica con il riferimento implicito al concetto giuridico di dignità della persona, al quale fanno riferimento esplicito fondamentali disposizioni nazionali ed europee: gli artt. 3, 32, 36 41 della Costituzione italiana, la disposizione di apertura della Costituzione di Bonn<sup>599</sup>; l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>600</sup>. In questa prospettiva la tutela del diritto alla dignità umana non può implicare una nozione astratta e atomizzata di individuo, ma il riferimento a una persona concreta e contestualizzata nelle dimensioni inter-relazionali sempre più diversificate - sia in senso giuridico, sociale ed economico - del mercato e dei luoghi di lavoro [Nussbaum 2002; Omaggio 2014; Piepoli 2003; Hennette-Vauchez 2011; Veneziani 2010].

In questa dimensione l'obbligo di tutela della dignità collegata al lavoro, in ragione di una interpretazione attualizzata della Costituzione, nella crisi epocale, non può più essere riferito soltanto al lavoro tradizionalmente dipendente, ma andrebbe coerentemente esteso fino al massimo del

<sup>598</sup> Così come i suoi commi successivi riferiti alla formazione che possono essere riletti vivificati dalla modernità della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea come progetto fondato sulla persona, Caruso B. 2007; per una lettura critica della Carta, Azzariti [2012].

<sup>599</sup> «La dignità della persona umana è intoccabile. Osservarla e proteggerla è obbligo di tutti i poteri dello Stato». L'art. I, comma 1, della Costituzione tedesca (*Grundgesetz*).

<sup>600</sup> «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

limite consentito, comprendendo anche il lavoro di chi organizza mediante la propria, intelligenza, capacità e creatività, anche per un fine di legittimo profitto, mezzi propri e lavoro altrui.

Il diritto del lavoro non può non farsi carico, oggi, di questa prospettiva di recupero della tutela del lavoro in tutte le sue forme attraverso il filo conduttore della dignità come limite degli abusi, ma anche come diritto facilitatore della libertà e della *capacitas* individuale [Deakin 2009; Langille 2006; Del Punta 2013].

### 3. Segue ... seconda traiettoria: b) dietro la condizionalità. Per una rivisitazione del rapporto tra principio di responsabilità e diritto del lavoro

Secondo l'opinione di autorevoli costituzionalisti e giuslavoristi, uno spettro si aggira per l'Europa e rischia, di mettere a repentaglio la tenuta dei diritti sociali anche nel loro contenuto minimo (il nocciolo duro), con conseguenze sui livelli essenziali delle prestazioni sociali: il principio di condizionalità. Tale principio, nella misura in cui lievita da ambiti particolari (le politiche di attivazione nelle politiche del lavoro e nel welfare "attivo") [Corazza 2013], rischia di estendere la sua ombra fino a incidere su principi fondamentali dello stato sociale di diritto e sui relativi diritti sociali fondamentali mettendo in discussione, in Europa, tenuta e funzioni delle costituzioni sociali<sup>601</sup>.

Tale nuovo principio finirebbe per legittimare, per la prima volta, dopo il trentennio glorioso, le ragioni di ordine pubblico economico come "principio di eccezione" ed emergenza costituzionale (*salus rei publicae suprema lex esto*). I casi nazionali relativi all'effetto delle misure di austerità sui diritti sociali [Fabbrini 2013, Gambino 2013, Lo Faro 2014a, Romagnoli 2013] – ma anche con riguardo al principio di sovranità degli stati – dimostrerebbero che il principio di condizionalità degli aiuti agli stati, con riflessi sui sistemi nazionali di protezione del lavoro, finirebbe per incidere su un'ampia gamma di diritti sociali, posto che la condizionalità dagli aiuti si trasferirebbe sui diritti. Gli effetti riguarderebbero i diritti pensionistici, intesi come diritti proprietari acquisiti, e i riflessi sul principio della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge [Carnevale, Pistorio 2014]; i blocchi e le riduzioni della retribuzione e dello stesso diritto di contrattazione collettiva dei dipendenti pubblici oltre la durata "costituzionalmente ragionevole" [Ricci 2014]; la stessa autonomia delle politiche di spesa per il welfare degli enti autonomi negli stati a struttura federale o regionale<sup>602</sup>; le misure di de-regolazione della disciplina dei licenziamenti<sup>603</sup>.

Dietro la condizionalità, secondo questa allarmata lettura, si intravede la materializzazione del principio del "*due deference*" che nell'ordinamento inglese, per esempio, ha legittimato la cultura astensionista dei giudici nei confronti di scelte pubbliche lesive di diritti fondamentali, oltre a orientamenti di ingiustificata non interferenza, mediante lo scrutinio di proporzionalità, nei confronti dell'esercizio illimitato di poteri imprenditoriali [Davies 2009, 284 ss].

Che il principio di condizionabilità abbia radicalmente modificato, in ragione della crisi, i connotati

<sup>601</sup> Si vedano i casi nazionali nei vari „*paths*“ di reazione costituzionale alla crisi e al principio di condizionalità (*adjustment, submission, breakdown, stamina*) nel volume a cura di Contiades [2013].

<sup>602</sup> Per l'Italia, Messina [2012, 201 ss.].

<sup>603</sup> La letteratura costituzionalista e giuslavorista sui casi nazionali è ampia: a parte il volume di Contiades [2013], si rinvia ad Abbiate [2014], Fabbrini [2013b]; Cisotta, Gallo [2013]; Barnard [2013] e a gli interventi in Kilpatrick, De Witte [2014]; Yannakourou [2014]; Lo Faro [2014b].

fondanti dello stato sociale di diritto e del costituzionalismo classico, appare, come già segnalato (*supra*, § 1), una lettura probabilmente ingiustificata ed eccessiva. Approfondite analisi degli orientamenti delle Corti supreme nazionali e sovranazionali sembrano smentire questa radicale lettura [Morrone 2014; Contiades 2013, più critiche le analisi sui casi nazionali di Kilpatrick, De Witte 2014]. Di fronte alla crisi, le costituzioni, soprattutto quelle più esposte in termini di riconoscimento dei diritti economici e sociali, anche in ragione delle operazioni di bilanciamento delle alti Corti, sembrano per lo più adattarsi o accettare transitoriamente i cambiamenti imposti dalla crisi, mentre rari sono i casi di vere e proprie rotture costituzionali giustificate dallo stato di eccezione<sup>604</sup>.

Se è vero che le Corti, allorché sono state chiamate a valutare la legittimità delle misure nazionali di austerità assunte in ossequio ai vincoli di trattati internazionali ed europei, hanno dato, pragmaticamente, risposte più tendenti all'astensionismo che all'attivismo<sup>605</sup>, è anche vero che le stesse misure dei legislatori non sembrano, allo stato attuale, avere assunto la radicalità che una certa lettura della condizionalità sembra attribuire loro.

È evidente, in ogni caso, che, di fronte alla crisi, più che l'affermazione dei diritti sociali in quanto tali, nelle pronunce delle Corti assuma centralità il riferimento a principi generali regolatori del mantenimento dei postulati fondativi dello stato sociale di diritto, come quelli di proporzionalità, di eguaglianza, di certezza del diritto, di ragionevolezza, intesi quali controlimiti alle limitazioni ai diritti.

Tali principi vengono utilizzati, secondo modalità sempre più affini nei vari contesti nazionali, come parametri di controllo delle misure anticrisi e dei loro intrinseci limiti. Tali tecniche, se si vuole, soft di controllo, possono certo deludere le aspettative di chi si sarebbe aspettato, nella violenza sociale della crisi, una più diretta affermazione sostanziale dei singoli diritti e della loro assolutezza, magari con il richiamo a specifiche disposizioni costituzionali sugli stessi.

E tuttavia tale modo di operare delle Corti appare, in una visione d'insieme, una pragmatica linea di resistenza contro gli eccessi dei *decision makers* allorché essi si limitano a giustificare le misure soltanto in ragione di vincoli esterni<sup>606</sup>.

Quel che si può con certezza affermare – di fronte alla diversità di risposte delle Corti supreme nazionali e anche all'entrata in campo anche di nuovi attori (la Cedu) che arricchiscono la narrazione sui diritti sociali e la loro effettività [Fontana 2014, 42 ss.] – è che mai nella storia giuridica dell'Europa si era registrata una fusione, più ancora che una contaminazione, non solo di linguaggi delle Corti supreme, ma anche di risposte a problematiche comuni, come oggi si registra nella giurisprudenza su crisi e diritti sociali fondamentali.

Se non si è di fronte all'apologo immaginifico della globalizzazione, ove un battito d'ali di una farfalla provoca terremoti – anche giuridici – in un altro emisfero del mondo, certo è che la *cross fertilization* giurisprudenziale, come dialogo implicito e indiretto con effetti di integrazione dei sistemi giuridici nazionali e del *legal reasoning* [Caruso, Militello, 2012,] registra oggi un'accelerazione, senza precedenti, come effetto della crisi finanziaria, europea e globale.

<sup>604</sup> Sul caso dell'Ungheria, Szente [2013], sull'Islanda, Thorarensen [2013].

<sup>605</sup> Costituisce una eccezione la Corte costituzionale lettone [Contiades 2013; Balodis, Pleps 2013].

<sup>606</sup> Caso portoghese, ma anche greco; più drastico il giudizio di Lo Faro [2014b] sulla giurisprudenza della Corte cost. italiana.

Detto questo, la condizionalità dei diritti, nella dimensione strutturale e non contingente che ha assunto, una ricaduta sul paradigma giuslavorista finisce per produrla.

La condizionalità va probabilmente ricollocata su una diversa base concettuale, in un punto di incrocio tra prospettiva costituzionalistica e prospettiva giuslavorista. Quel che, sul piano etico, Jonas ha definito il “dovere verso il futuro”<sup>607</sup>, sul piano costituzionale implica, probabilmente, con riguardo alla Costituzione italiana, una rivalutazione dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, riletti alla luce dell’obbligo di fedeltà alla Repubblica, intesa come norma di chiusura di un sistema costituzionale aperto non solo all’etica dei diritti ma anche a quella dei doveri [Morelli 2013, 28]; sul piano lavoristico, implica una rilettura dei principi di protezione del lavoro non come valori assoluti, storici e incondizionabili, ma come principi relativi, bilanciabili anche con principi altri (l’integrazione economica dei mercati, la sostenibilità transitoria delle misure anticrisi, la loro finalizzazione alla tutela delle generazioni future) attraverso i corollari attuativi del principio di proporzionalità (ma anche di eguaglianza e certezza del diritto). L’attuazione del bilanciamento costituzionale è affidata innanzitutto ai giudici ma sempre più frequentemente anche ad agenzie internazionali, impegnate nel controllo del rispetto, da parte degli stati, delle carte internazionali ed europee dei diritti sociali [Lo Faro 2014b].

In tale prospettiva, la condizionalità dei diritti del lavoro (o il suo contrario: l’assoluta incondizionalità) non può essere oggetto di riflessione su un piano meramente assiologico e metagiuridico o, peggio, ideologico; né oggetto di valutazione a priori. La condizionalità o l’incondizionalità, di singoli diritti e di singole pretese<sup>608</sup>, va realisticamente valutata nel confronto con le concrete misure assunte dai decisori politici nei diversi contesti nazionali e sovranazionali e nei diversi sistemi e subsistemi regolativi; la traiettoria della condizionalità, assunta dai *law makers* nelle misure di crisi che impattano i diritti, va considerata non in astratto, ma con riguardo alle concrete operazioni di bilanciamento, operate dai decisori e affidate al controllo dei giudici e alla loro qualità discorsiva.

In tal senso la narrazione giuslavoristica, per potersi sviluppare e adeguare alla condizione oggettiva di crisi, deve uscire dalle secche dell’alternativa binaria condizionalità/incondizionalità per addentrarsi nel ben più complesso e articolato percorso del bilanciamento e dei suoi corollari tecnici: il principio di proporzionalità in primo luogo.

#### 4. Segue... terza traiettoria: c) nuove strategie di tutela dinamica nella crisi. Bilanciamento e proporzionalità

Non pare possa essere revocato in dubbio che in tempi di crisi le politiche di de-regolazione con riguardo alle tutele del lavoro finiscano per avere un impatto fortemente negativo sulla coesione

<sup>607</sup> Ove diritti e doveri non si pongono in posizione di reciprocità ma, come nel caso dei doveri verso le nuove generazioni e della discendenza, in posizione di ontologica assolutezza morale [Jonas 2009, 49 ss.]. Il *Fiscal compact* (al di là della sua natura vincolante) e gli adeguamenti delle costituzioni al principio di pareggio di bilancio che ha prodotto (formalmente in Italia e in Spagna), possono essere letti anche in chiave di patto sociale a protezione delle generazioni future, e quindi come espressione di un principio intergenerazionale di solidarietà.

<sup>608</sup> Altro il discorso quando vengono messi in gioco principi costituzionali supremi: il caso dell’Ungheria con le misure di esproprio del controllo della Corte cost. e il suo assoggettamento al decisore politico.

sociale. Ma è altrettanto indubbio che a tale rischio non possa rimediarsi riproponendo vecchie ricette, rielaborate magari in chiave di patriottismo costituzionale<sup>609</sup>. In un saggio recente, Simon Deakin [2013, 561] scrive:

*«in the context of proportionality-type arguments, economic policy- related justifications for qualifying social rights should be very carefully scrutinised. The economic goals they are serving may be legitimate, but it is far from clear that they are effective means of meeting those goals. Arguments of this kind may get a hearing if, in due course, the Court of Justice agrees to hear challenges to the terms of the various structural adjustment package».*

Si tratta di visione certo prudente del principio di proporzionalità che, tuttavia, innerva nuovi percorsi di lettura nel sentiero classico dell'inderogabilità, come categoria chiave e tecnica identitaria del diritto del lavoro. Ciò nella misura in cui la regolamentazione europea, inevitabilmente, finisce per contaminare il discorso dei diritti e il discorso delle libertà economiche. A maggior ragione, il principio di proporzionalità diventa chiave di mediazione e di dinamico equilibrio di interessi costituzionalmente rilevanti nel contesto di crisi epocale.

Sembra evidente dalla giurisprudenza delle alti Corti che la crisi rilanci e consolidi il bilanciamento e il suo corollario – il principio di proporzionalità (attraverso il triplice e progressivo test di adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto<sup>610</sup>) – come cerniera di ragionevole comunicazione tra impellenza delle misure e ragionevolezza e proporzionalità del loro impatto sui diritti.

Come ampiamente discusso nel dibattito internazionale e nazionale<sup>611</sup>, bilanciamento e proporzionalità si configurano al contempo in negativo come strumenti di difesa come dei diritti contro le limitazioni imposte dal legislatore in nome dei vincoli finanziari, la proporzionalità come limite alle limitazioni: o come restringimento compatibile. In positivo, come tecnica di individuazione del contenuto necessario e indefettibile di un diritto, nel bilanciamento con altri diritti<sup>612</sup>. In tal modo contribuisce a consolidare il contenuto indefettibile dei diritti sociali non proceduralizzandoli, ma collegandone la „massima“ condizionalità – compatibile con la loro giuridica e materiale sopravvivenza (effettività) – a una concretizzazione argomentativa pubblica del loro contenuto<sup>613</sup>. In tal senso la proporzionalità si pone in stretta connessione con una visione aperta e comunicativa del diritto, nella visione di Habermas.

<sup>609</sup> Azzariti [2012], per un recupero compatibile con l'identità europea della identità giuridiche nazionali von Bogdandy, Schill [2011].

<sup>610</sup> Per un'applicazione al diritto del lavoro nei vari contesti nazionali ed europeo, Davidov 2013; Davies 2009; Caruso 2008.

<sup>611</sup> Contiades, Fotiadou 2012; Tsakyrakis 2008; Koutnatzis 2005; Stone Sweet, Mathews 2008; Young 2008; Khosla 2010; Rivers 2006; Morrone 2008 e ivi riferimenti alla dottrina italiana.

<sup>612</sup> Per un'analisi dell'uso del bilanciamento da parte della Corte Costituzionale italiana nella crisi Morrone 2014; Tecla 2014; Groppi, Spigno, Vizoli 2013; Messineo 2012.

<sup>613</sup> «Proportionality facilitates this “translation”, while it may also facilitate the task of judges dealing with the kind of political and budgetary considerations that underlie the implementation of social rights. Subjecting social rights in a rationale shared with civil and political rights through the use of proportionality, that is subjecting them to the narrative of proportionality which is becoming a constitutional Esperanto, 3 solidifies the content of social rights more than a unending struggle to settle for a minimum core. Proportionality thus does not result in the proceduralization of social rights, but is substance-generating concretizing their content», Contiades, Fotiadou [2012, 670].

Il principio di proporzionalità oltre che legittimare il potere di controllo del giudice sulle decisioni dei *law makers*, contribuisce, infatti – per l'intrinseco tasso di argomentazione necessario nel suo svolgimento - a rendere il bilanciamento trasparente e controllabile dalla pubblica opinione, contribuisce così anche a sottrarre i giudici dalle accuse di attivismo giudiziario, come invece nel caso dell'affermazione dei diritti in ragione di una loro ontologica e assoluta prevalenza, a prescindere da ogni considerazione di compatibilità con il quadro economico; ciò ovviamente nella misura in cui l'operazione di bilanciamento è condotta con efficace e persuasiva tecnica argomentativa<sup>614</sup>.

È quel che avvenuto, per esempio, in Grecia, ma anche in Italia, con il ricorso al parametro della temporaneità delle misure di blocco salariale nel settore pubblico, parametro in grado di concretizzare il principio di proporzionalità; ciò in ragione del risultato positivo del test di adeguatezza per la finalizzazione delle misure di blocco alla transitoria urgenza del consolidamento finanziario del debito pubblico fortemente determinato dall'aumento della spesa stipendiale pubblica [Ricci 2014; Yannakourou 2014 ]<sup>615</sup> e alla stabilizzazione di un modello sostenibile con l'unità non solo economica e monetaria, ma anche politica dell'UE. Pare evidente che l'emergenza e la inusitata urgenza delle misure hanno, in alcuni casi (Grecia e Portogallo), contribuito a "rilassare" lo scrutinio di necessità (l'urgenza delle misure identificata *tout court* con la necessità); la crisi ha, così, prodotto una sorta di trasformazione della proporzionalità nel senso di una sua geometrica variabilità; ne ha, infatti, determinato una certa differenziazione applicativa nei contesti nazionali (il *bricolage* giudiziario), giustificabile con la natura mobile del principio [Contiades 2013].

Ciò detto, risulta evidente che il ricorso al triplice test di proporzionalità come parametro di controllo delle misure di austerità nel loro impatto con i diritti sociali, presupponga comunque il riconoscimento della prescrittività, ancorché dinamica e differenziata, del contenuto normativo essenziale di tali diritti [Contiades, Fotiadou 2012]. La contestualizzazione applicativa del principio in ambito nazionale non ha, infatti, impedito scrutini più rigorosi sulla base dell'incrocio tra test di proporzionalità e applicazione del principio di certezza del diritto. È quel che avvenuto, per esempio, in Lettonia ove, sulla base di una rigorosa argomentazione fondata sul principio di proporzionalità e di certezza del diritto, la Corte costituzionale ha considerato incostituzionali misure incidenti su diritti pensionistici acquisiti<sup>616</sup>.

In definitiva, il principio di proporzionalità appare, nella fase acuta della crisi, la strategia più realistica per un controllo della correttezza del bilanciamento politico posto in essere dal *law maker*, nella misura in cui presuppone il contenuto normativo dei diritti sociali come controlimite mobile alla misure di limitazione dei diritti, contribuendo alla definizione in positivo del loro contenuto normativo essenziale. Sul piano storico diacronico il ricorso al bilanciamento, tramite il principio di proporzionalità, come meta regola costituzionale [Stone Sweet, Mathews 2008, 95], rimarca il

<sup>614</sup> Il che non sembra sia avvenuto nelle recenti operazioni di bilanciamento operate dalla Corte costituzionale italiana: in tal senso, con ampi riferimenti alle insufficienti, omissive e contraddittorie motivazioni, Lo Faro 2014b.

<sup>615</sup> La discutibilità delle misure è spesso legata al loro carattere *tranchant* e d'urgenza, in parte dovuto alla resistenza originaria degli stati per obiettivi di consenso politico di corto respiro, Bini Smaghi [2013; 2014].

<sup>616</sup> La sentenza del 21 dicembre 2009 può essere letta integralmente in inglese in <http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/Judgment%202009-43.htm>; per ampi commenti Contiades, Fotiadu [2012, 676 ss.]. Si veda pure Balodis, Pleps [2013]; per una analisi generale della positività, sul regime di welfare di quel paese, di interventi finanziari flessibili, Dahn [2012]. Rispetto al caso portoghese Contiades [2013, 36] mette in rilievo gli effetti trappola del controllo giudiziario attraverso il principio di eguaglianza, ove il paradosso di un eguagliamento al ribasso delle misure.



carattere di compromesso delle costituzioni del dopoguerra, contro ogni assolutizzazione dei diritti [Koutnatzis 2005] ma anche delle libertà di mercato, consentendone, in prospettiva, strategie di contaminazione e di reciproca positiva interferenza dei rispettivi valori [Deakin 2013].

A maggior ragione questo vale allorché le misure adottate – e il loro carattere di emergenza – costituiscano una cartina di tornasole di ampie (ir)responsabilità dei decisori politici nazionali, con riguardo alla tenuta dell'ordinamento europeo e al basso grado di sensibilità verso la esigenza di rispondere alla crisi con una integrazione politica e sociale, oltre che economica, più profonda [Bini Smaghi 2013, Sciarra 2013]. Nell'agenda delle nuove istituzioni emerse dal voto europeo, contro il rischio del populismo distruttivo e antieuropeo, si staglia la esigenza di scrivere misure non dettate dallo stato di eccezione, ma da un ragionevole percorso di progressiva integrazione economica e politica, che consenta più equilibrate e ragionevoli strategie di bilanciamento, in grado di evitare decisioni di emergenza e di sapore draconiano, con effetti di rifiuto e di delegittimazione, e alla fine di disgregazione, delle istituzioni europee [Habermas 2012; Beck 2012; 2013].

## 5. Il bilanciamento alla prova: le riforme del mercato del lavoro in Italia. Legge e contrattazione collettiva

In questo nuovo contesto discorsivo vanno verificate alcune riforme del diritto del lavoro attuate in Italia che assumono carattere paradigmatico di quel che si è detto. Il nuovo governo in carica, e la sua *leadership* rafforzata dall'esito delle elezioni europee, di fronte al persistente e allarmante stato dell'economia e del tasso di disoccupazione e inattività, si è mosso lungo il doppio binario delle misure di stimolo *shock* [legge 78/2014]<sup>617</sup> e cambiamenti di più lunga portata finalizzate alla riforma degli ammortizzatori sociali e delle istituzioni del mercato del lavoro, alla semplificazione del diritto del lavoro con possibilità di introdurre il c.d. contratto a tutele crescenti<sup>618</sup>.

Tale intervento (nella denominazione governativa, *Jobs Act*), inteso quale misura di stimolo *shock*, si concentra sulla liberalizzazione del contratto a termine con la eliminazione della causale per contratti di durata sino a 36 mesi, prorogabili fino cinque volte, con il vincolo del 20% di tali contratti sull'insieme degli occupati<sup>619</sup>, oltre che su un alleggerimento di vincoli sul contratto di apprendistato. La critica – fondata sulla narrazione tradizionale – a questa misura è, innanzitutto, di tipo sistemico e può essere ridotta all'osso in questi termini: mediante una più accentuata libera-

<sup>617</sup> Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34, recante disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese.

<sup>618</sup> Nell'art. 4 del disegno di legge n. 1428 in discussione in Parlamento alcuni senatori della maggioranza, tra cui il sen. Ichino, hanno proposto un emendamento in cui il governo si impegni a varare «un decreto legislativo contenente un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro, con la previsione del contratto di lavoro a tempo indeterminato a protezione crescente, senza alterazione dell'attuale articolazione delle tipologie dei contratti di lavoro». Sia l'emendamento sia i contenuti del disegno di legge delega illustrati nella Relazione al ddl sono rinvenibili nel sito <http://www.pietroichino.it/>. Su tale emendamento, nella maggioranza, si è aperta una discussione non priva di tensioni (*Contratto unico, confronto nella maggioranza*, Il Sole 24 ore del 28 giugno 2104).

<sup>619</sup> Sembra questa l'interpretazione preferibile rispetto a quella del 20% di contratti a termine complessivi stipulabili in un anno (*Patti a termine, limite «mobile»*, Il Sole 24 ore del 25 giugno 2014). La misura normativa, in ragione della sua natura di provvedimento shock e di emergenza, presenta alcune oscurità che hanno imposto una relazione interpretativa già in sede di varo parlamentare; in ragioni di tali dubbi interpretativi si preannunciano circolari ministeriali.



lizzazione del contratto a termine, con l'eliminazione della causale e un alleggerimento delle sanzioni<sup>620</sup>, di fatto si aggira la direttiva sul contratto a termine che privilegia il contratto a tempo indeterminato come canale di accesso privilegiato all'impiego<sup>621</sup>; l'eliminazione della causale è, inoltre, un incentivo all'abuso nell'utilizzo di tale fattispecie contrattuale; la nuova legge italiana, peraltro, agevolando il contratto a termine come canale di accesso al lavoro, si pone in posizione pro-ciclica con riguardo all'assoluta prevalenza, negli ultimi anni, di tale strumento di accesso al lavoro rispetto a tutti gli altri, rafforzandone l'effetto di "cannibalizzazione" di altre forme contrattuali, soprattutto del contratto di lavoro standard. L'intervento legislativo, in assenza di sincroniche misure di sicurezza sul mercato o di incentivi al contratto a tempo indeterminato, sbilancerebbe, dunque, le politiche del lavoro sul versante della flessibilità a scapito della sicurezza, aumentando la prospettiva di precarizzazione e di "causalizzazione" del lavoro in Italia, così come avvenuto già in Spagna, senza particolari effetti di *recovery* occupazionale stabile.

Questo tipo di giudizio sintetizza la tradizionale narrazione giuslavoristica, fondata sull'assolutizzazione, in questo caso, del valore della stabilità e del tradizionale *employment contract* (a tempo pieno e a tempo indeterminato), come univoca forma di attrazione delle tutele e come identificazione del diritto *al* lavoro (art. 4 Cost.) con il diritto *al* lavoro subordinato stabile.

Se si assume la diversa prospettiva del bilanciamento e della proporzionalità, il giudizio sulla riforma del contratto a termine può assumere una diversa traiettoria argomentativa.

Come articolate ricerche comparate hanno dimostrato [McKay 2012], la precarietà non è una categoria astratta, statica, giuridicamente definibile, ma va ricostruita a ridosso dello specifico modo di lavorare e al tipo di contratto non standard che accompagna il „lavoratore precario“ in carne e ossa: la precarietà è un *multifaced phenomenon* riferibile al tempo, al reddito, allo *status* (per esempio, di immigrato o di altro tipo: il lavoratore dell'economia informale, il lavoratore a progetto, con contratto occasionale, a chiamata, somministrato ecc.) [Kountouris 2012]. Tra tutti i contratti non standard – collocati in una piramide di precarietà progressiva – il contratto a tempo determinato, specie se incentivato legislativamente come contratto di "prova lunga"<sup>622</sup>, è relativamente più stabile; ciò anche per le garanzie di parità di trattamento economico e normativo con i lavoratori a tempo indeterminato comparabili imposta dalla direttiva europea. Ciò ovviamente prescinde dalla percezione soggettiva di instabilità che può essere massima anche per coloro entrano in una relazione contrattuale relativamente lunga ma scandita da contratti a termine successivi<sup>623</sup>.

<sup>620</sup> Il superamento del limite del 20% non comporta la sanzione classica, nell'ordinamento italiano, della trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come in precedenza, ma una sanzione amministrativa di tipo pecuniario.

<sup>621</sup> Nel 2013, confermando un trend che dura da anni, in Italia, su 2.266.604 nuove assunzioni, 1.539.435 sono avvenute con contratti a tempo determinato, 364.972 con contratto a tempo indeterminato, 54.073 con contratto di apprendistato e 167.438 con contratto di collaborazione (Fonte: ministero del Lavoro, Sistema delle comunicazioni obbligatorie, Marzo 2014).

<sup>622</sup> Nell'ordinamento italiano, il contratto a termine, comunque, si presenta come contratto relativamente più stabile, per esempio, dell'assunzione in prova (ex art. 2096 c.c.), posto che il recesso dal contratto a termine *ante tempus* deve essere assistito, secondo i principi generali, da una causa giustificativa, mentre il recesso durante il periodo di prova può avvenire *ad nutum*.

<sup>623</sup> Si pensi ai lavoratori precari della pubblica istruzione italiana, il cui contratto di lavoro viene rinnovato di anno in anno, per disposizione legislativa, abusivamente - secondo alcuni giudici che hanno rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Ue. La richiesta di pronunciamento pregiudiziale sulla legittimità delle disposizioni normative riguardanti il rinnovo dei contratti a termine nel settore della pubblica istruzione è stata, di recente, oggetto del primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana alla

Se si guarda alla misura legislativa assunta dal governo italiano, nella logica del bilanciamento, occorre probabilmente evidenziare che l'aver privilegiato il contratto a termine lungo (36 mesi acausali con cinque proroghe) - rispetto ad altre tipologie contrattuali invece scoraggiate (lavoro a progetto, false partite Iva) - produce un bilanciamento costituzionalmente tollerabile.

In secondo luogo, la misura, con un opportuno intervento finale<sup>624</sup>, si configura prospetticamente, se non come temporanea, sistemicamente – se non cronologicamente – sincronizzata con la riforma del contratto a tempo indeterminato (il contratto a tutele crescenti); riforma mirata a stimolare gli imprenditori a puntare sul consolidamento del contratto psicologico, sull'investimento in capitale umano e su strategie di impiego stabile attraverso la porta di ingresso del contratto a tempo indeterminato; ciò attraverso il contratto ad affidamento crescente che implica un mix di tutele e incentivi progressivi per confermare, dopo un triennio, il contratto già originariamente a tempo indeterminato, ma privo, nella fase genetica, delle tutele di stabilità del contratto standard [Caruso 2014a].

In terzo luogo, il giudizio di bilanciamento, con l'applicazione del corollario della proporzionalità, va formulato anche con la valutazione di impatto (*ex post*) della misura. Va cioè valutato se la misura permissiva sul contratto a tempo determinato (l'abolizione della causale) sia adeguata all'obiettivo di sblocco occupazionale (test di adeguatezza): se lo strumento possa, cioè, sortire l'effetto di creazione immediata di occupazione meno instabile di quella che si sarebbe creata senza la misura; ovvero, se l'impatto sul *diritto al lavoro stabile* – ammesso che il disfavore legislativo nei confronti del lavoro a termine possa essere identificato nell'ordinamento italiano ed europeo come il corrispondente negativo del diritto al lavoro stabile e a non essere licenziato senza giustificazione [Saracini 2013] – sia tollerabile perché necessario (test di necessità); e, infine, se la misura di compressione del preteso diritto ad essere assunto a termine solo per cause oggettive, con liberalizzazione del contratto a termine, sia strettamente proporzionale al beneficio occupazionale previsto (test di proporzionalità in senso stretto).

I primi dati di impatto della legge sembrano confermare il ricorso privilegiato a questo contratto<sup>625</sup>, dato statistico già presente nel mercato del lavoro italiano, sintomo, al contempo, di una scarsa fiducia delle imprese sulla stabilità e solidità della ripresa e della sfiducia nel contratto a tempo indeterminato, non ancora adeguatamente incentivato, in attesa di riforme allo stato solo annunciate (il contratto ad affidamento crescente). I dati dimostrano che il contratto a termine, nella versione lunga e liberalizzata, sembra produrre, oltre che un positivo effetto occupazionale ancorché di medio periodo, un effetto sostitutivo rispetto ad altri contratti non standard meno protetti.

---

Corte di giustizia (Corte cost. 13 luglio 2013, n. 207, ord.). Sulla "legittimità comunitaria" della legislazione interna sul contratto a tempo determinato, si v. pure le ordinanze di rinvio pregiudiziale del tribunale di Napoli e la risposta della Corte di giustizia alle questioni sollevate dal giudice napoletano (Corte di giustizia 12 dicembre 2013, Carmela Carratù contro Poste Italiane SpA).

<sup>624</sup> Nell'ultima redazione del testo di legge, su iniziativa del sen. Ichino è stata inserita all'art. 1 una disposizione di sincronizzazione del seguente tenore: «considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono apportate le seguenti modificazioni».

<sup>625</sup> Secondo stime di Unioncamere e Ministero del lavoro, riferite al secondo semestre 2014, in ragione dell'intervento governativo si sarebbe verificato un aumento dei contratti a tempo determinato (+ 7,3%) e del contratto di apprendistato (+ 6%): *Il decreto Poletti funziona: contratti a termine + 7,3%*, il Sole 24 ore del 22 giugno 2014.

Se a ciò si aggiunge l'annunciata riforma del mercato del lavoro, con sincronizzazione sistemica, del contratto ad affidamento crescente e di maggiore tutela nelle transizioni nel mercato (riforma degli ammortizzatori sociali) e, quindi, l'indiretta temporaneità di una misura di drastica liberalizzazione del contratto a tempo determinato, appare evidente che la valutazione si presti ad una articolazione di giudizio sicuramente maggiore rispetto alla narrazione tradizionale, che vede meccanicamente, in ogni intervento di flessibilizzazione del contratto a termine, un tributo all'imperativo di de-regolamentazione imposto dai mercati e dalla *Troika* europea.

Medesimo ragionamento può farsi con riguardo alla contrattazione collettiva e agli incentivi normativi alla contrattazione di prossimità in deroga al contratto nazionale e all'inderogabilità normativa attuati dal governo di centrodestra come tributo corrispettivo alla missiva della Bce (art. 8 l. n. 148/2011).

Seguendo lo schema della narrazione tradizionale, ogni *vulnus* alla capacità uniformatrice e redistributiva del contratto nazionale di categoria, soprattutto con pesanti incentivi normativi al contratto aziendale in deroga persino alla legge e non solo al contratto nazionale, sarebbe un ossequio alla de-regolazione.

Sul piano generale, tale narrazione – l'aziendalizzazione delle relazioni contrattuali come neo feudalesimo [Bavaro 2012, Romagnoli 2011] – dimentica che la flessibilità regolativa, attraverso la contrattazione in deroga, anche retributiva, dove attuata, è stata una strategia di rilancio della competitività aziendale che, se negoziata a tale livello anche con contropartite partecipative, ha consentito comunque di mantenere la legittimazione del sindacato (con effetto semmai di una redistribuzione del potere intraorganizzativo tra *leadership* nazionali e locali e con rivalutazione della responsabilità decisionale del *management* locale).

Nella traiettoria del bilanciamento e della proporzionalità, è verosimile che le strategie di rilancio della contrattazione e della partecipazione aziendale non vadano considerate soltanto in chiave di de-regolazione degli *standard* nazionali, ma anche di coinvolgimento dei lavoratori su obiettivi di maggiore competitività per una redistribuzione contestualizzata degli aumenti di produttività, anche attraverso adeguati incentivi fiscali e normativi; la contrattazione aziendale può infatti ispirare nuovi modelli di welfare aziendale – anch'essi da supportare e incentivare fiscalmente – secondo l'originaria e per molti anni vincente intuizione di Adriano Olivetti e secondo esperienze valutate come estremamente positive<sup>626</sup>. Tali strategie di valorizzazione della contrattazione aziendale possono sicuramente bilanciare l'attenuazione degli effetti di uniformità e di standardizzazione del contratto nazionale - la cui funzione può ben essere surrogata da una legislazione sul salario minimo - e anche la sua funzione di redistribuzione di reddito, nella misura in cui le strategie di regolazione contestualizzata, veicolate della contrattazione di prossimità, presuppongano una nuova consapevolezza del valore della persona: del suo bagaglio di conoscenze di professionalità, di libertà e di creatività, una valorizzazione che va oltre l'*income satisfaction*. Ciò in funzione di una visione progressivamente comune degli interessi di impresa (l'impresa comunità) in cui si affiancano anche percorsi di stabilità e sicurezza, secondo linee che sembrano finalmente

---

<sup>626</sup> Si rinvia, come paradigmatico, al contratto aziendale Luxottica del 11 febbraio 2009; Tursi [2012].

emergere anche da documenti delle associazioni imprenditoriali italiane che possono essere considerati vere e proprie svolte epocali [Mascini 2014]<sup>627</sup>.

In questo contesto discorsivo, è possibile valutare l'art. 8 nella traiettoria del principio del bilanciamento e di proporzionalità. Come altrove argomentato [Caruso, Alaimo 2012, 208 ss.], il problema non è di astratto scrutinio di costituzionalità della norma: consentire la deroga con effetto *erga omnes* alla legge su alcune materie e per certi scopi, nel rispetto di alcuni presupposti procedurali, quali principio di democrazia e regola di maggioranza, non pare collidere in linea di principio con disposizioni costituzionali. Il problema che, sin dall'inizio, ha presentato l'intervento e ne ha scoraggiato l'utilizzo da parte dei sindacati, è la cattiva fattura e approssimazione tecnica. Ciò perché il bilanciamento tra effetto di deroga e contrappesi - in termini di chiarezza di finalità dei contratti di prossimità, individuazione delle materie e delle regole procedurali di democrazia per la legittimazione di tali accordi - è stato male realizzato; onde, in prospettiva riformatrice, la necessità di un cambiamento che migliori ma non neghi il bilanciamento legislativo realizzato [Caruso 2014b].

Sul piano delle applicazioni dell'art. 8 pratiche spetterà al giudice, eventualmente chiamato a valutare la legittimità di tali accordi, pur nell'attuale status deficitario del quadro regolativo, valutare la legittimità dell'accordo in funzione del bilanciamento comunque previsto, della proporzionalità del sacrificio dei diritti rispetto agli scopi e agli obiettivi individuati dagli accordi di prossimità.

## 6. Conclusioni

Nell'itinerario di questo saggio si è partiti dalla constatazione della natura strutturale e di lungo periodo della crisi in atto (la grande contrazione) con ricadute profonde sulla narrativa novecentesca del diritto del lavoro e con effetti sociali particolarmente sconvolgenti su paesi a debole struttura produttiva e ad alto debito pubblico come l'Italia. La crisi impone una riconsiderazione del costituzionalismo, soprattutto in chiave europea, per i suoi riflessi sul modello sociale ma anche sulla prospettiva dell'unità politica. La crisi può incrinare tale prospettiva ma può paradossalmente anche rafforzarla. Tale constatazione non legittima né posizioni arroccate sulla tradizione, nella versione dell'assolutezza dei diritti sociali o del patriottismo costituzionale; ma neppure atteggiamenti di acritica accettazione di strategie de-regolative condizionate e imposte da rigide politiche di austerità.

Tutto questo induce, per quel che concerne la narrazione giuslavorista, una presa d'atto dell'insufficienza del paradigma novecentesco di fronte alla portata globale della crisi. Milita a favore di ragionevoli posizioni a favore di un suo adattamento che non neghi la tradizione, in termini di regole, valori e principi. La riforma del mercato del lavoro e del diritto del lavoro non è fattore - in paesi come l'Italia che necessitano di ampie riforme strutturali - in grado di determinare, di per sé, una positiva dinamica occupazionale; ma è indubbio che laddove i mercati del lavoro sono governati da regole più efficienti si sono registrati effetti occupazionali della crisi meno drammatici.

Nuove possibili traiettorie della narrazione giuslavoristica possono riguardare, in primo luogo, un ampliamento della sua tradizionale "giurisdizione", con una riconsiderazione, sia concettuale sia

---

<sup>627</sup> Manifesto approvato all'assemblea di Federmeccanica e intervista al Presidente Storchi, *La persona al centro dell'impresa, Il diario del lavoro*, 13 giugno 2014.

regolativa, del *personal work contract*, il contratto di lavoro ove è implicata la persona. Questa possibile traiettoria, in Italia, trova legittimazione costituzionale in una rilettura dell'articolo 35 Cost., intesa a promuovere e tutelare anche il lavoro creativo in forma professionale e imprenditoriale, attraverso interventi normativi ad ampio spettro; oltre che consentire di considerare non in contrapposizione, ma in possibile contaminazione i valori e principi classici della tradizione (uguaglianza distributiva, solidarietà) e valori che promanano dal principio di libertà (competitività, efficienza, merito); il tutto sotto la bussola sistemica del diritto alla dignità, riletto secondo i canoni metodologici della teoria delle *capacitas* e del suo pragmatismo regolativo.

Una seconda possibile traiettoria di rinnovamento è il recupero in positivo del principio di condizionalità, considerato da molti, invece, uno spettro che si aggira per l'Europa, in grado di incrinare la tenuta dei diritti sociali, anche nel loro *core content* e di stravolgere il modello sociale europeo. Un'analisi ravvicinata e comparata degli effetti del principio di condizionalità, dimostra invece che i suoi effetti non sono stati ritenuti tali dalle alte Corti e sono stati in qualche misura mitigati, attraverso il ricorso al principio del bilanciamento e alla proporzionalità. In una diversa traiettoria la condizionalità dei diritti può, anzi, costituire l'occasione per inserire nella narrazione giuslavorista, soprattutto della dottrina italiana, accanto alla grammatica dei diritti anche la grammatica dei doveri inderogabili e il principio di responsabilità.

Una terza possibile traiettoria della rinnovata narrazione giuslavoristica potrebbe essere un più pieno e maturo confronto con il metaprinzipio costituzionale del bilanciamento e il suo corollario, il principio di proporzionalità; ciò sia nella valutazione dell'attività dei *decision makers* sia come strategia di controllo giudiziale delle limitazioni e riduzioni legislative ai diritti sociali fondamentali in tempo di crisi. Ciò come realistica alternativa – in tempi di crisi, ma anche in prospettiva di riadattamento teorico del paradigma giuslavoristico – ad una visione rigidamente ancorata alla tradizione del principio di inderogabilità. Nel considerare quest'ultima possibile traiettoria si sono valutati recenti, discussi e sintomatici interventi del legislatore italiano, germinati dalla crisi epocale in atto, in materia di contratto a termine e di efficacia derogatoria della contrattazione di prossimità.

### Bibliografia

- Abbate T. (2014), Le Corti e la crisi: la giurisprudenza dei "PIIGS", DPCE, 1, p. 515 ss
- Armington K. – Baccaro L. (2012), Political economy of the Sovereign Debt Crisis: the Limits of Internal Devaluation, ILJ, 3, p. 254 ss.
- Arthurs H. W. (2006), What Immortal Hand or Eye? Who will redraw the Boundaries of Labour Law? in *The Regulation of Work, in Boundaries and Frontiers of Labour Law*, edited by G. Davidov and B. Langille, Hart, Oxford.
- Azzariti G. (2012) Are we going towards a government of judges? The role of European Courts in the creation of a political Europe, EJSL, 2, p. 124.
- Balodis R. – Pleps J. (2013), Financial Crisis and Constitution, in Latvia, in Contiades X. editor, *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Ashgate, Burlington.
- Barbera A. (1975), Commento all'art. 2, in *Commentario alla Costituzione, Rapporti economici*, tomo I, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna.

- Barnard C. (2013), *The Charter, the Court – and the Crisis*, Legal Studies Research Paper Series, 18, University of Cambridge.
- Bavaro V. (2012), *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari.
- Beck G. (2014), *The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle case* \_ Law as the Continuation of Politics by Other Means, *ELR*, 39, p. 234 ss.
- Beck U. (2013), *Europa tedesca*, Laterza, Bari
- Beck U. (2012) *La crisi dell'Europa*, il Mulino, Bologna.
- Bini Smaghi L. (2104), *33 false verità sull'Europa*, il Mulino.
- Bini Smaghi L. (2013), *Morire di austerità*, il Mulino, Bologna.
- Bilancia P. (2012), *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law: the European Union after the Lisbon treaties*, Milano, Giuffrè.
- Borzaga M. (2012), *Lavorare per progetti*, Cedam, Padova.
- Carnevale P. – Pistorio G. (2014), *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino di-  
nanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, *Costituzionalismo.it*, 1,  
p. 1 ss.
- Calvano R. (2013), *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costi-  
tuzionale ed Europea*, *Costituzionalismo.it* n.3.
- Caruso S.B. (2014a), *Nel cantiere del contratto di inserimento: il "contratto ad affidamento cre-  
scente"*, *Nel merito.com*
- Caruso S.B. (2014b), *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora  
quando!*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 206/2014
- Caruso S.B. (2013), *"The Employment Contract Is Dead! Hurrah for the Work Contract!" A Euro-  
pean Perspective*. in *Rethinking Workplace Regulation*, edited by Stone and Arthurs, Russell Sage  
Foundation, New York.
- Caruso S.B. (2008), *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza,  
conflitto o integrazione?* (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking), *RSPE*, 2, pp. 11-59
- Caruso S.B. (2007), *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei  
mercati del lavoro*, *GDLRI*, 113, p. 1 ss.
- Caruso S.B. – Militello M. (2012) *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*,  
*WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT* - 94/2012
- Caruso S.B. – Alaimo A. (2012), *Diritto sindacale*, il Mulino, Bologna.
- Caruso C. – Morvillo M. (2014), *Economic governance and budgetary rules in the European con-  
text: the call for a new European constitutionalism*, paper presentato al IX congresso IACL, Oslo,  
Giugno 2104.
- Cisotta R. - Gallo D. (2013) *Il Tribunale costituzionale portoghese, i risvolti sociali delle misure di  
austerità ed il rispetto dei vincoli internazionali ed europei*, *Diritti umani e Diritto internazionale*,  
2. pp. 465-480.

- Collins H. (2007) "Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization", *Law Society Economy* wp n. 6.
- Contiades X. (2013), *How Constitutions Reacted to the Financial Crisis*, in Contiades X. editor, *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Ashgate, Burlington.
- Contiades X. editor (2013), *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Ashgate, Burlington.
- Contiades X. – Fotiadou A. (2012) Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation, *International Journal of Constitutional Law*, I-CON, 3, pp. 660-686
- Corazza L. (2013), Il principio di condizionalità (al tempo della crisi), *GDLRI*, 3, p. 489 ss.
- Coutu M.- Le Friant M. – Murray G. (2013) Broken Paradigms: Labour Law in the Wake of Globalization and the Economic Crisis, *CLLPJ*, 3. P. 565 ss.
- Dahn S. (2012), The EU/IMF Financial Stabilisation Process in Latvia and Its Implications for Labour Law and Social Policy, *ILJ*, 3, p. 305 ss.
- Davidov G. (2013), The Principle of Proportionality in Labor Law and its impact on Precarious Workers, *CLLPJ*, 1, p. 63 ss.
- Davidov G. (2006), The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: 'Employee' as A Viable (Though Over-used) Legal Concept, in *The Regulation of Work, in Boundaries and Frontiers of Labour Law*, edited by G. Davidov and B. Langille, Hart, Oxford.
- Davidov G. – B. Langille (2006), Introduction: Goals and Means in *The Regulation of Work, in Boundaries and Frontiers of Labour Law*, edited by G. Davidov and B. Langille, Hart, Oxford.
- Davies A.C.L. (2009) Judicial Self-Restraint in Labour Law, *ILJ*, 3, p. 278 ss.
- Deakin S. (2014), *Labour Law and Inclusive Development*, WP CBR, n. 468, University of Cambridge.
- Deakin S. (2013), *Labour Standards, Social Rights and the Market: 'Inderogability' Reconsidered*, *GDLRI*, 4, p. 549 ss.
- Deakin S. (2009), *Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundation of the Market*, in Deakin S.- Supiot A. (edited by), *Capacitas*, Hart Oxford.
- Deakin S.- Supiot A. (edited by) 2009, *Capacitas*, Hart Oxford.
- Del Punta R. (2013), Leggendo «The idea of Justice», di Amartya Sen, *GDLRI*. 2, pp 197-219.
- Fabbrini F. (2013a) The Fiscal compact, the "Golden Rule", and the Paradox of European Federalism, Boston College, *International and Comparative law review*, pp. 1-38
- Fabbrini (2013b) The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective, *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, Vol. 32, No. 1, 2014 Forthcoming, reperibile in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2328060](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2328060)
- Ferrera M. (2013), Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa, *SM*, 97, 3 ss.
- Fontana G. (2014) Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 104/2014

- Fredman L. (2009), *Human Rights Transformed*, OUP, Oxford.
- Freedland M. - Kountouris N. (2011), *The legal Construction of personal work relations*, OUP, Oxford.
- Freedland M. - Kountouris N. (2008), *Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe*, *ILJ*, 1, pp. 49-74.
- Fubini F. (2014), *Recessione Italia*, Laterza, Bari.
- Fudge J. (2006), *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Worker and Labour Protection, in The Regulation of Work, in Boundaries and Frontiers of Labour Law*, edited by G. Davidov and B. Langille, Hart, Oxford.
- Gambino S. (2013), *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, *Cittadinanza europea*, 2, p. 5 ss.
- Giugni G. (2007), *La memoria di un riformista*, il Mulino, Bologna
- Giugni G. (1989), *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna.
- Giupponi T. (2104) *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, *QC*, 1, 51-77.
- Groppi T. – Spigno I. – Vizioli N. (2013), *The Constitutional Consequences of the Financial Crisis in Italy*, in Contiades X. editor (2013), *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Ashgate, Burlington.
- Habermas J. (2012), *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Bari.
- Hennette- Vauchez S. (2011), *A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence*, *IJCL*, 1, pp. 32 -57.
- Hyde A. (2006), *What is Labour Law?*, in *The Regulation of Work, in Boundaries and Frontiers of Labour Law*, edited by G. Davidov and B. Langille, Hart, Oxford.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.
- ILO (2014), *World of Work Report 2014, Developing with Job*, ILO, Geneva.
- Jonas H. (2009), *Il principio di responsabilità*, ult. Ed., Einaudi Torino.
- Khosla M. (2010), *Proportionality: An assault on human rights?: A reply*, *I-CON*, 2, pp. 298-306
- Kilpatrick C. – De Witte B., editors (2014) *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights" Challenges*, *EUI WP*, 5, Florence.
- Kountouris N. (2012), *The Legal Determinants of Precariousness in Personal Work Relations: a European Perspective*, *CLL&PJ*, 34, p. 21 ss.
- Koutnatzis S-I. G. (2005), *Social Rights as a Constitutional Compromise: Lessons from Comparative Experience*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 44, p. 1 ss.
- Krugman P. (2009) *The Return of Depression and the Crisis of 2008*, trad. Italiana, *Il ritorno dell'economia della depression e la crisi del 2008*, Garzanti, Milano.



- Langille B. (2006), *Labour Law's Back Pages*, in *The Regulation of Work, in Boundaries and Frontiers of Labour Law*, edited by G. Davidov and B. Langille, Hart, Oxford.
- Le Friant M. (2013), *Collective Autonomy: Hope or Danger?* CLLPJ, 3 p. 627 ss.
- Lo Faro A. (2014a), *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in Corazza L. Romei R., *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, Bologna.
- Lo Faro A. (2014b) *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, GDRLI, in corso di pubblicazione.
- Magnani M. (2010), *Quale „statuto“ per il lavoratore autonomo?*, DLRI, 3, p. 597 ss.
- Mascini M. (2014) *Relazioni industriali, Federmeccanica cambia strategia*, *Il Diario del lavoro*, 20 giugno 2014.
- McKay et al. (2012), *Study on Precarious work and social rights*. Carried out for the European Commission (VT/2010/084), Workinglives Research Institute, London metropolitan university.
- Messineo D. (2012), *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.
- Morelli A. (2013), *I paradossi della fedeltà alla repubblica*, Giuffrè, Milano.
- Moretti E. (2013), *The New Geography of Jobs*, Mariner Books, trad. It *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, Milano.
- Morrone A. (2014), *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, QC, 1, 79-106.
- Morrone A. (2008), *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, voce, *Enciclopedia del diritto*, Annali, v. II, tomo II, Giuffrè, Milano.
- Nussbaum M. (2002), *Giustizia sociale e dignità umana*, il Mulino, Bologna.
- Nogler L. (2013), *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del ‘nuovo’ diritto civile*, in EDP, 4, p. 959 ss.
- Omaggio V. (2014) *Individuo, persona e costituzione*, RTDP, 1, p. 77 ss.
- Palier B. (2013), *Social Policy Paradigms, Welfare State Reforms and the Crisis*, SM, 97, p. 37 ss.
- Pallini M. (2013), *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, Padova
- Passarini W. – Marino I. (2014), *La Guerra del lavoro*, Rizzoli, Milano
- Perulli A. (2011), *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, in *The Employment Relationship – A Comparative Overview*, edited by G. Casale, Hart, Oxford.
- Perulli A. (2010), *Per uno statuto del lavoro autonomo*, DLRI, 3, p. 621 ss.
- Petruzzella G. (2102), *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, QC, 2, p. 9 ss.
- Piepoli G. (2003), *Dignità e autonomia privata*, PD, 1, p. 45 ss.
- Prassl J. (2013) *Rethinking the Notion of the Employer*, paper LLRN conference Barcelona.

- Razzolini O. (2012), *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, Torino.
- Ricci G. (2014), *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente dalle dinamiche economiche e finanziarie?*, in corso di pubblicazione
- Reinhart C. M. - Rogoff C. M. (2010), *Growth in a Time of Debt*, NBER WP series, 15639, Cambridge Ma.
- Rivers J. (2006), *Proportionality and Variable Intensity of Review*, CLJ, pp. 174-207.
- Romagnoli U. (2013), *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, GDLRI, 4, p. 585 ss.
- Romagnoli U. (2011), *Il diritto del lavoro torna al medioevo*, in *Eguaglianza & Libertà* on line.
- Ruffert M. (2011), *The European Debt Crisis and European Union Law*, CML, 48, pp. 1777-1806
- Ruiz-Rico Ruiz G. (2013), *La Constitución normativa y el principio de la estabilidad presupuestaria*, *Istituzioni del federalismo*, 1, 229-263.
- Saraceno C. (2013) *Three concurrent crises in welfare states in an increasingly asymmetrical European Union*, SM, 99, p. 339 ss.
- Saracini P. (2013) *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Sciarra S. (2013), *L'europa e il lavoro*, Laterza, Bari.
- Sen A. (2013), *L'ingiustizia e il mondo globale*, in Sen e al., *Sull'ingiustizia*, Erickson, Trento.
- Sen A. (2009), *The Idea of Justice*, Penguin, London, trad. Italiana, *L'Idea di giustizia*, Mondadori, Milano.
- Sennet R. (2008) *The Craftman*, Yale University Press, New Haven and London, trad. It. *L'uomo artigiano*, Feltrinelli, Milano.
- Stiglitz J. E. (2010) *Freefall*, trad. Italiana, Bancarotta, Einaudi, Torino.
- Stone V. W. (2013), *The Decline of the Standard Contract of Employment in the United States: A Socio-Regulatory Perspective*, in *Rethinking Workplace Regulation*, edited by Stone and Arthurs, Russell Sage Foundation, New York.
- Stone V. W. (2006), *Rethinking Labour Law: Employment Protection*, in *The Regulation of Work, in Boundaries and Frontiers of Labour Law*, edited by G. Davidov and B. Langille, Hart, Oxford.
- Stone V. W. – Arthurs (2013) *The Transformation of Employment Regimes: A Worldwide Challenge*, in *Rethinking Workplace Regulation*, edited by Stone and Arthurs, Russell Sage Foundation, New York.
- Stone Sweet A. – Mathews J. (2008) *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 47:83, p. 80 ss.
- Szente Z. 2013, *Breaking and Making Constitutional Rules: The Constitutional Effects of Financial Crisis in Hungary*, in Contiades X. editor, *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Ashgate, Burlington.

Supiot A. et al (2001), *Beyond Employment - Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, OUP, Oxford.

Tecla D. (2014) *Welfare Rights in Italy*, in Kilpatrick C – De Witte B., editors (2014) *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights* Challenges, EUI WP, 5, Florence.

Thorarensen B. (2013), *The impact of the Financial Crisis on Icelandic Constitutional Law: Legislative Reform, Judicial Review and Revision of the Constitution*, in Contiades X. editor, *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Ashgate, Burlington.

Treu T. (2013), *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, GDLRI, 4, p. 597-640.

Treu T. (2010), *Uno statuto per un lavoro autonomo*, DLRI, 3, p. 603 ss.

Treu T. (1979), *Commento articolo 35 1° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, Rapporti economici, tomo I, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna.

Tsakyrakis S. (2008), *Proportionality: An Assault on Human Rights?* Jean Monnet Working Paper 09/08.

Tursi A. (2012) *Il «welfare aziendale»: profili istituzionali*, RPS, 3, p. 213 ss.

Veneziani B. (2010), *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il Pathos della dignità*, GDLRI, 2, p. 257 ss.

Von Bogdandy A. (2011), *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, 2011.

Von Bogdandy A. – S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty*, CMLR, 48, pp. 1417-1454.

Yannakourou M. (2014), *Austerity Measures Reducing Wage and Labour Costs before the Greek Courts: A case law analysis*, Irish Employment Law Journal, 2, p. 36 ss.

Young K. G. (2008), *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, Yale Journal Int. Law, 33, p. 113 ss.

Zan S. (2014), *Oltre la concertazione: appunti per una riflessione*, paper presentato al seminario 'Eclissi delle Organizzazioni?' Roma 25 giugno, 2014.

## Cultural determinants of workplace arbitration in the U.S. and Italy\*

Maurizio Del Conte- Ann C. Hodges

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| I. Introduction                            | 177 |
| II. Law and contract in the U.S. and Italy | 177 |
| III. Arbitration in the U.S. and Italy     | 180 |
| A. The United States                       | 180 |
| 1. Labor Arbitration                       | 180 |
| 2. Employment Arbitration                  | 183 |
| B. Italian Arbitration                     | 188 |
| IV. Similarities and Differences           | 193 |
| A. Comparison between the two systems      | 193 |
| B. Learning From One Another               | 199 |
| V. Conclusion                              | 201 |

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 112/2014

## I. Introduction

Globalization of employment is making knowledge of labor and employment law of all nations an imperative. At the same time, comparative legal studies can help nations learn from one another and improve on existing legal systems. As the United States Supreme Court is hurtling U.S. employment law into private dispute resolution and the Italian labor law system is under substantial pressure for reform as a result of economic stresses, a comparative study of workplace arbitration in the two countries is timely.

This article looks at the law and impact of workplace arbitration in the United States and Italy with a goal of analyzing the influences that led to the current systems and determining whether the countries can derive any useful lessons from one another. First, the article looks briefly at the labor and employment law systems in the two countries. This analysis lays the backdrop for a discussion of the evolution and use of arbitration in the two countries. The article then moves to an analysis of the similarities and differences between arbitration in Italy and the U.S. and the reasons for those differences. Finally the article focuses on lessons that can be drawn from the two systems.

The employment arbitration system in the U.S. is currently weighted in favor of employers, and could learn from the Italian protection of workers. The article suggests several modifications that would provide better balance in the current system. But the article concludes that the historical and cultural forces that have shaped arbitration in the two countries make it unlikely that either will change significantly in the near future.

## II. Law and contract in the U.S. and Italy

The legal systems governing the workplace in the United States and Italy vary dramatically. These differences contribute to the differential approach to arbitration in the two countries. This section will briefly explore the legal systems in order to assist in understanding the source of the differences in the use of arbitration.

In the United States, statutes set minimum terms and conditions of employment which can be expanded by labor unions negotiating with employers, by individual employees negotiating with employers, typically highly skilled, highly paid employees, or by employers acting unilaterally. Statutes set a relatively low minimum wage, require overtime pay at a higher rate for more than 40 hours work per week, prohibit child labor, prescribe standards for a safe and healthful workplace, require unpaid leave for illness, childbirth and adoption and to care for an ill family member, and set certain standards for pensions and health insurance voluntarily provided by employers.<sup>628</sup>

The law provides benefits through mandatory insurance for workers who are unemployed or injured on the job, and requires contributions from the employer and employee into a national retirement system. In addition, the law prohibits discrimination based on race, religion, national origin, gender, age, citizenship, genetic makeup and disability. The law also determines who is an

---

<sup>628</sup> As of 2014, the Patient Protection and Affordable Care Act requires employers with 50 or more employees to provide health insurance for employees who work at least 30 hours per week. See 26 U.S.C. § 4980H(a); 26 U.S.C. § 4980H(c)(2)(A); 26 U.S.C. § 4980H(c)(4)(A).

employee and who is an independent contractor not protected by employment laws. Most employees are at will, meaning that they can be fired at any time for any reason. Employees can negotiate contracts of employment that limit the employer's authority to terminate them, but few have the power to do so unless represented by a union.

For most employees in the United States, the employment laws and terms set by their employer govern their work, since 7.5% of employees in the private (nongovernmental) sector and 38.7% of employees in the public (governmental) sector have union representation.<sup>629</sup> The laws are normally enforced by filing a lawsuit in court using an attorney hired by the employee or by filing a claim with a government agency having a duty to enforce the laws. Section II will explain how and when arbitration can substitute for judicial enforcement.

Union-represented employees are governed by a negotiated collective bargaining agreement, an enforceable contract including terms and conditions of employment in addition to the minimums required by law. This contract applies only to the employees represented by the union, however, so most employees are unaffected by these agreements. A contract will typically provide wage rates far in excess of the minimum wage, overtime premium pay in addition to what is required by law, and pay for holidays, vacations, funeral leave, and sick leave. It may provide for certain benefits to be allocated by seniority, i.e., the length of time employed by the employer. Such benefits might include layoff and recall in times of reduced workload, promotions, and work assignments. A union contract will almost always require just cause for discipline and discharge, protection not normally available by law except for some government employees. In some industries, such as construction, mining, and longshoring, there is a history of multiple employers negotiating one contract with a union. In many cases, however, one employer negotiates with one union and sometimes only one facility of the employer negotiates with one union. Some contracts are negotiated on a national or statewide basis with local supplements, but many are exclusively local agreements.

As discussed further below, these contracts are typically enforced using arbitration. In the United States, the law relating to unions and collective bargaining and the protection of efforts to deal with the employer is known as labor law. The law relating to all employees, union and nonunion, is known as employment law.

The Italian system operates quite differently, being more regulated and affording more protections to the workers. Traditionally, the law governs certain areas of employment and others have been covered by collective agreements, generally negotiated on a much broader basis and covering many more workers than in the United States. Among the subjects traditionally regulated by law in Italy are many similar to the U.S., such as discrimination on grounds like marriage or pregnancy, nature of the work relationship (employment or self-employment), social security, health and safety in the workplace, and protection for union activity. In contrast to American law, however, Italian law provides protection against unjust dismissals. Contracts in Italy cover subjects such as job duties, career development, special types of pay under the contract, violations

---

<sup>629</sup> *Union Affiliation of Employed Wage and Salary Workers by Occupation and Industry*, Bureau of Labor Statistics (Jan. 24, 2014), <http://www.bls.gov/news.release/union2.t03.htm>. For some explanations of the decline in union representation and, accordingly, power, see JULIUS G. GETMAN, *RESTORING THE POWER OF UNIONS* 16–22 (2010); Katherine Van Wezel Stone, *The Legacy of Industrial Pluralism: The Tension Between Individual Employment Rights and the New Deal Collective Bargaining System*, 59 U. CHI. L. REV. 575, 579–84 (1992).

of the disciplinary code, the notice period for termination of employment, and non-competition covenants.

The two countries differ significantly in the form of unionization and the coverage of collective bargaining agreements. In Italy the organization of workers has occurred, with some rare exceptions such as managers and air traffic controllers, based on the type of employer for which they work. As a result, trade unions operate in particular industries or sectors. The collective contracts are typically nationwide sector agreements containing the minimum economic and normative terms of employment for all the workers in a certain productive sector (the category), regardless of union membership. For some areas or institutions of general interest, however, agreements may cover all categories of workers (inter-confederate agreements). This happened, for example, for individual and collective dismissal; before the legislature intervened to regulate the subject, the only regulation was contained in inter-confederate agreements. In some cases, collective bargaining follows individual local and territorial contexts, with specific norms for certain areas of the country (territorial agreements). It is the nationwide sector collective contract, however, that now represents the main instrument of collective negotiation in the regulation of employment relationships and that governs the various types of collective contracts and agreements in Italy.<sup>630</sup>

The relationships between contractual sources and legal sources in labor law are constructed hierarchically as in all of civil law, with the legal source having automatic prevalence over the contractual source. This model is founded on a fundamental postulate: that the heteronomous source (the law) has the imperative task of safeguarding the fundamental rights - of freedom, dignity, safety - of the subordinate workers. Consequently, every norm produced from a contract – be it individual or collective - that lowers the system defined by the heteronomous precept will be annulled and replaced by the corresponding legal precept (in application of art. 1418 of the civil code). The law is unbreakable; it cannot be modified or waived by the contract.

Until the 1970s there were few situations where law and contract overlapped. Accordingly, there was a mutual relationship of non-interference and, as a last resort in case of conflict, the law prevailed over the contract, a criterion of unbreakability in peius.

At present, however, the overlap of autonomous (contractual) and heteronomous (legal) sources is the norm in the regulation of labor law, creating a situation of continual conflict, competition and, often, also integration between the various sources. In practice then, the relationship between autonomous and heteronomous sources is better explained in terms of competing sources – even though they are hierarchically ordered they do not simply follow an abstract hierarchical criterion. Contractual sources are today sometimes involved in actual normative procedures, as the presupposition for the law and as the content of the law. In many cases contractual sources deviate from legal sources (for example in the case of a change of worker's duties); in others, laws are integrated (as in the case of the proposal of staff leasing legitimated during collective bargaining); in yet others, contractual agreements are proposed as alternative sources to the law for

---

<sup>630</sup> There are, however, some recent signs of change caused by the trend, common in all industrialized countries, of decentralized negotiation.

the regulation of employment relationships (illustrated by the case of the criteria of choice of workers to be dismissed collectively).<sup>631</sup>

In all these cases, the legislature realizes that collective bargaining constitutes the most suitable instrument of social regulation and so does not exercise its regulatory power. Theoretical debate on the topic has for some time highlighted a progressive enrichment and diversification of the functions of bargaining. In an evolving economic and social context, bargaining has come to involve issues in which it does not perform its traditional acquisitive function regarding wage increases and new guarantees, but rather “administers” risks to which a group of workers are exposed. With increasing frequency in the last few decades, often thanks to specific legal delegation, collective bargaining has been entrusted with the additional task of collaborating in the organization of labor and in particular handling company crises and the ensuing employment problems.

Having briefly reviewed the system of employment relations and the legal background in each of the two countries, the stage is now set to place arbitration in context as a part of the system in each country

### III. Arbitration in the U.S. and Italy

#### A. The United States

##### 1. Labor Arbitration

While labor unions in the United States initially resisted arbitration, a number of forces combined to encourage its acceptance and today it is the most common method of resolving disputes over the meaning and application of labor contracts.<sup>632</sup> Both governmental encouragement and negotiation of arbitration agreements by unions and employers in major manufacturing industries fueled the growth of labor arbitration prior to World War II.<sup>633</sup> As aptly stated in 1940 by Walter Reuther, a leader of the United Autoworkers Union,

You cannot strike General Motors plants on individual grievances. One plant going down will affect the 60 other plants. You have to work out something to handle individual grievances .... I don't want to tie up 90,000 workers because one worker was laid off for two months. That is a case for the umpire.<sup>634</sup>

During the war, the War Labor Board, created by the government to deal with labor disputes that might interfere with production of goods needed for the war, “encouraged and then required parties to include grievance arbitration provisions” in collective bargaining agreements, and to

---

<sup>631</sup> According to the law no. 233/1991, in case of redundancy the workers to be dismissed must be selected on the basis of the criteria designed by an *ad hoc* collective agreement. If the collective parties fail to reach an agreement, the criteria are automatically provided by the law as follows: seniority, number of dependents of each worker, organizational reasons.

<sup>632</sup> See generally Dennis R. Nolan & Roger I. Abrams, *American Labor Arbitration: The Early Years*, 35 U. FLA. L. REV. 373 (1983).

<sup>633</sup> *Id.* at 417-20.

<sup>634</sup> *Id.* at 419.



accept arbitration awards as binding.<sup>635</sup> Today arbitration is included in virtually all collective bargaining agreements.

In 1947, Congress added provisions to the National Labor Relations Act, which covers most private sector businesses, to encourage unions and employers to use alternative dispute resolution methods to resolve disagreements over both contract negotiation and contract interpretation.<sup>636</sup> Additionally, Congress made labor agreements enforceable in the federal courts.<sup>637</sup> These changes further cemented arbitration as the method of choice for contract interpretation issues. As for disputes over contract negotiation, mediation is, and has been, the choice for resolving private sector disputes.

While refusing to enforce arbitration agreements in other contexts, in the middle of the 20<sup>th</sup> century, the Supreme Court decided that agreements to arbitrate disputes under collective bargaining agreements were enforceable as a matter of national labor policy.<sup>638</sup> In a series of cases collectively known as the *Steelworkers Trilogy*, the Court adopted standards that were very deferential to arbitration, enforcing both agreements to arbitrate and arbitration awards.<sup>639</sup> Because arbitration provisions in labor agreements were the *quid pro quo* for agreements not to strike, the Court concluded that the judicial hostility toward arbitration agreements in other contexts was not appropriate.<sup>640</sup> “[A]rbitration of labor disputes under collective bargaining agreements is part and parcel of the collective bargaining process itself.”<sup>641</sup> Arbitration is the method of peacefully filling contractual gaps and resolving the disputes about the meaning of the contract, avoiding interruptions of production.<sup>642</sup>

The *Trilogy* established that the courts should decide whether the parties agreed to arbitrate a particular dispute but that absent the clearest evidence of exclusion from arbitration, the courts should order arbitration.<sup>643</sup> The Supreme Court cautioned the lower courts to avoid entanglement in the merits of the claim in deciding whether the parties agreed to arbitrate.<sup>644</sup> In the third *Trilogy* case, the Court adopted the same deference upon judicial review of arbitration awards. The courts should not review the merits of the arbitrator’s decision, but should enforce the decision so long as the award “draws its essence from the collective bargaining agreement.”<sup>645</sup> Over time another narrow exception to enforcement evolved, denying enforcement to arbitration

---

<sup>635</sup> LAURA J. COOPER, et al., *ADR IN THE WORKPLACE* 11-12 (3d ed. 2014).

<sup>636</sup> *Id.* at 13; 29 U.S.C. §§ 158(d), 201, 203.

<sup>637</sup> 29 U.S.C. §185.

<sup>638</sup> See *Textile Workers Union v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448 (1957).

<sup>639</sup> See *United Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *United Steelworkers v. Warrior and Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960); *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

<sup>640</sup> 363 U.S. at 578.

<sup>641</sup> *Id.* at 578.

<sup>642</sup> *Id.* at 581.

<sup>643</sup> *Id.* at 582-83.

<sup>644</sup> *American Mfg.*, 363 U.S. at 568.

<sup>645</sup> *Enterprise Wheel & Car*, 363 U.S. at 597.

awards that violate public policy.<sup>646</sup> Based on the *Trilogy* and its progeny, few arbitration decisions under labor agreements are appealed and fewer still overturned by the courts.<sup>647</sup> Since unionization in the private sector has decreased, however, there are fewer labor arbitrations.

The parties to collective bargaining agreements determine the arbitration procedure and it varies widely, although some generalizations are possible. The procedure is not commonly specified in the agreement.<sup>648</sup> Many arbitration hearings follow a relatively formal, judicial-like format using opening and closing arguments, direct and cross-examination of witnesses, and in many cases, written post-hearing briefs to the arbitrator. The rules of evidence that apply in court do not formally apply in arbitration. Some parties choose more informal procedures and may omit briefs, formal statements, and even formal examination of witnesses. Some unions and employers use attorneys in arbitration, while others prefer to employ trained lay representatives.

Arbitrators are selected by the method negotiated by the parties. Most agreements provide for one neutral arbitrator, but some use a system of three or occasionally five, arbitrators, one or two chosen by each party and a neutral. Most agreements provide that an arbitrator is chosen separately for each dispute, known as “ad-hoc”. Ad hoc arbitrators are chosen by mutual agreement or using the services of an impartial arbitration agency such as the Federal Mediation and Conciliation Service, a federal agency, the American Arbitration Association, a private organization, or a state or local government agency. When the parties receive a list of possible arbitrators from an agency, the most common method of choosing from the list involves alternately striking names until only one remains. Some parties select one or a small group of arbitrators to serve as “permanent” arbitrator(s) for all the disputes arising during the course of the contract. The use of permanent arbitrators reduces delay and eliminates the need to educate the arbitrator about the industry in each hearing.

The arbitrators that conduct labor arbitrations are not licensed or regulated by the state. Many arbitrators are lawyers, while others are academics or retired professionals, often from the field of labor relations or human resources. Most arbitrate part-time, while some individuals earn a living as arbitrators. Arbitrators are paid by the parties, with the union and employer commonly dividing the cost of arbitration.

Arbitrators typically issue written decisions supported by reasoning, days, weeks or sometimes months after the hearing. In some cases, however, the parties request an immediate oral decision from the arbitrator. There are several sources that publish the decisions of arbitrators where the parties agree.<sup>649</sup> There is no systematic determination of which decisions are published. Arbitration decisions are not precedential in the American system, but the parties’ expectations and the system of arbitral selection have resulted in development of a “common law” of arbitration that

---

<sup>646</sup> See *Eastern Associated Coal Corp. v. United Mine Workers*, 531 U.S. 57, 63(2000) (recognizing public policy exception to enforcement of arbitration awards but refusing to overturn arbitration award reinstating truck driver who twice tested positive for illegal drugs on public policy grounds).

<sup>647</sup> See Michael H. LeRoy & Peter Feuille, *As The Enterprise Wheel Turns: New Evidence On The Finality Of Labor Arbitration Awards*, 18 STAN. POL’Y REV. 191, 204 (2007).

<sup>648</sup> The description of the labor arbitration procedure that follows is drawn from COOPER, ET AL., *supra* note 635, at 19- 29.

<sup>649</sup> COOPER, et al., *supra* note 635, at 1021-23.

is followed by most arbitrators.<sup>650</sup> Arbitrators whose decisions are too far outside the mainstream of this common law run risk being deemed unacceptable by parties choosing arbitrators.

Unionization in the governmental sector in the United States remains much higher than in the private sector.<sup>651</sup> Collective bargaining law for government employees is established by individual states, with only the law for federal employees promulgated by the federal government. Arbitration has become a feature of this sector as well, both for purposes of deciding issues of contract interpretation and for determining what the collective bargaining agreement will be when the parties cannot reach agreement in negotiations. The latter form of arbitration, known as interest arbitration, is uncommon in the private sector, where strikes are allowed, but common in the public sector where most jurisdictions prohibit strikes.<sup>652</sup> Arbitration of grievance disputes in the public sector developed later and more slowly than in the private sector. The major factor slowing development of arbitration in this sector is concern about delegating the authority of the government to unelected arbitrators.<sup>653</sup> Another factor is the many laws affecting the terms and conditions of employment of government employees, which frequently relate to or overlap with the provisions of collective bargaining contracts.<sup>654</sup> These concerns caused courts initially to reject arbitration altogether and even after arbitration was accepted, to limit the authority of arbitrators by prohibiting arbitration of some disputes and refusing to enforce arbitration awards in others.<sup>655</sup> While arbitration of public sector contract disputes has become more widely accepted over time, courts in public sector cases remain less deferential to arbitration.<sup>656</sup>

All in all, labor arbitration as a method of settling contract interpretation disputes has been relatively noncontroversial in since the mid-twentieth century in the private sector and in the last 20 years in the public sector as well. Its success was a factor in the increasing consideration of arbitration as a method of resolving disputes in the nonunion workplace, commonly referred to as employment arbitration.

## 2. Employment Arbitration

The deference provided to labor arbitration agreements, particularly in the private sector, was not applied to other arbitration agreements. While arbitration substitutes for “industrial strife” in labor contracts, in other cases it substitutes for litigation.<sup>657</sup> Accordingly the courts initially refused to enforce such agreements at all. In 1925, Congress passed the Federal Arbitration Act (“FAA”), making arbitration agreements enforceable.<sup>658</sup> The statute contains language stating that “nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce.”<sup>659</sup>

<sup>650</sup> *Id.* at 285-88.

<sup>651</sup> *See supra* note 629.

<sup>652</sup> MARTIN H. MALIN, ET AL., PUBLIC SECTOR EMPLOYMENT 611-12, 615 (2d ed. 2011)

<sup>653</sup> *Id.* at 677-78, 699.

<sup>654</sup> *Id.* at 718-50.

<sup>655</sup> *Id.* at 677-78, 718-50.

<sup>656</sup> *Id.*

<sup>657</sup> 363 U.S. at 578.

<sup>658</sup> 9 U.S.C. §§ 1-14 (1925).

<sup>659</sup> 9 U.S.C. §1.

Despite passage of the FAA, the Supreme Court refused to enforce agreements to arbitrate claims based on rights created by law, as opposed to claims of breach of contract. In the 1980s, however, the Court's view of arbitration began to change and it began to enforce agreements to arbitrate claims based on laws.<sup>660</sup> In the early 1990s, this trend moved into employment law and the Court began to enforce agreements to arbitrate claims under employment law statutes, beginning with the Age Discrimination in Employment Act.<sup>661</sup> The Court concluded that an agreement to arbitration was merely an agreement to a different forum, not a waiver of rights.<sup>662</sup> Unless the statute creating the claim barred arbitration, the Court would order arbitration. The Court did not have to deal with the FAA's exclusion for contracts of employment, however, because the arbitration provision in *Gilmer* was not contained in an employment agreement.<sup>663</sup>

Ten years later in *Circuit City v. Adams*, the Court was faced with an arbitration agreement in an employment contract.<sup>664</sup> The Court read the exclusion for employment contracts very narrowly, holding that it excluded only contracts of transportation workers like the expressly mentioned "seaman" and "railroad employees", despite the fact that the scope of interstate commerce is substantially broader today.<sup>665</sup> This decision opened the door to widespread adoption and enforcement of arbitration agreements in employment.

Since that time agreements to arbitrate have been enforceable, subject to certain limited defenses. One is that the statute that gives rise to the dispute does not allow such agreements.<sup>666</sup> Since most employment statutes were passed before such agreements were enforceable, they do not bar arbitration.<sup>667</sup> Although the arbitration agreements are typically imposed on employees as a condition of employment, courts have rejected the argument that the employee's lack of bargaining power alone is a defense to enforcement.<sup>668</sup>

Other defenses to arbitration are that there was no agreement to arbitrate<sup>669</sup> or that the employee cannot effectively vindicate the statutory rights in arbitration.<sup>670</sup> In addition, the generally applicable defenses to the enforcement of any contract apply.<sup>671</sup> In employment arbitration, the company chooses the arbitration system. Some agreements limit damages, shorten the statute

---

<sup>660</sup> See *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614 (1985); *Shearson/American Exp. Inc. v. McMahon* 482 U.S. 220 (1987); *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Exp. Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

<sup>661</sup> *Gilmer v. Interstate Johnson/Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

<sup>662</sup> *Id.* at 29.

<sup>663</sup> *Id.* at 25 n.2.

<sup>664</sup> 532 U.S. 105 (2001).

<sup>665</sup> *Id.* at 119.

<sup>666</sup> *Gilmer*, 500 U.S. at 27-28.

<sup>667</sup> An exception is the whistleblower protections under the Dodd-Frank Act, a financial reform bill, which bars pre-dispute agreements to arbitrate whistleblower claims. See Dodd-Frank Act, Pub. L. No. 111-203, § 922(c)(2), 124 Stat. 1376 (2010) codified at 18 U.S.C. § 1514A(e).

<sup>668</sup> *Id.* at 33.

<sup>669</sup> See, e.g., *Jones v. Halliburton Co.*, 583 F.3d 228 (5<sup>th</sup> Cir. 2009) (finding no agreement to arbitrate claims filed by employee of contractor in Iraq for sexual assault which occurred after work hours in the employee's bedroom in employer-provided housing.)

<sup>670</sup> See, e.g., *Green Tree Financial Corp.-Alabama v. Randolph*, 531 U.S. 79, 89-90 (2000) (recognizing defense but finding plaintiff failed to establish it).

<sup>671</sup> 9 U.S.C. § 2 (requiring enforcement of arbitration agreements except "upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract").

of limitations for filing claims, require the employee to pay part of the costs of arbitration, limit the ability to bring a class action, permit the employer to choose the arbitrator, or limit discovery of evidence in the possession of the other party.<sup>672</sup> There is much litigation about the enforceability of agreements which use a process that is not equivalent to that available in court. Some courts have refused to enforce agreements with some or all of these provisions on grounds that the contract is unconscionable or that statutory rights cannot be vindicated.<sup>673</sup> Other courts have ordered arbitration despite the differences from litigation<sup>674</sup> and still others have liberally construed or modified the agreement to make it enforceable.<sup>675</sup> Where the provisions are weighted too heavily in favor of the employer, even courts that generally order arbitration will allow the employee to bring the claim in court.<sup>676</sup>

The Supreme Court has become very favorably inclined to enforcing such agreements, despite efforts by lawyers representing employees. In recent years the Court has decided many cases involving arbitration agreements unilaterally imposed on employees and consumers and most of the decisions favor arbitration.<sup>677</sup> The Federal Arbitration Act has been found to preempt many state laws that limit enforcement of arbitration agreements,<sup>678</sup> contrary to the Supreme Court's jurisprudence in other areas where the trend is to give more power to the states. Efforts to enact a comprehensive federal statute to prohibit imposition of such agreements on employees as a condition of employment have been unsuccessful.<sup>679</sup> As a result of the Supreme Court's decisions the grounds for refusing to enforce arbitration agreements are more limited, and the trend in the lower courts is toward enforcement.

For many years a 1974 Supreme Court decision appeared to prohibit unions from agreeing with employers that employees would have to arbitrate legal claims,<sup>680</sup> but as the Court became more favorably inclined toward arbitration a few lower courts enforced such agreements.<sup>681</sup> In 2009, without reversing the 1974 decision, the Supreme Court held that a union's agreement with an employer to arbitrate disputes arising under discrimination laws barred an employee from suing the employer in court for discrimination.<sup>682</sup> To be enforceable, however, the agreement, must clearly and unequivocally waive the employees' right to litigate.<sup>683</sup> Additionally, the Court did not decide whether the employee was bound by the arbitration agreement if the union refused to

---

<sup>672</sup> MARION G. CRAIN, ET. AL., *WORK LAW: CASES AND MATERIALS* 1058, 1063–4 (2d ed. 2011).

<sup>673</sup> *Id.* at 1062, 1067–73.

<sup>674</sup> *See id.* at 1063–64.

<sup>675</sup> *See id.* at 1060.

<sup>676</sup> *See e.g.*, *Hooters of America, Inc. v. Phillips*, 173 F.3d 933, 940 (4th Cir. 1999) (stating “we hold that the promulgation of so many biased rules-especially the scheme whereby one party to the proceeding so controls the arbitral panel-breaches the contract entered into by the parties”).

<sup>677</sup> *See infra* notes 704-705, 709 and accompanying text.

<sup>678</sup> *See, e.g.*, *AT&T Mobility v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740 (2011).

<sup>679</sup> *Arbitration Fairness Act Reintroduced to Curb Forced Arbitration for Consumers, Others*, 14 CLASS 606 (Issue No. 10, 05/24/13).

<sup>680</sup> *Alexander v. Gardner-Denver Co.*, 415 U.S. 36, 51 (1974).

<sup>681</sup> *See Safrit v. Cone Mills Corp.*, 248 F.3d 306, 308 (4<sup>th</sup> Cir. 2001); *Austin v. Owens-Brockway Glass Container Inc.*, 78 F.3d 875, 885 (4<sup>th</sup> Cir. 1996).

<sup>682</sup> *14 Penn Plaza LLC v. Pyett*, 556 U.S. 247, 274 (2009).

<sup>683</sup> *Wright v. Universal Marine Service Corp.*, 525 U.S. 70, 79-80 (1998).

arbitrate the employee's claim, which is commonly the union's right under the collective bargaining agreement.<sup>684</sup>

The Supreme Court has also held that employees who agree to arbitration can still bring their cases to administrative enforcement agencies, which may bring legal claims in court on the employee's behalf despite the arbitration agreement.<sup>685</sup> The employee's arbitration agreement does not bind the agency, which has a public interest to vindicate in bringing the claim.<sup>686</sup> Government agencies bring suit only in a very small number of cases, however.<sup>687</sup>

Employment arbitration in the U.S. has been far more controversial than labor arbitration. It is imposed on individual employees without bargaining rights as a condition of employment using a system designed by the employer alone. It removes their right to go to court to vindicate legal rights. Critics of employment arbitration complain that these agreements deprive unsuspecting employees of important rights like a jury trial.<sup>688</sup> Additionally, courts have enforced agreements that limit damages, shorten the statute of limitations for bringing claims, and require the employees to pay costs that they would not have to pay in court. Critics argue that arbitration will limit public exposure of discrimination, decreasing the deterrent effect of the laws and allowing patterns of discrimination to continue. A related concern is that development of the law may be suppressed, with fewer judicial opinions interpreting statutes. Others are concerned that arbitration may provide a kind of second class justice especially where there is no control over arbitrator quality.<sup>689</sup> A related concern is that, unlike labor arbitration, employers will be repeat players in arbitration while employees will not.<sup>690</sup> Thus employers may be able to secure more favorable arbitrators, because they are more knowledgeable about their qualifications, and more favorable decisions, because the arbitrator will want to ensure future business.<sup>691</sup>

Proponents of arbitration suggest that a quicker, cheaper method of dispute resolution may benefit employees, particular those with small claims that are unattractive to the plaintiffs' bar because of the small legal fees generated.<sup>692</sup> While some employees may win large jury verdicts in a litigation system, many others cannot get to court because of the cost of litigation. Some argue that there is no real evidence of a repeat player effect in arbitration and that indeed, employees win arbitration cases on a regular basis. They argue that while employees may trade off certain rights they gain benefits from agreeing to arbitration and it should be permissible. In response to the complaint that arbitration should be at the employee's option rather than imposed by the

<sup>684</sup> 14 *Penn Plaza*, 556 U.S. at 249.

<sup>685</sup> *EEOC v. Waffle House*, 534 U.S. 279, 297-98 (2002).

<sup>686</sup> *Id.* at 295-96.

<sup>687</sup> For example, in 2012 the EEOC received 99,412 charges of discrimination and brought suit in only 155 cases. *Charge Statistics FY 1997 Through FY 2012*, <http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/charges.cfm>; *EEOC Litigation Statistics FY 1997 through FY 2012*, <http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/litigation.cfm>.

<sup>688</sup> Jean R. Sternlight, *The Rise and Spread of Mandatory Arbitration as a Substitute for the Jury Trial*, 38 U.S.F. L. REV. 17, 34-35 (2003).

<sup>689</sup> This concern has abated in the courts but not among arbitration's critics.

<sup>690</sup> Alexander J.S. Colvin, *An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes*, 8 J. EMPIRICAL LEG. STUD. 1, 11-16, 20 (2011).

<sup>691</sup> *Id.*

<sup>692</sup> Samuel Estreicher, *Saturns for Rickshaws: The Stakes in the Debate over Predispute Employment Arbitration Agreements*, 16 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 559, 562 (2001); Theodore J. St. Antoine, *The Changing Role of Labor Arbitration*, 76 IND. L.J. 83, 91 (2001).

employer, arbitration's fans assert that it is inefficient for an employer to establish an arbitration system if it cannot insure that employees will utilize it. Proponents also urge that there are many incentives for complying with the law and the prospect of a large and public jury verdict is only one; most employers will comply based on the risk of arbitration claims, bad publicity and administrative enforcement, as well as employee morale and retention. Finally, some commentators have suggested that arbitration is less beneficial for employers than may initially appear.<sup>693</sup>

Empirical studies of arbitration show mixed results. Some employees win arbitration cases, although evidence indicates that employee victories are more common in cases based on contracts than in cases involving legal claims.<sup>694</sup> Labor arbitrators under union contracts rule for employees more often than employment arbitrators.<sup>695</sup> There is some evidence that employees prevail more often in arbitration than in court, although the validity and significance of this evidence is much debated.<sup>696</sup> The evidence also suggests that employees receive greater monetary damages in court than arbitration but the studies do not consider cases that settle prior to litigation, which may affect their validity.<sup>697</sup> And low wage employees may have more opportunity to pursue their claims in arbitration.<sup>698</sup> These studies have fueled though not settled the debate about the use of employment arbitration.

Among the recent controversies is the enforcement of employment arbitration agreements that limit class or collective claims, which involve groups of employees or consumers joining together to sue their employer or business. Such actions are available under most U.S. employment laws.<sup>699</sup> They are particularly beneficial where each individual has small damages since an individual lawsuit would require the employee to spend more to litigate the case than is at stake. If many employees with the same claim can join together, the cost of litigation is shared, the process is more efficient, and the employer held to account. For the employer, class actions can be expensive and time-consuming to litigate.<sup>700</sup> They may attract media attention and adversely affect a company's reputation.<sup>701</sup> Accordingly, there is substantial pressure on companies to settle such claims.<sup>702</sup> These pressures motivate businesses to seek ways to avoid class actions. Arbitration agreements

<sup>693</sup> Michael Z. Green, *Debunking the Myth of Employer Advantage from Using Mandatory Arbitration for Discrimination Claims*, 31 RUTGERS L.J. 399, 421-440 (2000).

<sup>694</sup> Alexander J.S. Colvin & Kelly Pike, *Saturns and Rickshaws Revisited: What Kind of Employment Arbitration System Has Developed*, at pp. 22-23, OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. (forthcoming 2014); Douglas M. Mahony & Hoyt N. Wheeler, *Adjudication of Workplace Disputes in LABOR AND EMPLOYMENT LAW AND ECONOMICS* 361, 380 (Kenneth G. DauSchmidt et al., eds. 2009).

<sup>695</sup> *Id.* at 380, 387, 390.

<sup>696</sup> *Id.* at 373. For a more recent study, see Colvin & Pike, *supra* note 694, at 29 (showing win rates and damage awards lower than litigated cases, particularly when the individually negotiated agreements of high level employees are separated from employer-mandated arbitration).

<sup>697</sup> *Id.* at 383-385.

<sup>698</sup> *Id.* at 385, 390. *But see* Colvin & Pike, *supra* note 694, at 32 (finding most cases in arbitration will not be economically viable, leading to a system which is not accessible to employees).

<sup>699</sup> See Ann C. Hodges, *Can Compulsory Arbitration Be Reconciled with Section 7 Rights*, 38 WAKE FOREST L. REV. 173, 204-05 (2003).

<sup>700</sup> Deborah A. Sudbury, et al., *Keeping the Monster in the Closet: Avoiding Employment Class Actions*, EMP. REL. L.J. at 20 (Autumn 2000).

<sup>701</sup> *Id.* at 21.

<sup>702</sup> *Id.* at 6, 22-23.

offer an appealing vehicle to reach such a result, enhanced by recent decisions of the Supreme Court.<sup>703</sup>

In 2010, the Court ruled in *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.* that a party could not be ordered to arbitrate class claims unless the arbitration agreement specifically provided for class arbitration.<sup>704</sup> Then in 2011, the Court held in *AT&T Mobility v. Concepcion* that a state law that invalidated certain arbitration agreements that precluded class claims was preempted by the Federal Arbitration Act and thus unenforceable.<sup>705</sup> These cases make arbitration agreements that ban class actions enforceable, allowing employers to escape class action claims. Critics argue that this allows employers to avoid liability altogether because the cost will prevent many employees from arbitrating individually.

A more recent development may make this device less useful to employers, however. In January 2012, the National Labor Relations Board held that employers who promulgate arbitration agreements that prohibit employees from filing class actions in both arbitration and court violate the employees' right to engage in concerted activity, which is protected by the National Labor Relations Act.<sup>706</sup> The court of appeals denied enforcement of the decision, however,<sup>707</sup> and many other courts have refused to follow the decision.<sup>708</sup>

Most recently, a 2013 decision by the Supreme Court in an antitrust case contributes further to the primacy of arbitration and its ability to prevent class actions. In *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, the Court enforced a class action waiver in an arbitration agreement between merchants.<sup>709</sup> The Court found that the law did not ban class action waivers nor guarantee the right to bring a class claim, even if an individual claim would cost more to litigate than was available in damages. This case seems likely to encourage more employers to use arbitration agreements to limit employee class actions and also casts doubt on the viability of the defense to arbitration based on inability to vindicate a statutory claim in arbitration.

## B. Italian Arbitration

In contrast to the United States, arbitration in the workplace in Italy has been limited. Italy's civil law system is more protective of workers than U.S. law and that tradition is reflected in the judicial and legislative treatment of arbitration. Much of the legal development relating to arbitration has been statutory and only recently has arbitration similar to that in the U.S. been permitted by law.

---

<sup>703</sup> Because these cases were decided under the Federal Arbitration Act, which governs arbitration of most employment law claims, they apply in employment cases.

<sup>704</sup> 559 U.S. 662. Where the parties agreed to allow the arbitrator to decide whether a class action was permissible under a contract that was silent on the issue, however, the Court followed its general policy of deference and refused to set aside the arbitrator's interpretation that the agreement allowed class actions. *Oxford Health Plans v. Sutter*, 133 S.Ct. 2064 (2013).

<sup>705</sup> 131 S.Ct. 1740 (2011).

<sup>706</sup> D.R. Horton, 357 NLRB No. 184 (2012). The statute does not cover government employees, agricultural employees, employees of railroads and airlines, 29 U.S.C. §§ 152(2), (3), supervisors or managers. 29 U.S.C. §§152 (2), (3), (11); *NLRB v. Bell Aerospace Corp.*, 416 U.S. 267 (1974).

<sup>707</sup> 737 F.3d 344 (5<sup>th</sup> Cir. 2013) (denying enforcement in relevant part).

<sup>708</sup> *Id.* at 362.

<sup>709</sup> 133 S.C. 2304 (2013).



Arbitration in Italy was first recognized by the law in 1865. "About conciliation and settlement" was the "preliminary title" of the Italian code of civil procedure which recognized arbitration, allowing litigants to opt for an alternative to state judicial power to resolve civil disputes.<sup>710</sup> Art. 20 sets forth that the "arbiters decide in conformity with the rules of law where the settlement may not have authorized them to reach such amicable compromise as might have been wished for."

Such wording drew a line between two types of arbitration that remains today. Ritual arbitration must conform to the positive rules of law, which set out the structure, proceedings, and outcome of the process. In ritual arbitration, the award is vested with the same import as any decision by a judicial body. In contrast is non-ritual arbitration, where the parties entrust a third party (a sole arbiter or board) to reach such agreement as will resolve the controversy that arose between the parties. Non-ritual arbitration is far less constrained by law. The decisions and processes in ritual arbitrations follow the civil procedure code, whereas in the case of non-ritual arbitrations, also known as contractual arbitrations, it is up to the arbiters to draw up the parameters of the arbitration, such as the processes and rules of the forum.<sup>711</sup>

Arbitration was first introduced in the legal system to resolve employment disputes in 1893. Act #15, June 1893, n° 295. Act #15 vested the arbitration panel committee with a judicial function in controversies with a ceiling of lire 200, in addition to the prevalent conciliatory function, but left the parties free to grant the panel the flexibility of arbitration.<sup>712</sup> Despite this development, for many years thereafter both the law and practice hindered the use of arbitration in workplace disputes.

During much of the twentieth century arbitrations arising from individual contracts were permitted, but the law prohibited arbitration provisions in collective agreements and arbitrations of individual disputes arising from collective agreements.<sup>713</sup> Both legal restrictions on individual arbitration<sup>714</sup> and suspicions of private justice and its protection of workers limited the use of arbitration in the workplace.<sup>715</sup> But, as procedure experts point out, some trade unions and employers began to experiment with some forms of non-ritual conciliation and arbitration by including in collective contracts settlement clauses that were in derogation of the strict rules of employment legal proceedings, leading to legal reform in Act #532, 11/8/1973.<sup>716</sup>

Although this law authorized non-ritual arbitration where provided by law or contract, it allowed the parties to go to court instead so long as they did so within the terms provided by the contract.<sup>717</sup> The law also authorized judicial review of the merits of the award for "breach of the law

<sup>710</sup> Satta, *Commentario al codice di procedura civile* IV 2 Milan 1971, 162.

<sup>711</sup> Biamanti, voc. Arbitrato (dir. proc. civ.) in Enc. Dir. II, 2 Milan 1958 p. 934 ff.

<sup>712</sup> Cecchella *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano 1990, 37.

<sup>713</sup> Flammia *Voce arbitro III Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*. Enc. Giur. Treccani VIII aggiornamento. Rome 2000, I.

<sup>714</sup> The code of civil procedure of 1940, in its eighth title dedicated to arbitration (art. 806ff-831), provided only for individual arbitration and expressly excluded its application to industrial disputes of any kind and to social security issues. Punzi *L'arbitrato nelle controversie di lavoro* in Riv. Arb. 2001, 389ff.

<sup>715</sup> Tarzia *Manuale del processo lavoro* 5, Milan 2008, 56.

<sup>716</sup> Punzi *L'arbitrato in materia di lavoro: fonti e impugnazioni*, in Mass. Giur. Lav. 2010, p. 353.

<sup>717</sup> See Tarzia, *supra* note 715, at 67.

or the contracts or collective agreements."<sup>718</sup> As a result of the broad scope of judicial review, the parties rarely used arbitration but instead went directly to court except in cases involving dismissals of top managers.<sup>719</sup>

The move toward true arbitration began at the end of the twentieth century, with legislation that expanded the availability of arbitration while still retaining for the parties the right to go to court on any claim. In 1990, individual dismissals became subject to non-ritual arbitration after compulsory conciliation if both parties agreed.<sup>720</sup> The legislature later broadened the controversies on which arbitration was permissible.<sup>721</sup> The new provisions, part of the civil procedure code,<sup>722</sup> authorized non-ritual arbitration after mandatory conciliation<sup>723</sup> where provided by national contracts or collective accords. In addition, the legislature abrogated the provision from the 1973 law allowing broad judicial review.<sup>724</sup> Art. 412 °4 limited review to a single employment tribunal judge in the jurisdiction where the controversy occurred. The time limit filing the appeal was thirty days from notification of the award and the judge's decision was final.

The judge could set aside the award:

- 1) If the arbitration agreement was invalid or the arbiters exceeded their authority and the exception was raised in the arbitral proceedings;
- 2) If the arbiters were not appointed as required by the arbitration agreement;
- 3) If the award was rendered by an ineligible arbiter as defined in art. 812;
- 4) If the arbiters did not stay within the conditions set by the parties for the award to be valid;
- 5) If the arbitral proceedings did not allow both parties the opportunity to present their case and to reply to the opponent's case, an essential principle in the Italian legal system that we have translated as confrontation.

<sup>718</sup> Art. 5, § 2.

<sup>719</sup> Vallebona *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, p. 210. One of the fathers of labor law called this law "the slaying of arbitration," noting that the unions and their lawyers were indispensable in its passage but effectively rendered arbitration a nullity by the limitations. See Giugni *Il diritto del lavoro negli anni 80* in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.* 1982, at 382, 400; Giugni *Intervista* in *Riv. It. Dir. Lav.* 1992, I, 438. For further analysis of the restrictions of the law, see Vallebona, *supra*, at 210, 214.

<sup>720</sup> See Act #108/1990.

<sup>721</sup> See art. 808 °3 of the civil procedure code which broadens the authority for non-ritual arbitration: "The parties may agree in writing, that in lieu of the provisions of art. 824-bis, the controversy may be decided by arbiters by contractual determination. In all other cases, the provisions of the present title shall apply."

<sup>722</sup> See art. 412 °3 and 412 °4 of the civil procedure code.

<sup>723</sup> As in the case of arbitration for individual dismissals, arbitration must be preceded by conciliation, a prerequisite to any legal action regarding employment. See Luiso *Tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro* in *Riv. It. Dir. Lav.* 1999, ff375; Capponi *Le fonti degli arbitrati in materia di lavoro* in *Mass. Giur. Lav.* 2010 p. 357. If conciliation fails, the parties decide a) the method of initiating an arbitration request and the period of time the other party has to agree; b) the composition of the arbitration board and the procedure for the appointment of the president and members; c) the forms and methods of any investigation; d) the deadline for the award and notification to the parties; and e) the arbitrators' pay. The non-ritual arbitral procedure remains an alternative form of resolution as the parties are at all times free to opt for court action or to request the arbitral board of right or any other form of arbitration expressly provided at law (e.g., the one previously mentioned for individual dismissals).

<sup>724</sup> See Legislative Decrees #80/1998 and #387/1998.

The arbitral award is expressly defined as a "*contractual award*", so it cannot be overturned for breach of the rules of law and collective rules pertaining to the merits of the controversy, but solely for the reasons set forth above. Thus, the review is more similar to that in the U.S. with the exception of confrontation, which is not required in U.S. arbitration.

Despite legislative changes that allow more arbitration, controversies may be decided by arbiters only where the law or the collective contracts and accords provide for it. Also, unlike the U.S., the parties always remain free to reject arbitration for any particular dispute and go to court, despite a contractual or legal provision for arbitration. Even after the law changed, legal scholarship heavily slanted in favor of workers argued that controversy over the "validity of the award" still referred to the violation of rules at law pertaining to the merits of the controversy.<sup>725</sup> Collective agreements lost no time insuring that awards could still be challenged on the merits in court, thus depriving the legislation of the intended arbitral finality.<sup>726</sup>

The latest development in Italian arbitration occurred in 2010, in the "employment reform package."<sup>727</sup> This law provided for true arbitration, enabling the parties to choose between public and private avenues of remedy for controversies that have arisen and which may arise in future. Non-ritual arbitration is allowed, on the basis of collective accord provisions agreed to by the more representative trade associations and certified by the commissions set up by the Provincial Employment Bureau, in front of arbitral chambers instituted by certification bodies<sup>728</sup> or, last but not least, in front of a board set up at the instigation of the parties to the controversy.

In contrast to U.S. arbitration, the statute contains more detailed prescriptions regarding the arbitration procedure, which in the U.S. is left to the parties. The previous text of art. 412 °4, c.c.p., was replaced by the wording: "without prejudice to the right of each of the respective parties to take legal action and to resort to the conciliation and arbitration procedure provided at law, the controversies listed under art. 409 may also be submitted to the non-ritual conciliation and arbitration board instituted in the following terms," which state procedural rules. The petitioner must reference the points of law in support of the claim and may also include a request to decide *ex aequo et bono*, which means in respect to the general principles of the legal system and the regulatory principles regarding the subject matter, also deriving from EU law.

If the respondent accepts the conciliation and arbitration procedure, it appoints its own arbiter, who has thirty days from notification of the appointment to select, with the other arbiter, the president (a neutral arbiter) and the place for the meeting of the board. If the arbiters do not agree, the petitioner may request the president of the court of the district to appoint the neutral

---

<sup>725</sup> See Vallebona, *supra* note 719, at 210. The serious limitations to the arbitral institution were also stressed by Tarzia, who noted that the award was less binding than the statement of the minutes of conciliation drawn up at the office of the union or in front of the commission. See Tarzia, *supra* note 715, at 68.

<sup>726</sup> See Vallebona, *supra* note 719, at 211.

<sup>727</sup> Art. 31 of Act #183/2010.

<sup>728</sup> The Biagi reform (Act #30, 14/2/2003, and Legislative Decree 10 September 2003 #276) introduced certification bodies into the legal system to reduce legal disputes under collective agreements regarding the status of workers as employees or independent contractors. The purpose of certification is to assure the free will of the parties in signing the contract. The certification procedure, supervised by an appointed commission, starts with agreement of both parties and must contain the specifications of the contract for which certification is requested. The procedure ends by an ordinance of either certification or rejection, determining whether the contract is for employment or independent contractor status. A positive certification makes it impossible to question the determination of worker status absent a legal decision on the issue.

arbitrator and decide the location of the arbitration. The controversy is decided within twenty days of the hearing by the issuance of an award.

The award of the arbitrators, duly authenticated, carries "the force of law on the parties", the same as art. 1372 of the civil code dealing with contracts. Controversies about the validity of the non-ritual arbitral award, which may be challenged within thirty days of notification, are decided by review of the court with first level jurisdiction. Once the deadline for appeal has expired, if the parties have declared in writing that they accept the decision or, if the challenge is rejected by the tribunal, the judge, upon request of the parties and having verified the procedural propriety of the award, declares it valid and enforceable.

The noteworthy change allows the parties that opt for non-ritual arbitration to agree that the award may not be challenged in front of a judge for violation of collective contracts and accords and rules of law pertaining to the merit of the controversy, as is permitted in ritual forms of arbitration.<sup>729</sup> Thus, employment disputes resolved by contractual arbitration are subject to challenge, as in art. 808 <sup>o</sup>3, c.c.p., only where the arbitral convention is invalid, the arbitrators overstepped the limits of the mandate, the appointment of arbitrators was not in conformance with convention, the arbitrators had legal incapacity, the arbitrators violated the rules set down by the parties, or the requirement of confrontation is violated. Such requirements are essentially procedural and do not bear on the merits, similar to the U.S. With this limitation on the scope of review, however, came a prohibition on arbitrating dismissal cases.

Under the 2010 reform, parties to an individual employment contract are also allowed (under §8 art. 31, Act #183/2010) to agree to non-ritual arbitration for any controversy that may arise from the contract, precluding in advance any recourse to legal action. Such a clause is enforceable only if "certified", in order to ensure "the effective will of the parties to assign to arbitrators any such controversy as may arise from the employment contract."<sup>730</sup> Such a covenant reproduces the aspects of arbitration set forth in art. 808, §1, c.c.p., which may be included in the contract or in a separate document.

Doubts about the constitutionality of the form of the arbitration clause seem groundless. Some critics have argued that the new procedure would clash with art. 101 of the Constitution providing "no special judges may be instituted", and with art. 24, which guarantees free access to a judge for the protection of one's rights.

In no way, however, does the new legal procedure impinge on the parties' right to call upon the judicial authority and to resort to the range of conciliation and arbitration procedures provided by law. Any party to the employment contract may refuse to agree to an arbitration procedure suggested by the other party, because arbitration remains, in every form, an option for the parties and not mandated by law.<sup>731</sup>

---

<sup>729</sup> A. Vallebona *L'arbitrato irrituale nel sistema del diritto del lavoro dopo il "Collegato"*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, p. 363.

<sup>730</sup> For the certification procedure see note 728.

<sup>731</sup> On that issue and on good practice in the use of non-ritual arbitration, see Vallebona, *supra* note 719, at 216. Cf. Capponi, *supra* note 723, at 357.

Under labor law, art. 412 °4 regulates invalidation of non-ritual arbitration as follows: "Controversies regarding the validity of the non-ritual arbitral award pursuant to art. 808 °3 c.c.p., are decided by a single employment judge." Such wording caused some concern that use of the term "validity" might authorize judicial review of the merits of the controversy. Yet, such position is untenable because the term "validity" is simply meant to connect non-ritual arbitration with the model of invalidation, which is exclusively procedural.<sup>732</sup> And in any event, invalidation of an arbitral award is lawful where it violates inalienable provisions at law and in collective accords.<sup>733</sup>

Lastly, the new art. 412 °4 c.c.p., enables the parties to ask arbiters to decide *ex aequo et bono*.<sup>734</sup> Since, according to the same provision, a decision *ex aequo et bono* must be handed down "with respect to the general principles of the legal system and the regulatory principles of the subject matter, such as flow from EU law", court practice has found that "there does not seem to exist a big difference, considering the transactional nature of non-ritual awards, between award at law and award *ex aequo et bono*."<sup>735</sup>

In summary, arbitration that is more final and binding is now possible under Italian law, with judicial review for procedural defects in the decision. However, the parties always remain free to avoid arbitration and resort to the courts for enforcement of either contractual or legal rights.

Having reviewed the law and practice of workplace arbitration under the U.S. and Italian systems, it is now possible to consider the similarities and differences between the systems.

#### IV. Similarities and Differences

##### A. Comparison between the two systems

The foregoing discussion of arbitration in the labor and employment sector in Italy and the United States reveals a few similarities, but far more differences between the two countries. This section will first discuss the similarities and then the differences, reflecting on the reasons for the differences. It is clear that each system has evolved in its own way based on the unique nature of the legal system and the culture of the workplace.

Laws in both Italy and the United States authorized arbitration long before it developed as a practice in the employment field. In both countries, there has been resistance to arbitration in the labor and employment law arena, although arbitration is far more widely accepted today in the U.S. than in Italy. And arbitration is a voluntary process in both countries, although employees in the U.S. may have no real voice in whether to arbitrate employment claims. In both countries, arbitration is quicker than litigation in most cases, but that has not convinced most parties with a choice, outside of the collective bargaining context in the U.S. and highly paid employees in both countries, to adopt arbitration to resolve most disputes. Judicial review is limited to procedural violations rather than the merits in both countries, with the exception of ritual arbitration in Italy. Finally, in both countries, there are legal limitations on arbitrating certain types of claims.

---

<sup>732</sup> For a brief compilation of the issues raised by the new non-ritual arbitration system, see Capponi, *supra* note 723, at 361.

<sup>733</sup> For example the provisions regarding health and safety, the right to organize, decent salary and all the rights directly or indirectly protected by the Constitution. See E. Ghera, L. Valenti, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, at 864.

<sup>734</sup> This concept is similar to equity in the American legal system.

<sup>735</sup> Ghera & Valenti, *supra* note 103, at 860.

Far more significant than the similarities are the differences between the two countries. Some of these differences are rooted in the differing legal traditions, with the U.S. being a common law country and Italy a civil law country. Thus, most, though certainly not all, of the development in U.S. arbitration has been in collective bargaining and the courts, while in Italy it is in legislative enactments. Additionally, Italy has a much stronger tradition of protecting workers' rights in both the courts and the legislature. This tradition and the political force that keeps it in place have resisted the spread of arbitration, since the courts are viewed as protectors of workers' rights.

One major difference is that arbitration under collective bargaining agreements, known as labor arbitration, has, for over half a century, been widely accepted in the U.S. to resolve disputes between unions and employers about the meaning and application of the agreement. Both labor and management have accepted this system as an effective substitute for both economic action, such as the strike, and judicial enforcement. It is used almost exclusively to enforce collective bargaining agreements.

No similar acceptance of arbitration is evident in Italy. This may reflect in part the different labor relations systems in the two countries, with the U.S. more clearly separating contract and law.<sup>736</sup> The U.S. labor arbitration system evolved at a time when there were few legal rights for employees. Almost all rights came from the negotiated agreement. Further, in the U.S. just cause protection from termination remains a contractual protection, commonly available in the private sector almost exclusively to employees covered by a union contract,<sup>737</sup> while in Italy such protection exists by law. A related explanation is the focus of U.S. unions on what has been called "business unionism" or "bread and butter" unionism.<sup>738</sup> While there has almost always been a more radical element in the American labor movement, over time it has diminished in size and the philosophy of business unionism prevailed.<sup>739</sup> The focus of most unions has been to negotiate and enforce favorable terms and conditions of employment with their employer, with the primary enforcement mechanism being the grievance and arbitration procedure.<sup>740</sup>

Under the Italian legal system, there is no distinction between rights based on the law and rights based on the contract, since according to Article 1372 of the Civil Code, "the contract has the force of law between the parties". Instead, there is distinction between laws governing contracts, which may provide for mandatory or nonmandatory rules. Provisions of labor law are in most cases mandatory. The exemption from mandatory rules is generally permitted only if it benefits the employee. Some rules allow limited flexibility, those related to working hours for example, but the general rules (vacation, illness, pregnancy, birth of a child, rest, right to strike, and especially those related to the termination of the employment relationship) are mandatory.

---

<sup>736</sup> For an analysis of the detrimental effects of this separation for employees, see generally Stone, *supra* note 629.

<sup>737</sup> The exception is the state of Montana, which has a statute requiring just cause for termination. MONT. CODE ANN. § 39-2-904 (2013).

<sup>738</sup> KENNETH DAU-SCHMIDT, ET AL., LABOR LAW IN THE CONTEMPORARY WORKPLACE 34, 84 (2014).

<sup>739</sup> *Id.* at 34-38, 71-74, 83-85.

<sup>740</sup> *Id.* at 84. For a criticism of labor arbitration as detrimental to employee rights, see Stone, *supra* note 629, at 629-31.

Indeed, the mandatory nature of the right to strike in Italy illustrates another significant difference between the two systems. In Italy, any limitation on the right to strike arising from an arbitration agreement might violate the Italian law barring "anti-union activity" by the employer. In such cases, the union is entitled to bring a claim before the Labor Court in order to have the union-busting ceased and the status quo restored. The Court injunction has indirect impact on the individual workers' positions (for instance, reinstatement to their jobs if the anti-union conduct of the company resulted in dismissal). The Court injunction, which is issued at the end of a quick procedure, may be contested by the employer before the Labor Court. While the U.S. also prohibits discrimination based on union activity as well as other interference with such rights,<sup>741</sup> limits on striking based on arbitration agreements are not considered violations of the law. In fact, the Supreme Court has held that a contract that provides for arbitration of disputes implicitly includes a prohibition on the right to strike, even if the parties did not negotiate any such limits, and despite the express legal protection for the right to strike.<sup>742</sup>

Since the Italian system does not utilize what is known in the United States as labor arbitration, the comparison between the two systems is meaningful only in relation to the employment arbitration, which for both jurisdictions, has as its object the worker's rights provided by law or contract.

Arbitration of legal disputes<sup>743</sup> between individual employees and employers is still resisted by many in the United States. Most academic commentators have been critical of the judicial trend toward enforcement of unilaterally imposed arbitration agreements.<sup>744</sup> Similarly, when expressly questioned about arbitration, most employees support it only where the system is fair and the majority of them oppose mandatory arbitration of legal claims as a condition of employment.<sup>745</sup> Courts, however, have widely accepted and enforced "agreements" to arbitrate all disputes related to employment imposed unilaterally by employers on individual employees without bargaining power.

The explanation for the different approach to employment arbitration in Italy and the U.S. is rooted largely in differences in the judicial systems. While the courts in Italy actively protect the rights of workers, the courts in the U.S. and in particular the Supreme Court, which has driven much of the move toward arbitration, are far more inclined to support business.<sup>746</sup> A recent empirical analysis of judicial decisions in the Supreme Court from 1946-2011 concluded that in the

---

<sup>741</sup> 29 U.S.C. §§ 158(a) (1), (3).

<sup>742</sup> *Teamsters v. Lucas Flour Co.*, 369 U.S. 95, 104-05 (1962).

<sup>743</sup> As distinguished from contractual disputes.

<sup>744</sup> Jean Sternlight, *Is the U.S. Out on a Limb? Comparing the U.S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration to That of the Rest of the World*, 56 U. MIAMI L. REV. 831, 837-39 (2002); Matthew W. Finkin, *Privatization of Wrongful Dismissal Protection in Comparative Perspective*, 37 INDUS. L.J. 149, 166-67 (2008).

<sup>745</sup> *Id.* at 166.

<sup>746</sup> See Erwin Chemerinsky, *The Roberts Court at Age Three*, 54 WAYNE L. REV. 947, 962 (2008) (calling the Supreme Court headed by Chief Justice Roberts the most pro-business court since the 1930s); Sternlight, *supra* note 744, at 855-56 (suggesting corporate influence as an explanation for the differing acceptance of arbitration in the U.S. and most other countries). See also Jonathan H. Adler, *Getting the Roberts Court Right: A Response to Chemerinsky*, 54 WAYNE L. REV. 983, 1008 (2008) (acknowledging the Court as pro-business in certain respects but suggesting it is not extremely so).

1960s there was a decline in the Court's support of business interests, but the pro-business inclination began to increase with the Burger Court in 1969.<sup>747</sup> While the Burger and Rehnquist Courts (1969-2004) were favorable to business, the Roberts Court, which began in 2005, has exceeded the two previous Courts in its pro-business orientation.<sup>748</sup> Indeed five of the ten justices most favorable to business in the time period of the study are current members of the Roberts Court.<sup>749</sup> The study also demonstrated that justices appointed by Democratic presidents, who would generally be expected to be less favorable to business, have, over time become more supportive of business interests.<sup>750</sup>

A subsequent analysis of the 2011-12 term of the Court concluded that the decisions of that term, including both consumer<sup>751</sup> and employment cases, favored business even more clearly than decisions in earlier terms of the Roberts Court.<sup>752</sup> Consistent with the earlier study, analysis of the 2011-12 term showed that even liberal leaning justices ruled with business in a number of cases where there was a reasonable argument on the other side of the case.<sup>753</sup>

In addition to pro-business leanings, an alternative, or perhaps complementary, explanation of the Roberts Court's rulings from a more conservative commentator is the Court's view that litigation, and particularly complex litigation, is not an effective method of resolving disputes.<sup>754</sup> A somewhat similar explanation is offered by Professor Matthew Bodie, who suggests that the Roberts Court supports private enforcement of law, including compliance efforts by employers' human resources departments, in lieu of litigation.<sup>755</sup> While Professor Bodie does not focus on arbitration, deferring disputes to arbitration is consistent with a focus on shifting from litigation to employer enforcement of legal norms.

A third plausible explanation for the Supreme Court's infatuation with arbitration is that the Court is simply clearing its docket of cases by enforcing agreements for private justice.<sup>756</sup> Professor

---

<sup>747</sup> Lee Epstein, William M. Landes, Richard A. Posner, *How Business Fares in the Supreme Court*, 97 MINN. L. REV. 1431, 1472 (2013).

<sup>748</sup> *Id.*

<sup>749</sup> *Id.*

<sup>750</sup> *Id.* at 1472-73.

<sup>751</sup> As noted *supra* note 703, several of the cases that impact employment arbitration were consumer cases applicable to employment law because both arise under the FAA.

<sup>752</sup> Corey Ciochetti, *The Constitution, The Roberts Court, And Business: The Significant Business Impact Of The 2011-2012 Supreme Court Term*, 4 WM. & MARY BUS. L. REV. 385, 419-36, 444, 460-63 (2013) (analyzing the 2011-12 term of the Court and concluding that while prior Roberts Court terms were not uniformly pro-business, the term analyzed was quite clearly pro-business). The author also found that the Court both narrowed and expanded statutes and constitutional provisions to reach the decisions favorable to business. *Id.* at 461.

<sup>753</sup> *Id.* at 460-61.

<sup>754</sup> See Kenneth W. Starr, *The Roberts Court at Age Three: A Response*, 54 WAYNE L. REV. 1015, 1025 (2008) (acknowledging the Court's pro-business bent but suggesting that a more persuasive explanation for the Court's decision is its skepticism about the value of litigation).

<sup>755</sup> Matthew T. Bodie, *The Roberts Court and the Law of Human Resources*, 34 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 159, 161-62 (2013)

<sup>756</sup> Finkin, *supra* note 744, at 167, quoting IAN MACNEIL, AMERICAN ARBITRATION LAW 172 (1992).



Finkin argues that this is the most persuasive explanation of the shift in the Court's view of arbitration because the corporate influence on the Court is, at best, indirect.<sup>757</sup> Further, the judicial shift to enforcement of arbitration agreements coincides with the expansion of judicial claims available to employees, making reducing the docket more attractive.<sup>758</sup>

Each of these rationales has some force as an explanation for the extraordinary acceptance of employment arbitration by the Supreme Court, which has driven acceptance by other courts. Depending on the particular case, the lineup of justices favoring arbitration may vary, based on the views of the justices and the countervailing arguments.<sup>759</sup> The combination of pro-business orientation and the appeal of alternatives to litigation has led to law that permits employers to force employees into arbitration for both contractual and legal rights, and to restrict their ability to bring claims on a class basis. Further, the fact that the opponents of arbitration have not been able to obtain legislative reversal of the Court decisions suggests that the power of business and the weakness of the employee/consumer lobby has an influence on the acceptance of employment arbitration. The failure legislative efforts may also reflect a lack of widespread knowledge or active concern about the impact of arbitration on employees and consumers. The lack of class consciousness in the U.S. and the reduced influence of labor unions exacerbates this absence of focus on the loss of rights.

In contrast to the U.S., Italian law secures the right of each party to bring a claim before the judicial authority, whether asserting a violation of law or contract, and to use the different procedures of conciliation and arbitration provided by law. Each party can always reject a proposal for arbitration advanced by the other party, because arbitration, in all forms, is a free choice of the parties, not imposed by law. For this reason, the agreement to arbitrate must be expressed by the employee in relation to each dispute and arbitration clauses are not allowed in employment contracts as in the United States.

The exception in Italy is the recent Act 183 of 2010, which allows non-ritual arbitration,<sup>760</sup> similar to employment arbitration in the U.S., in limited circumstances. Under this new law, the following rigorous conditions must be met:

- 1) the arbitration clauses must have been established by cross-sector agreements or collective bargaining agreements signed by the most representative organizations of employers and employees at national level;
- 2) the certification bodies before which the arbitration clauses have to be signed must have verified the actual intent of the parties and the clause can't be signed before the expiration of

---

<sup>757</sup> *Id.* at 165. Professor Finkin also argues that the votes of individual justices on arbitration cases do not always track the political views of the appointing president., *id* which is consistent with the findings of scholars analyzing the business orientation of the Supreme Court. Perhaps, however, that fact doesn't completely denigrate business orientation as an explanation for the Court's decisions but instead shows the pervasiveness of business influence, particularly when combined with the interest in reducing court dockets.

<sup>758</sup> *Id.* at 168.

<sup>759</sup> For example, the more recent cases restricting class actions and allowing unions to waive employee rights to litigate are largely 5-4 or 5-3 (Justice Sotomayor recused herself in two of the cases), with the conservatives in the majority and the more liberal or moderate justices in dissent. See *AT&T Mobility v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740; *Stolt Nielsen v. AnimalFeeds*, 559 U.S. 662; *American Express v. Italian Colors Restaurant*, 133 S.C. 2304 and *14 Penn Plaza v. Pyett*, 556 U.S. 247.

<sup>760</sup> Non-ritual arbitration need not provide precisely the same procedures as the courts, and there is more flexibility in applying the law. Comparatively, this is similar to arbitration of legal claims in the U.S.

any probationary period or, if none, at least 30 days after the beginning of the employment contract; and

3) disputes relating to dismissal cannot be subject to arbitration clauses.

In contrast to the American system, even this limited Italian exception for contractual arbitration agreements seems designed to protect vulnerable employees and insure that arbitration agreements are truly voluntary. Only labor unions, with more power than individual employees, can enter into such agreements. Moreover, arbitration on claims relating to dismissal is not allowed, thereby preventing employees from sacrificing or limiting their most important legal protections. In the American system, unions can waive employee rights to litigate also, including legal claims relating to termination, but the most vulnerable employees are those without unions and they have no protections from compelled arbitration.

Despite the limited acceptance of arbitration enacted in 2010, the Italian labor market reform of 2012 does not contain any reference to arbitration, showing a disregard for this institution. The brief experience of the 2012 Reform confirmed the existence of an extreme resistance in Italy towards forms of private jurisdiction, resulting from a “statist culture” grown mainly by the CGIL (left-leaning trade union) and the expectation created by judges convinced that they must protect employees.<sup>761</sup>

What most distinguishes employment arbitration in the United States from arbitration in Italy is the ability of U.S. employers not only to require the worker to agree to arbitration, but also to condition employment on the signing of clauses that limit rights provided by law, such as caps on damages, reduction of limitation periods, or limits on available discovery. These clauses would be absolutely void in the Italian legal system and might also constitute the crime of extortion, as defined by art. 629 of the Penal Code: “Whoever, by violence or threats, forcing another person to do or omit anything, procures for himself or others an unjust profit and a detriment of others shall be punished with imprisonment between one and five years.”<sup>762</sup>

The problem of arbitration clauses that limit class actions, which carries great importance in the United States, is entirely absent from Italian labor law. In Italy, the class action, which was introduced in 2007 by Act 244, is available to consumers or users who suffer damages from signing form contracts, pursuant to Article 1342 of the Civil Code, or as a result of non-contractual torts, unfair trade practices or anti-competitive trade behavior. It does not apply to the employment contract.

In addition, Article 103 of the Code of Civil Procedure of 1942, provides: “more parties can act or be sued in the same process, when a connection exists between the causes that are presented in terms of the object or the title on which they depend, or when the decision depends partially or entirely, on the resolution of the same issues”. Based on this rule, there are cases in which a large number of petitions are filed in a single case. With one judicial claim, a number of employees of

---

<sup>761</sup> See L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, Working Paper C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2010, n. 102; P. ALLEVA, G. NACCARI, *Legge “Sacconi”: un fascio di incostituzionalità*, in *il Manifesto*, 25 marzo 2010; M. ROCCELLA, *Lo squilibrio legalizzato tra imprese e lavoratori*, in *il Manifesto*, 21 ottobre 2010; F. SCARPELLI, *Giurisdizione, tutela dei diritti, arbitrato: l’ossessione del legislatore di centrodestra*, Note informative, 2010, 47.

<sup>762</sup> A recent decision by the Supreme Court (Corte di Cassazione Penale, Sez. VI 1 luglio 2010, n. 32252) found an employer who required an employee to provide a pre-signed letter of resignation as a condition of hiring guilty of extortion.

the same employer may bring a variety of individual petitions, when the connection described above exists. A not uncommon example is collective redundancies caused by the employer's organization, while a public sector example is legal actions alleging violation of the rules on recruitment examinations brought by the excluded candidates. But this is not a class action and the procedure is identical to the ordinary procedure, be it one actor, five or one hundred.

#### **B. Learning From One Another**

From an Italian perspective, it is difficult to answer the question of what the Italian system could draw from the U.S. experience. The resolution of employment disputes in the United States offers a variety of methods that appear to respond mainly to practical needs. In the U.S., the authoritativeness of arbitration does not seem to be called into question. This result has been accomplished primarily by the courts. In contrast to Italy, the legislation relating to arbitration has not changed. This does not imply, however, that workers and their lawyers do not challenge individual arbitration agreements imposed when the worker is in a state of maximum weakness, that is, at the time of hiring.

In the Italian civil law system, judges play a key role in turning the "law in the books" into "law in action", with long and "creative" explanations of the judgments. Paradoxically, excessive and lengthy reasoning that explains the judgment has turned the judge from being the mouth of the law to the subject who gives voice to the law, and becomes master of the meaning of the rule of law.

The more interpretation defines the meaning of the rules, the more crucial the role of the judge in identifying the authentic content of the right in accordance with the rules defined by the case law. If one adds to this the general perception - experienced especially since the 1970s - that the Italian courts in labor cases are biased in favor of the employees, since they are considered the weaker party to the relationship, it is easy to understand why in Italy, where the employee has the right to refuse arbitration, the use of arbitration is limited: usually employees bring claims in Labor Court because they think they can count on a judge who favors them.

For this reason arbitration in Italy is used primarily in cases of high asset value, occurring in legal relationships characterized by significant economic exchanges, with a notable lack of confidence in ordinary justice, deemed incapable of deciding the interests at stake, both for cultural inadequacy and excessive bureaucracy.

The judge's role is crucial in American law as well, but that power has been exercised to interpret the law to force employees into arbitration. The U.S. could learn from the Italian system a measure caution regarding protection of employee rights. While the American courts are not considered pro-employee, the American jury system provides a counterweight to the relatively pro-employer orientation of many courts. Conventional wisdom is that employees fare better in front of juries because jurors relate to the "little guy" suing the big employer. Studies show that employees in the U.S. generally fare better in court than in arbitration on statutory claims such as

discrimination, and, in addition, many cases settle favorably to the employee before trial.<sup>763</sup> Jurors also tend to award more damages to employees than arbitrators in these cases.<sup>764</sup> Thus, it would seem that given an informed choice, many U.S. employees, like Italian employees, would choose to go to court rather than arbitrate claims based on employment statutes.

Even in the Italian system, however, arbitration is utilized in cases involving high asset value. Interestingly, the data on the American system shows that higher paid employees fare better in arbitration on their employment contract claims.<sup>765</sup> These employees are sufficiently powerful to compel an employer to negotiate an employment contract and thus, also likely to be able to hire an experienced lawyer to arbitrate their claim. For these employees, as in Italy, a choice of arbitration may be rational. For most other U.S. employees, however, employment arbitration is not a choice and may require giving up statutory rights with a reduced chance of prevailing on any claim. On the other side of the equation, however, is the fact that many U.S. employees cannot find legal representation for either litigation or arbitration.<sup>766</sup> This fact has convinced some commentators to advocate an arbitral forum that is easier for employees to navigate without legal representation.<sup>767</sup>

Taking into account the Italian concern for employees' rights, the U.S. might modify the employment arbitration system. There are several possible options. Like Italy, arbitration could be a choice for both parties to each dispute. Alternatively, U.S. law could make the contractual choice for employment arbitration truly optional, refusing to enforce agreements imposed as a condition of employment. This might be accompanied by a requirement that the employer provide information to enable employees to make an informed choice, such as details about the system of arbitration and what the employee loses by foregoing litigation for arbitration or vice versa. Another possibility would be for the government to provide information to enable employees to make an informed choice about arbitration.<sup>768</sup> A final option would be to impose express and consistent legal standards on any arbitration system adopted by employers to insure that the system is not unduly favorable to the employer. Any of these options could be instituted by legislation. Because of the current interpretations of the Federal Arbitration Act, however, legislation would have to be enacted at the federal level.

Given the infatuation of the U.S. courts with arbitration, the latter might be the most palatable option. Many arbitration providers already have standards, although they are not legally enforceable.<sup>769</sup> And employers remain free to choose a provider with standards favorable to the employer. Additionally, as no, courts have imposed some standards under the Federal Arbitration

---

<sup>763</sup> Mahony & Wheeler, *supra* note 694, at 378-90. As noted by Mahony & Wheeler, however, caution must be used in assessing the studies, because all have limitations. *Id.*

<sup>764</sup> *Id.* at 384-85.

<sup>765</sup> *Id.* at 379, 384.

<sup>766</sup> *Id.* at 382.

<sup>767</sup> St. Antoine, *supra* note 692, at 91-93.

<sup>768</sup> See Thomas J. Stipanowich, *The Arbitration Fairness Index: Using a Public Rating System to Skirt the Legal Logjam and Promote Fairer and More Effective Arbitration of Employment and Consumer Disputes*, 60 KAN. L. REV. 985 (2012) (proposing a rating system).

<sup>769</sup> See Sarah Rudolph Cole, *Federalization of Consumer Arbitration*, 2013 U. CHI. LEGAL FORUM 271, 290-91 (advocating implementation of reform by arbitration providers in consumer arbitration).

Act.<sup>770</sup> Existing standards vary by court, however, and their very unpredictability leads to litigation. Mandatory standards imposed by legislation would insure some level of protection of employee rights while still providing the alternative forum that the courts desire. Such a result is unlikely, however, without a more active and effective lobbying effort by advocates of employees and consumers.

## V. Conclusion

The Italian and American arbitration systems have evolved in the context of the very different legal systems and cultures in the two countries. As a result, it seems unlikely that the Italian system will draw from the American system. Despite laws authorizing arbitration that is less tethered to the law, the strong belief that the judicial system is the best protector of employee rights limits its use except in cases of high-level employees. The U.S. could learn from the Italian system a heightened sensitivity to the protection of employee rights. If arbitration is to be used in for individual employees, legislative protection that insures that they are not deprived existing legal protections would provide a more balanced system of dispute resolution. Given the current power of business interests and the weakness of workers, however, this changes seems unlikely.

---

<sup>770</sup> See *supra* note 676 and accompanying text.

## Evoluzione delle fonti e modello trentino alla luce del diritto del lavoro dell'Unione europea\*

Alberto Mattei

|                                                                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa.                                                                                                                                                               | 203 |
| 2. L'esigenza di conoscibilità delle norme in un contesto giuridico <i>multilevel</i> : l'esperienza dell'Osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro.            | 204 |
| 2.1. Prima fase: le ragioni dell'implementazione dell'Osservatorio.                                                                                                        | 205 |
| 2.2. Seconda fase: l'aggiornamento graduale dell'Osservatorio.                                                                                                             | 209 |
| 3. Potere regolativo ed evoluzione delle fonti dei diritti sociali del lavoro: baricentri, attori e ambiti regolativi territoriali.                                        | 211 |
| 4. I <i>case studies</i> del contesto giuridico-territoriale trentino.                                                                                                     | 216 |
| 4.1. Primo ambito regolativo: modello trentino di concertazione socioeconomico-istituzionale.                                                                              | 217 |
| 4.1.1 (segue) Sviluppo della concertazione territoriale e "scambio politico-sociale": finanziamenti-tutela dell'occupazione.                                               | 223 |
| 4.2. Secondo ambito regolativo: delega di competenza in materia di ammortizzatori sociali e mercato del lavoro.                                                            | 225 |
| 4.3. Terzo ambito regolativo: il dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia dell'Ue in materia di contratti di lavoro non standard nella pubblica amministrazione. | 229 |
| 5. Conclusioni: decentramento e ricentralizzazione delle fonti regolative e delle scelte decisionali.                                                                      | 235 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 223/2014

## 1. Premessa.

Il tema indagato nel corso della ricerca<sup>771</sup> si riallaccia allo sviluppo delle tendenze riscontrate a livello dell'Unione europea e altresì a livello territoriale nella disciplina del mercato del lavoro e di alcuni istituti rilevanti del rapporto di lavoro, e si sostanzia anche nella predisposizione di un portale di monitoraggio<sup>772</sup> che ha preso il nome di "Osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro"<sup>773</sup>, tale da favorire un'opera di sistematizzazione della materia e di analisi dei dati sulla base del confronto tra i due ambiti, quello sovranazionale e quello subnazionale, con particolare riferimento al contesto giuridico-istituzionale della Provincia autonoma di Trento.

L'osservatorio ha consentito di porre in luce alcuni ambiti regolativi che verranno presi in considerazione in questo contributo, sulla scorta delle premesse da cui è partito il progetto di ricerca<sup>774</sup>.

Più nello specifico, l'individuazione degli ambiti sui quali compiere l'analisi ricalca la volontà di rendere evidente il processo di europeizzazione delle fonti regolative, non come un processo a senso unico, di mero adeguamento delle regole nazionali e subnazionali a quelle provenienti dalle sedi sovranazionali, quanto di "quel continuo processo di condizionamento reciproco e di interazione di *cross fertilization* multilivello"<sup>775</sup>.

In questo scritto sono presentati i dati emersi, così da mettere in luce le tendenze e le ricadute giuridico-istituzionali, con particolare riferimento al modello trentino.

<sup>771</sup> Progetto di ricerca "L'evoluzione delle fonti dell'Unione europea in materia sociale: gli effetti giuridico-istituzionali a livello nazionale e provinciale, con particolare riferimento alla Provincia autonoma di Trento" finanziato nell'ambito del bando post doc 2011 della Provincia autonoma di Trento e svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

<sup>772</sup> In questo caso l'esigenza da cui muove l'implementazione dell'Osservatorio non è soltanto intesa come osservazione, a scopo di controllo, di una grandezza variabile eseguita mediante appositi strumenti. Il termine "monitoraggio" compare di frequente nel periodo più recente come attività indispensabile a fronte delle nuove politiche del mercato del lavoro. A titolo esemplificativo, il Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia, Roma, 2001, p. IX, confluito nel d.lgs. 276 del 2003, afferma che "le azioni per accrescere il tasso di occupazione si devono sviluppare coerentemente con la Strategia Europea per l'Occupazione prevista dal processo di Lussemburgo. Si tratta di adattare il metodo del "coordinamento aperto" al nuovo quadro istituzionale che si sta delineando in Italia e che affida alle Regioni e agli enti locali una più forte responsabilità politica. Definizione degli obiettivi generali, monitoraggio dello stato di attuazione delle politiche, valutazione dei risultati raggiunti, scambio di buone pratiche rappresentano gli elementi portanti di un nuovo metodo che il Governo, d'intesa con tutti gli attori interessati, intende varare". In proposito, P. TULLINI, *Articolo 17. Monitoraggio statistico e valutazione delle politiche del lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, p. 221 ss.

<sup>773</sup> Consultabile al seguente indirizzo web: [www.dirittisocialitrentino.it](http://www.dirittisocialitrentino.it). Nel prosieguo del rapporto e dei contributi all'interno del volume si farà riferimento ai link riguardanti pagine dell'Osservatorio o richiami *interlink* tramite l'osservatorio stesso.

<sup>774</sup> Una sintesi del lavoro di ricerca è stata presentata e discussa all'interno del Convegno, conclusivo del progetto, *Il lavoro tra fonti dell'Unione europea e tendenze alla decentralizzazione normativa e contrattuale* (Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 11 aprile 2014), il cui video, assieme a quello degli altri incontri che verranno richiamati nelle note del presente contributo, è consultabile nel sito dell'Osservatorio.

<sup>775</sup> M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 86. Già M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, p. 3 ss. (ora M. D'ANTONA, *Opere*, Vol. I, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), Milano, 2000, p. 377 ss.).

## 2. L'esigenza di conoscibilità delle norme in un contesto giuridico *multilevel*: l'esperienza dell'Osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro.

Nel suo complesso, il progetto è volto a mettere in evidenza la dinamica che riguarda l'assetto delle fonti regolative in materia sociale alla luce del diritto del lavoro dell'Unione europea: da un lato, il sempre maggior peso del diritto sovranazionale europeo, con le correlate questioni attinenti il bilanciamento tra libertà economiche e diritti dei lavoratori nel mercato unico dell'Unione europea; dall'altro, l'affermarsi di ambiti regolativi, o di nuova regolazione subnazionale che, come nel caso trentino, favoriscono una dimensione di decentramento territoriale coordinato.

In questi termini, l'osservatorio ha permesso di individuare alcune aree cruciali, tenuto conto sia dell'autonomia speciale in materia di mercato del lavoro che caratterizza la Provincia trentina<sup>776</sup>, sia delle norme nazionali che, nella prospettiva di delegificazione, legittimano la contrattazione collettiva, anche a livello decentrato, a porre una disciplina che può derogare in senso peggiorativo sia a norme di legge sia a contratti collettivi nazionali, quale in maniera molto significativa, da ultimo, il discusso art. 8 del d.l. n. 138 del 2011, convertito in l. n. 148 del 2011, mediante il quale è stato introdotto nell'ordinamento nazionale il "sostegno" alla c.d. contrattazione di prossimità<sup>777</sup>.

In questa cornice, nella ricerca compiuta, oltre a toccare il tema più generale della dimensione sociale nell'Unione europea, vengono altresì affrontate le tematiche connesse alla capacità di autogoverno del mercato del lavoro attraverso la concertazione socio-istituzionale a livello territoriale e il sistema negoziale-concertativo trentino<sup>778</sup>; gli ammortizzatori sociali e la competenza delegata in materia dalla Provincia autonoma di Trento<sup>779</sup>.

Inoltre, viene posto in luce il ruolo della giurisprudenza, trentina e non solo, a fronte dei fenomeni descritti e della diffusione sempre più accentuata di contratti di lavoro atipico, nel dialogo che si

<sup>776</sup> A norma dell'art. 9 del Decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670 "Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige", le Province autonome di Trento e Bolzano "emanano norme legislative nelle seguenti materie nei limiti indicati dall'art. 5: [...] 4) apprendistato; libretti di lavoro; categorie e qualifiche dei lavoratori"; mentre ai sensi dell'art. 10 "allo scopo di integrare le disposizioni delle leggi dello Stato, le Province hanno la potestà di emanare norme legislative nella materia del collocamento e avviamento al lavoro, con facoltà di avvalersi – fino alla costituzione dei propri uffici – degli uffici periferici del Ministero del lavoro per l'esercizio dei poteri amministrativi connessi con le potestà legislative spettanti alle Province stesse in materia di lavoro". In proposito, L. NOGLER, C. ZOLI, *Introduzione*, in S. VERGARI (a cura di),  *Mercati e diritto del lavoro nelle Province autonome di Trento e Bolzano*, Padova, 2004, p. XIII, sottolineano che "la storia dell'autonomia insegna che anche in materia di lavoro la miglior difesa delle prerogative provinciali è sempre stata realizzata nelle stagioni riformiste in cui un'interpretazione, spesso condivisibilmente massimalista, dello spazio normativo d'azione (si pensi alla legislazione della Provincia autonoma di Bolzano in tema di apprendistato, a quella della Provincia autonoma di Trento in tema di lavori sociali oppure, ancora, a quella previdenziale di stampo regionale) ha consentito di radicare stabilmente, in via per così di "sfondamento istituzionale", soluzioni che si sono poi legittimate quali vere e proprie *best practices* nazionali".

<sup>777</sup> Numerosi sono i commenti della dottrina giuslavoristica dell'art. 8. Se ne dà conto nella "bibliografia digitale" presente nella rassegna di decentramento regolativo a questa pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2238](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2238). Inoltre, tale tematica è stata già affrontata, nell'ambito della presente ricerca, all'interno del Convegno *La contrattazione territoriale e di "prossimità": l'esperienza del Trentino nel quadro dell'evoluzione normativa* (Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 26 settembre 2013), i cui materiali sono consultabili a questa pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=5002](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=5002).

<sup>778</sup> V. *infra* nel testo § 4.1.

<sup>779</sup> V. *infra* nel testo § 4.2.



è creato tra giudici nazionali (di merito, di legittimità e Corte costituzionale) e Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>780</sup>.

### 2.1. Prima fase: le ragioni dell'implementazione dell'Osservatorio.

Le ragioni in base alle quali si è sviluppato il progetto di ricerca, ed in particolare i motivi dell'implementazione di un Osservatorio digitale come strumento di analisi e monitoraggio, sono elenabili secondo le seguenti scansioni, prendendo in esame, a monte, nel suo complesso la conoscibilità del sistema giuslavoristico in una logica multilivello.

Infatti, alla base dell'analisi dell'evoluzione delle fonti normative e del loro impatto sul tessuto territoriale vi è l'esigenza di conoscibilità del loro specifico contenuto, da aggiornare in maniera continua, per darne sistematicità.

In questi termini, come ha messo in luce la dottrina giuslavoristica più attenta ai fenomeni europei e comparati, è necessario leggere le connessioni tra legge, contrattazione collettiva e giurisprudenza, ciascuna intesa come produttrice di regolazione, che sono alla base dell'inter-scambio tra fonti sovranazionali e fonti nazionali, data la complementarità e il reciproco processo di condizionamento dell'una sull'altra e tra di esse<sup>781</sup>.

Più nello specifico, l'osservatorio ha consentito di mettere in luce la reciproca osmosi tra "formanti", intesa come base giuridica su cui si sviluppa l'ordinamento giuridico di un sistema sociale, tra regole giudiziali, regole legali, dottrina, senza trascurare le produzioni della contrattazione collettiva<sup>782</sup>.

Questa osmosi va letta nel quadro di quel processo graduale di penetrazione del sistema comunitario, ora dell'Unione europea, nei regimi nazionali, che prende il nome di "sovranazionalità normativa"<sup>783</sup>, a partire dal rafforzamento dei suoi tre elementi costitutivi, ossia la *pre-emption*, l'effetto diretto delle norme dell'Unione europea e il primato del diritto eurounitario sul diritto interno, andando ad incidere in settori destinati alla sovranità dello Stato nazionale, ivi compresi l'esercizio dei diritti sociali collettivi.

Dal punto di vista terminologico, la conoscenza delle fonti regolative è declinabile solo a partire dalla consapevolezza – sempre più attuale nell'odierna fase di incessante produzione normativa a più livelli<sup>784</sup> – della problematica esemplificabile nella comprensione delle norme consistenti

<sup>780</sup> V. *infra* nel testo § 4.3.

<sup>781</sup> B. VENEZIANI, "Labour Law in the Courts" ovvero "della civiltà della conversazione", in *DLRI*, 97, 2003, p. 127.

<sup>782</sup> R. SACCO, *Legal Formants: a dynamic approach to comparative law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1991, p. 1 ss. ripreso da B. CARUSO, M. MILITELLO, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2012, p. 401 ss.

<sup>783</sup> Per tutti, J.H.H. WEILER, *Sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.

<sup>784</sup> Per non dire "alluvionale", riprendendo la nota espressione di chi così definiva il diritto del lavoro degli anni ottanta, nell'ambito delle teorie della comunicazione e della ricerca di governabilità, a fronte di una sempre più estesa complessità dei sistemi sociali. Così G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, 1989, p. 293 ss.

nella complessità della ricerca, nella eterogeneità delle fonti, nella verifica della norma nel sistema e, spesso, dell'oscurità del suo contenuto<sup>785</sup>.

Chi si è addentrato maggiormente nell'opera d'individuazione di uno "strumento di lavoro in vista degli obiettivi della trasparenza delle fonti, dell'ordine nella molteplicità, della riunificazione di ciò che è frammentato, così come dell'obiettivo di tracciare percorsi di illuminazione nella frequente oscurità che caratterizza le fonti"<sup>786</sup> ha riscontrato come, alla base della conoscibilità del diritto, vi sia comunque un problema di carattere strutturale, connesso al fatto che "nessuna fonte di regolazione denuncia se a disciplinare un certo contesto vi siano altre norme concorrenti, né tanto meno dove (in quali altre fonti) essi si trovino"<sup>787</sup>.

Infatti, a suo tempo si è ritenuto necessario creare un'intelaiatura di sistema che consentisse la riscrittura, combinando e riscrivendo singole norme, a partire dalle fonti complessivamente intese: ed è stata, appunto, un'operazione di "nomologistica"<sup>788</sup>, ossia di logistica delle norme consistente nelle fasi di *inventio*, *compositio* e *dispositio* delle norme.

Anche a partire da questi presupposti, con l'attuale ricerca, per far fronte a questi nodi critici della conoscibilità in un sistema di regolazione multilivello, è stato ritenuto necessario compiere un'opera di perimetrazione delle fonti volta a dare un'adeguata copertura conoscitiva, liberamente accessibile e consultabile agli utenti attraverso un portale digitale quale l'Osservatorio, a partire però da una dimensione territoriale.

In questo senso, nella consapevolezza della complessità di perimetrare la materia, in continua evoluzione e frammentazione, su un piano multilivello si aggiunge il fenomeno, in crescente espansione, della normazione secondaria, con cui, come ripreso nella dottrina giuslavoristica, "leggi di ultima generazione hanno cercato di riempire tutti gli spazi, anche di estremo dettaglio, della regolazione, così da ridurre al massimo i margini d'intervento interpretativo"<sup>789</sup>.

<sup>785</sup> O. MAZZOTTA, *È conoscibile il diritto del lavoro? Il Codice dei lavori di Marcello Pedrazzoli ovvero cosa può fare la scienza giuridica per la conoscibilità delle norme*, in LD, 4, 2001, p. 543. Più recentemente, C. ZOLI, *Il periodo trentino e la sua eredità*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 75. Viene, inoltre, posto in luce che i difetti del sistema regolatorio non possono essere ridotti alla sola questione dell'eccessivo numero delle leggi M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in AGE, 2, 2013, p. 363 ss.

<sup>786</sup> Sono le parole di F. SCARPELLI, *Molteplicità, frammentazione e oscurità delle fonti: è possibile la trasparenza?*, in LD, 4, 2001, p. 571, a proposito dell'opera di M. PEDRAZZOLI, *Il codice dei lavori. Ordinamento sistematico e combinazione trasparente delle norme*, Milano, 2000.

<sup>787</sup> M. PEDRAZZOLI, *Logistica delle norme e conoscenza del diritto del lavoro (sull'esempio di un Codice dei lavori)*, in LD, 4, 2001, p. 599 ss.

<sup>788</sup> Nelle parole dell'A. "scopo di questa branca è procacciare la conoscenza delle norme agli utenti del diritto per contenere i costi personali e sociali che dal deficit di tale conoscenza si determinano e più in generale per accrescere il tasso di responsabilità che deve essere contenuto in ogni decisione". Così M. PEDRAZZOLI, *La difficile conoscibilità delle norme. In margine a un codice dei lavori*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, Vol. I, 2004, p. 1185.

<sup>789</sup> R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in RIDL, 1, 2012, p. 477. Interventi del legislatore nazionale da considerare in controtendenza rispetto a quanto viene designato a livello dell'Unione europea, che indica nella semplicità, nella chiarezza, nella concisione, nella comprensibilità e nella proporzionalità della materia i principi a cui devono attenersi i legislatori nazionali. Secondo l'High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens, *Decalogue for Smart Regulation*, Stoccolma, 12 novembre 2009.

Pertanto, ci si è limitati ad un'opera di catalogazione e di classificazione sistematica a partire proprio da singoli contesti giuridico- normativi territoriali, dove sono presenti distretti giudiziari che favoriscano la raccolta e il reperimento anche delle pronunce giudiziali, connettendosi all'obiettivo, ribadito dal legislatore in occasione di riforme recenti, di "monitorare lo stato di attuazione degli interventi e delle misure [...] e di valutare gli effetti sull'efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini, sulle modalità di entrata e di uscita nell'impiego"<sup>790</sup>.

Questo aspetto sconta una difficoltà di fondo nel reperimento del materiale documentabile: ed in questa prospettiva s'inserisce la catalogazione della giurisprudenza di merito nelle materie prescelte come oggetto dell'analisi, nell'obiettivo appunto di conoscibilità e monitoraggio delle misure legislative adottate.

Inoltre, su impulso del legislatore nazionale, da ultimo, con la l. n. 78 del 2014, di conversione del d.l. n. 34 del medesimo anno, si può notare la volontà di dare diffusione delle "buone pratiche" e del "monitoraggio costante delle risorse impiegate" attraverso la previsione del deposito dei contratti di solidarietà da inserire presso l'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro gestito dal Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro<sup>791</sup>.

In termini simili, si pone, sul fronte delle relazioni sindacali e della contrattazione collettiva, l'esigenza di un continuo monitoraggio con riferimento alle intese a livello territoriale fra le parti sociali, oltre alla diffusione della contrattazione aziendale.

In proposito, ne è un esempio a titolo esemplificativo, a livello nazionale, il "Protocollo per la Competitività del Gruppo Finmeccanica per un Nuovo Modello di Relazioni Industriali", sottoscritto da tutte le parti sociali nell'aprile 2013: nell'ottica di un "maggior sviluppo di modelli partecipativi", le parti convengono di istituire degli osservatori e dei livelli di confronto internazionali<sup>792</sup>.

Su un piano europeo, altresì, si segnalano buone pratiche che vedono esperienze in Inghilterra a partire dal 1980, come la *Workplace Industrial Relations Survey* (Wirs) poi denominata *Workplace Employment Relation Survey* (Wers), grazie alle quali nel corso degli anni sono state compiute indagini che riguardano la raccolta di dati riferiti ai luoghi di lavoro con cinque o più dipendenti in Inghilterra, Galles e Scozia, operanti in settori industriali e nei servizi privati e pubblici<sup>793</sup>.

<sup>790</sup> Ai sensi dell'art. 1 della legge 92/2012 "Disposizioni in materia di riforma del lavoro in una prospettiva di crescita".

<sup>791</sup> Art. 1-ter della l. 78/2014. All'interno del disegno complessivo dell'intervento si vuole intervenire nella previsione di nuovi criteri di accessi allo sgravio contributivo per i contratti di solidarietà fissato al 35% volto a premiare le situazioni produttive che abbiano una maggiore meritevolezza, secondo criteri da fissarsi con decreto ministeriale.

<sup>792</sup> Inoltre, nelle materie da definirsi a livello di gruppo, rientrano: la vincolatività degli accordi; il ruolo, la composizione e il dimensionamento dei coordinamenti sindacali; la procedura di raffreddamento per regolare e risolvere i conflitti collettivi; la formazione professionale e il trasferimento di competenze; le pari opportunità; l'ambiente e la sicurezza; la valorizzazione e l'ottimizzazione delle filiere industriali. Nei confronti delle materie per cui saranno individuati gli orientamenti uniformi da applicarsi nelle società controllate si prevedono interventi in materia di politiche attive del lavoro; strumentazione e modalità di gestione degli impatti occupazionali che derivano da processi di riassetto e ristrutturazione industriale a livello nazionale e territoriale. Infine, saranno previste linee guida e percorsi applicativi per materie quali: premi di risultato; inquadramento professionale; welfare e competitività aziendale. Per un commento in proposito G. BERTA, *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Torino, 2014, p. 75 ss.

<sup>793</sup> Andando a coprire circa un terzo delle imprese britanniche. Riportano queste esperienze europee L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, *Conoscere per negoziare e per decidere. Una base informativa per protagonisti e studiosi delle relazioni industriali*, in M. CARRIERI, T.

Sulla stessa linea è l'indagine francese *Relations professionnels et négociations d'entreprise* (Reponse) che, a partire dal 1992, si svolge a cadenza ciclica sui luoghi di lavoro, andando a considerare realtà produttive con almeno dieci dipendenti nel settore privato e semi-pubblico. Così anche in Australia, a partire dal 1989, l'*Australian Workplace Industrial Relations Survey* (Awirs) ha compiuto un'analisi su un campione rappresentativo dei datori di lavoro sia quelli con almeno venti dipendenti e sia quelli tra cinque e diciannove dipendenti in tutti i settori; ricerca in seguito interrotta, ma completata a partire dal 2011 con *Australia at Work*, che ha coinvolto più di ottomila lavoratori su un periodo quinquennale<sup>794</sup>.

Infine, a livello europeo opera il monitoraggio compiuto dall'*European Company Survey* (Ecs) dell'*European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, svolto ogni quattro anni e consistente in interviste telefoniche ai rappresentanti delle direzioni delle aziende e ai rappresentanti dei lavoratori delle aziende con almeno dieci dipendenti nei settori pubblici e privati<sup>795</sup>.

In proposito, si sottolinea come il miglioramento sistemico si possa perseguire con “una cornice istituzionale al cui interno dovrebbe collocarsi un progetto conoscitivo” delle relazioni industriali in corso in un dato contesto territoriale, così da individuare “uno strumento continuativo e affidabile a disposizione delle parti e dei *policy makers* nelle loro attività negoziali e nei processi decisionali, oltre che ovviamente di esperti e studiosi nella loro attività scientifica”<sup>796</sup>.

In proposito, il raccordo sistematico fra le varie fonti è possibile anche da altri osservatori presenti a livello territoriale: nel contesto specifico della Provincia autonoma di Trento, è presente, a livello istituzionale, un Osservatorio della contrattazione aziendale e territoriale del settore privato all'interno dell'Osservatorio del mercato del lavoro presso l'Agenzia del lavoro della Provincia autonoma di Trento, che si propone la lettura e l'archiviazione della contrattazione collettiva e integrativa monitorando la mappa della contrattazione per contenuti e modalità, le caratteristiche distintive della negoziazione, i livelli retributivi e le dinamiche salariali relative ai vari settori produttivi<sup>797</sup>.

TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Bologna, 2013, p. 285 ss. L'auspicio della conoscibilità territoriale-contrattuale si può rinvenire anche nelle parole di chi vede con favore il ritorno alla scuola giugniana per cui verifica empirica, monitoraggio della contrattazione collettiva e analisi dei suoi contenuti sono tasselli imprescindibili per verificare quello che avviene nelle concrete dinamiche negoziali. Così D. GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *RGL*, 3, 2012, p. 521-522. Sul fenomeno della contrattazione collettiva territoriale si v. il lavoro di L. D'ARCANGELO, *Contrattazione territoriale e sviluppo locale*, Torino, 2012.

<sup>794</sup> L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, *op. cit.*, p. 287.

<sup>795</sup> L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, *op. cit.*, p. 288.

<sup>796</sup> L. BORDOGNA, R. PEDERSINI, *op. cit.*, p. 291-292. Per gli aspetti relativi al decentramento della “conoscenza” su impulso della concertazione sociale si rinvia ai contributi di M. GIOVANNACCI e S. VERGARI in questo volume. Si vedano inoltre la proposta in appendice al presente volume, volta a dare sistematicità a questa esperienza, nonché le considerazioni di S. SCARPONI nell'introduzione a questo volume.

<sup>797</sup> *Documento degli interventi di politica del lavoro 2011-2013*, lettera f) del punto 25.2; in proposito rilevano anche alcuni aspetti di criticità F. ISCHIA, I. SPEZIALI, *Rapporto sulla contrattazione collettiva di secondo livello in Provincia di Trento nel periodo 1995-2012*, LaReS - Laboratorio Relazioni Sindacali della Trentino School of Management e Agenzia del Lavoro della Provincia autonoma di Trento, p. 10-11. La criticità sarebbe relativa alla difficile tempestiva acquisizione dei contratti collettivi di secondo livello sottoscritti nel territorio trentino. Il testo del Rapporto è consultabile tramite la ricerca libera all'interno dell'Osservatorio.

A partire da questi presupposti, intesi come opera di individuazione e classificazione del materiale regolativo-normativo, giurisprudenziale, legislativo e di contrattazione collettiva, oltre che della dottrina, si è provveduto all'implementazione di un portale digitale che favorisse l'aggregazione di documenti normativi, classificabili secondo un ordine di reperimento e di ricerca interna e provenienti dalla rete tramite *inter-link* esterni<sup>798</sup>.

È bene chiarire che tale portale è solo uno strumento ai fini dell'analisi, ma senza il quale la riflessione è più difficile da compiere. In altri termini, vi è la consapevolezza che l'incessante caos regolativo-normativo e la carenza di sistematicità e di organicità della produzione regolativa non sono né osservabili né analizzabili – e nemmeno governabili per i decisori politico-istituzionali – senza un'opera di riaggregazione, perlomeno a partire dalla dimensione territoriale, del materiale giuridico.

In via ulteriore, la metodologia con cui si è raccolto, analizzato e classificato il materiale monitorato non è basata sulla logica c.d. *top down*, dall'alto verso il basso, ma su quella c.d. *bottom up*, intesa come capacità di perimetrazione delle fonti normative dal basso verso l'alto, in grado di creare in questo modo un contenitore conoscitivo del materiale normativo, sotto la lente dell'opera di comunitarizzazione della materia, di varia natura (legislativa, contrattuale e giurisprudenziale), riferito ad un certo contesto, e proprio quindi di un processo di territorializzazione delle fonti.

Infatti, la necessità di perimetrazione giuridica delle varie fonti, dal piano territoriale fino a quello sovranazionale, risponde all'approccio del nuovo "pluralismo ordinamentale sopranazionale" delle fonti nel diritto del lavoro, per la presenza sia di gruppi organizzati sia di fonti collettive che acquistano una rilevanza sempre più significativa nell'ordinamento europeo; su un binario parallelo, è lo stesso ordinamento europeo che viene integrato dal dialogo instaurato con la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale operato dal giudice nazionale<sup>799</sup>.

In tal modo, a fronte di un'opera di monitoraggio territoriale, è stato possibile isolare campi d'indagine che assumono particolare rilievo nell'evoluzione delle fonti nell'ottica centro-periferia (o meglio, periferia-centro), che, in ogni caso, hanno caratteristiche comuni pur nella diversità di ambiti considerati.

Più nello specifico, si è voluto mettere in esame la competenza regolativa e la conseguente produzione di regole all'interno di singoli ambiti isolati, intesa, in primo luogo, come potere di produzione di regole e, in seconda battuta, come capacità di trovare delle soluzioni volte alla ricerca di occupazione e tutele del lavoro e del welfare, nella prospettiva giuslavoristica.

## 2.2. Seconda fase: l'aggiornamento graduale dell'Osservatorio.

Il riordino delle fonti regolative dell'Unione europea in materia sociale, tramite, dal punto di vista

---

<sup>798</sup> Così anche il *tagging*, di cui già c'erano richiami in M. JORI, *Molteplicità, frammentazione e oscurità delle fonti: è possibile la trasparenza?*, in *LD*, 4, 2001, p. 592.

<sup>799</sup> S. SCIARRA, *Un nuovo pluralismo delle fonti nel diritto del lavoro transnazionale*, in *Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro*, Atti del convegno di Otranto del Centro nazionale studi di diritto del lavoro "Domenico Napoletano", Sezione Lecce-Brindisi, 10 e 11 giugno 2011, p. 31 ss., consultabile alla seguente pagina: [caspur-ciberpublishing.it/issue/view/623](http://caspur-ciberpublishing.it/issue/view/623).

metodologico, il continuo aggiornamento dell'Osservatorio, ha consentito di mettere in prima evidenza l'evoluzione delle fonti dell'Unione europea in materia sociale, dando così apertura e conoscibilità ai diritti sociali, intesi come "espressione di un'evoluzione in senso sostanziale del principio di eguaglianza"<sup>800</sup>, in questo caso riferiti al lavoro. Le fasi del lavoro riguardanti l'apprestamento dell'Osservatorio sono:

1. una prima fase di monitoraggio della materia, tramite raccolta (anche all'interno della rete internet) del materiale normativo;
2. una seconda fase di inserimento sistematico dei dati dell'Osservatorio che il portale ha offerto una volta monitorata la materia;
3. una terza fase di approfondimento analitico compiuta nella sezione apposita dell'Osservatorio.

Nella sua articolazione operativa, il monitoraggio ha previsto ulteriormente alcune sottofasi:

- a) il reperimento della documentazione che è stato effettuato tramite il richiamo di materiale presente nella rete internet e tramite raccolta e inserimento di materiale di documentazione giuridica appositamente rinvenuto<sup>801</sup>;
- b) l'elaborazione interna, ossia un'opera di sistematizzazione in singole schede;
- c) la divulgazione pubblica, intesa come libera consultabilità dell'Osservatorio da parte di qualunque utente interessato<sup>802</sup>.

La raccolta del materiale non è stata compiuta in termini meramente quantitativi, ma ha mirato, tramite un aggiornamento graduale, a mettere a disposizione dell'utente un "contenitore conoscitivo" di più di

450 documenti al termine della ricerca, tale da favorire conclusioni di sintesi qualitativa sul materiale regolativo-normativo monitorato.

In via ulteriore, l'elaborazione interna del materiale ha previsto la collocazione della scheda all'interno della sezione di documentazione; l'ordine e la sistematizzazione; la gradualità dell'inserimento, che è stato compiuto ed effettuato al momento della messa online del portale<sup>803</sup>; e, aspetto non secondario, la ricerca interna che ha avuto come obiettivo quello di essere più semplice possibile, anche a favore e nell'ottica dell'utente che consulta il portale.

---

<sup>800</sup> L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1, 1998, p. 8 (ora in ID., *Il contratto di lavoro*, in M. NAPOLI (a cura di), Milano, 2008, p. 129 ss.).

<sup>801</sup> Nel caso della giurisprudenza di merito trentina si è provveduto, di intesa con l'amministrazione giudiziaria, al recupero delle sentenze pertinenti nelle cancellerie della sezione lavoro dei Tribunali di Trento, Rovereto e Corte d'Appello di Trento.

<sup>802</sup> A titolo di esempio: operatore, studioso, studente.

<sup>803</sup> A partire dalla fine del 2012 l'Osservatorio è operativo. Tramite il Google Analytics è stato verificato che in più di un anno di operatività, anche in virtù delle diverse sedi in cui è stato presentato il portale, 20.720 sono stati gli utenti e 72.410 le visualizzazioni di pagina (periodo 1 gennaio 2013-1 maggio 2014). All'Osservatorio si è affiancata anche la pagina Twitter ([twitter.com/socialilavorotn](https://twitter.com/socialilavorotn)), che è servita come mezzo di divulgazione dei principali momenti di diffusione (a giugno 2014, si contano 114 *followers*), assieme all'invio di una newsletter periodica.

Uno dei rischi che corre il monitoraggio, infatti, è quello di non essere agilmente “governato” dall’utente: per queste ragioni, sono stati apportati strumenti di ricerca interni all’Osservatorio che hanno potuto favorire il recupero del materiale (ricerca per parole chiave, ricerca cronologica, ricerca per filtri e ricerca libera, oltre alle sezioni di documentazione e di analisi).

Inoltre, favorendo la divulgazione aperta e pubblica, l’Osservatorio ha consentito, da un lato, l’interoperabilità con il comitato scientifico<sup>804</sup>, costituito appositamente; dall’altro, uno scambio di prassi tra gli *stakeholders*, in particolare tra il mondo delle organizzazioni sindacali territoriali e gli operatori del settore, che si sono interfacciati con l’osservatorio e hanno favorito l’individuazione dei documenti ai fini dell’inserimento interno nel portale.

### 3. Potere regolativo ed evoluzione delle fonti dei diritti sociali del lavoro: baricentri, attori e ambiti regolativi territoriali.

Una volta espresse le ragioni e le modalità con cui si è operato per lo sviluppo di un portale di monitoraggio, si prendono in considerazione distintamente tre profili monitorati, consistenti in tre sistemi di produzione di regole giuridiche e conseguente problema di interazioni tra di essi in materia di lavoro e di welfare.

Caratteristiche comuni dei tre ambiti regolativi sono la produzione di regole a partire, come anticipato, da un’evoluzione dinamica delle fonti, sia in chiave sovranazionale, nazionale e subnazionale; sia nei formanti legislativo, giurisprudenziale e della contrattazione collettiva, senza trascurare i commenti forniti dalla dottrina.

In ogni caso, come ribadito, l’ottica di partenza del monitoraggio è di carattere *bottom-up*, ossia perimetrazione giuridico-normativa dal basso verso l’alto, volta a ricondurre metodologicamente la ricerca al tema di partenza, ossia della “comunitarizzazione” dei diritti nazionali<sup>805</sup>, con particolare riguardo alla dimensione subnazionale della Provincia autonoma di Trento.

Infatti, al centro delle dinamiche regolative delle fonti in materia di diritti sociali del lavoro, si possono leggere alcune “spinte” che provengono dalle istituzioni dell’Unione europea e che portano alla riconfigurazione di nuovi baricentri.

In una prima accezione entra il “nodo gordiano” della pluralità attuale delle fonti normative e giurisprudenziali a livello nazionale ed europeo, e la diversità degli ordinamenti. Poiché oggi quasi tutti i settori dell’ordinamento vengono toccati dal diritto dell’Unione europea, compreso il diritto del lavoro condizionato in maniera “profonda ma non univoca” dal diritto dell’Ue<sup>806</sup>, il nodo si

<sup>804</sup> Il comitato scientifico dell’Osservatorio è composto dai docenti dell’Università degli Studi di Trento S. Scarponi (coordinatrice), G. Bolego e R. Salomone, oltre che da S. Vergari, dirigente del Servizio Lavoro della Provincia autonoma di Trento. Componenti del comitato scientifico consultivo sono i magistrati della Corte di Appello di Trento e dei Tribunali di Trento e Rovereto: P. Collino, R. Beghini, M. Cuccaro e G. Flaim, insieme alla consigliera di parità della Provincia autonoma di Trento, E. Stenico, al presidente dell’Agenzia del Lavoro della Provincia autonoma di Trento, M. Colasanto, e alla dirigente generale, A. Chiusole.

<sup>805</sup> M. ROCCELLA, D. IZZI, *op. cit.*, p. 85 ss.

<sup>806</sup> Per utilizzare i due aggettivi di M. D’ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D’ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, p. 19 (ora in M. D’ANTONA, *Opere*, Vol. I, cit., p. 398).

può sciogliere investendo il giudice nazionale, nuovo baricentro delle scelte, tramite il meccanismo del rinvio pregiudiziale, che può permettere di trovare una soluzione, favorendo il dialogo tra giudici, appunto nella giurisdizione<sup>807</sup>.

S'inserisce in questo nodo l'integrazione del mercato, in particolare delle libertà economiche, rispetto alle quali le novità introdotte con il Trattato di Lisbona non modificano il rapporto tra mercato e diritti sociali, nonostante l'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali di Nizza<sup>808</sup>.

Pur tuttavia, tale Carta, secondo una visione ottimistica, ha un riconoscimento potenzialmente significativo, incorporando diritti economici e diritti sociali nello stesso catalogo, dando spazio alla possibilità di argomentare che il rapporto sia di parità, compatibile con l'idea di un diritto del lavoro dell'Unione europea fondato sullo sviluppo dell'essere umano<sup>809</sup>.

In questi termini, il rapporto tra diritto e mercato è considerato asimmetrico, se si guarda al diritto sovranazionale sul mercato interno, da un lato, e al potere normativo nazionale in materia di diritto del lavoro, dall'altro.

Tale asimmetria è all'origine dei limiti posti agli Stati membri nel contrastare le dinamiche deregolative indotte dal processo d'integrazione del mercato; e come sottolineato

il diritto dell'Unione sottrae agli Stati membri decisive leve di controllo politico-democratico dei propri sistemi di welfare senza essere in grado di compensare tale perdita di capacità distributiva al livello sovranazionale. L'asimmetria tra integrazione negativa e positiva, classicamente analizzata da Fritz Scharpf, non è mai stata così evidente nella storia del processo integrativo. E nell'approfondirsi di tale asimmetria, il deficit sociale dell'integrazione europea rischia di convertirsi in un decisivo fattore di crisi di legittimità democratica dell'Unione<sup>810</sup>.

Ne è un evidente esempio, in questa direzione, la tendenza giurisprudenziale di *cross-limitation*<sup>811</sup>, opposta alla *cross-fertilization*, adottata a partire dalle discusse pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, in coincidenza con lo scoppio della crisi economica<sup>812</sup>, del "quartetto" della Corte nel 2007-2008, relativo ai giudizi *Laval*, *Viking*, *Rüffert* e *Commissione c. Lus-*

<sup>807</sup> E. LUPO, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari, 2012, p. 3 ss.

<sup>808</sup> In proposito, da ultimo G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013, p. 43 ss.

<sup>809</sup> S. DEAKIN, *Il Trattato di Lisbona, le sentenze Viking e Laval e la crisi finanziaria: in cerca di nuove basi per "l'economia sociale di mercato" europea*, in RGL, 4, 2013, p. 683 ss. (trad. orig. ID., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: in search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy"*, in N. BRUUN, K. LORCHER, I. SCHOMANN (ed. by), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oregon, 2012).

<sup>810</sup> S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 100/2013, p. 20, che riporta le considerazioni di F.W. SCHARPF, *The Double Asymmetry of European Integration. Or: Why the EU cannot Be a Social Market Economy*, in Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, 2009, p. 12.

<sup>811</sup> P. MENGOLZI, *I conflitti di legge, le norme di applicazione necessaria in materia di rapporti di lavoro e la libertà di circolazione dei servizi nella Comunità europea*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Vol. 2, Milano, 2009, p. 715.

<sup>812</sup> C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, in RCDL, 3, 2013, p. 350-351.



*semburgo*, i quali, ridefinendo l'equilibrio tra libertà economiche e diritti sociali collettivi, nell'interpretare la direttiva sul distacco transnazionale della manodopera di lavoro n. 96/71/CE, hanno limitato la possibilità per gli Stati membri dell'Unione europea di individuare ulteriori norme a tutela del lavoro nazionale, così favorendo la libera prestazione dei servizi nel mercato comune dell'Unione europea, sulla base dell'efficacia orizzontale delle norme che tutelano le libertà economiche, e costituendo così il passaggio chiave delle pronunce europee<sup>813</sup> che riconoscono una "equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali"<sup>814</sup>.

Queste sentenze rappresentano e segnano un passaggio evolutivo di portata storica: da un'ideologia ordoliberal classica, fondata sulla distinzione tra competenze dell'Unione europea e competenze dei singoli Stati nazionali in materia sociale, ad una logica neoclassica, nel momento in cui applicano alle politiche sociali le regole sulla libertà di circolazione, costituendo "una marginalizzazione del diritto del lavoro all'interno dell'ordinamento europeo"<sup>815</sup>.

Infatti, se l'impiego dei sistemi nazionali di diritto del lavoro era tradizionalmente inteso come contrapposto all'integrazione economica transnazionale, propria del pensiero ordoliberal, in quanto il mercato è determinato da processi giuridici e politici, il quartetto è stato l'emblema di una rivoluzione della concezione del rapporto fra regolazione nazionale ed economia sovranazionale, che vede i mercati e gli attori economici in gioco come dotati di una capacità di autonoma composizione degli equilibri, negando che le norme giuridiche, in particolare quelle del lavoro e della contrattazione, siano indispensabili alla creazione di una concorrenza efficace.

In questo quadro, la tendenza a porre nella scala valoriale del sistema giuridico dell'Unione europea le libertà economiche in maniera gerarchicamente sovraordinata<sup>816</sup> mette a fuoco, in termini più generali, che l'orizzonte di riferimento è quello del rapporto tra diritto ed economia, all'interno del quale il meccanismo del mutuo riconoscimento<sup>817</sup> è correlato alla libertà di circolazione e concorrenza, che, come rilevano gli studiosi dei fenomeni della globalizzazione, approfondisce e allarga la forbice tra un'economia globalizzata e un diritto nazionale e territoriale<sup>818</sup>.

Per queste ragioni, il diritto del lavoro e le relative strategie nel loro insieme patiscono fortemente la globalizzazione, perché questa mette in discussione "la centralità dello Stato nella regolazione

<sup>813</sup> Come mette in evidenza G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 53.

<sup>814</sup> Conclusioni dell'avvocato generale V. TRSTENJAK del 14 aprile 2010 in C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, su cui criticamente U. CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Vol. III, Napoli, 2011, p. 1411 ss.

<sup>815</sup> S. DEAKIN, *op. cit.*, p. 683.

<sup>816</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, VI ed., Padova, 2012, p. 176.

<sup>817</sup> Nella nota pronuncia C-120/78, 20 febbraio 1979, *Cassis de Dijon*, in *Gazz. Uff. Com. Euro.*, C 256, 3 ottobre 1980, p. 2. In proposito, per una ricostruzione delle tappe della giurisprudenza comunitaria, cfr. U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009.

<sup>818</sup> F. VIOLA, *Il diritto come scelta*, in A. PLAIA (a cura di), *La competizione fra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007, p. 172. Tra i numerosi contributi in tema v. A. JEAMMAUD, *La "mondializzazione": banco di prova per il diritto del lavoro*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Milano, 2001, p. 55 ss.

dei processi economici, con il diritto imposto e garantito dallo stesso Stato, nel cui ambito si è iscritta la disciplina del lavoro”<sup>819</sup>.

Su un binario parallelo, per trovare soluzioni di tipo negoziale a livello decentrato, sulla spinta di quello che la stessa Unione europea promuove, con la creazione, come recita il TFUE, di “un’economia sociale di mercato fortemente competitiva” (art. 3), e con l’*Euro Plus Pact*<sup>820</sup>, è espressa la volontà, seppur non in maniera propriamente diretta, di ridefinire, dietro una nuova logica, le istituzioni collettive della solidarietà verso nuovi criteri di azione, passando da una solidarietà redistributiva ad una competitiva<sup>821</sup>.

In tal modo, si sposta anche il baricentro, ulteriore rispetto a quello della giurisdizione, del contratto collettivo nazionale di categoria a livello di negoziazione decentrata, di territorio e di azienda, “arricchendo” la struttura della contrattazione, che, tuttavia, rischia di essere disarticolata, se non viene corretta da strumenti di coordinamento che mettano un argine al rischio di derive deregolative verso l’abbassamento delle tutele.

Ne è un esempio significativo, nel caso nazionale, come anticipato, l’introduzione legislativa della c.d. contrattazione di prossimità tramite l’art. 8 del d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 14 settembre del medesimo anno, su cui gran parte della dottrina giuslavoristica si è addentrata, chi in maniera favorevole, chi in maniera più critica nell’analisi dei numerosi profili di “destrutturazione” del sistema giuridico lavoristico<sup>822</sup>.

La destrutturazione del sistema giuridico lavoristico, come classicamente inteso, è accompagnata dalla ridefinizione del ruolo della stessa contrattazione aziendale di secondo livello, non più attuativa e/o integrativa di quella posta in sede nazionale, ma sovente “strumento di gestione di crisi aziendali, con riorganizzazione del sistema produttivo, a cui spesso fanno seguito scelte aziendali di riduzione dei livelli retributivi e peggioramento delle condizioni di lavoro”<sup>823</sup>.

<sup>819</sup> E. GRAGNOLI, *La parabola del contratto collettivo nella società economica italiana*, in *LG*, 7, 2013, p. 659, il quale riprende le considerazioni svolte dalla dottrina in proposito a partire da M. D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *RGL*, I, 1998, p. 311 ss. (ora in M. D’ANTONA, *Opere*, Vol. I, cit., p. 221 ss.); T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 3, 2000, p. 467 ss.; R. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 89, 2001, p. 37 ss.; A. LASSANDARI, *La tutela collettiva nell’età della competizione economica globale*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Vol. II, Padova, 2005, p. 973 ss.

<sup>820</sup> Si tratta del Patto, sottoscritto nel marzo 2011, approvato dai capi di Stato e di governo della zona euro e a cui hanno aderito Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, volto a consolidare “ulteriormente il pilastro economico dell’Unione economica e monetaria” e che “porterà ad un salto di qualità nel coordinamento delle politiche economiche, con l’obiettivo di migliorare la competitività e in tal modo aumentare il livello di convergenza rafforzando la nostra economia sociale di mercato”. Per una lettura volta a sottolineare che i vincoli della governance economica riducono al minimo il ruolo delle parti sociali, in particolare nella materia salariale, v. S. BORELLI, *Le politiche del lavoro nazionali nell’ambito della strategia Europa 2020 e della governance economica europea*, in *LD*, 3-4, 2012, p. 472 ss. Inoltre, nel quadro delle misure predisposte dall’Unione europea, significativamente frammentate per obiettivi, natura e ambito applicativo dei provvedimenti, v. l’analisi compiuta da M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, p. 342 ss.

<sup>821</sup> A. LO FARO, S. GIUBBONI, *Crisi finanziaria, governance economica europea e riforme nazionali del lavoro*, in AA.VV., *Nuove regole dopo la legge 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie?*, Atti del Convegno dell’Associazione Avvocati Giuslavoristi Italiani (AGI), Ancona 26-27 ottobre 2012, Torino, 2012, p. 45.

<sup>822</sup> Si può rinvenire l’elenco degli autori (e i relativi contributi) che si sono cimentati nel dibattito attorno alla norma nella “bibliografia digitale sull’art. 8” consultabile alla seguente pagina dell’Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2238](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2238)

<sup>823</sup> A. PERULLI, *Profili di tutela del reddito dei lavoratori nei gruppi di imprese*, in G. FERRARO (a cura di), *Redditi e occupazione nella crisi di impresa*, Torino, 2014, p. 166.

In maniera particolare, il grado di applicazione di tale tipo di contrattazione, monitorato all'interno dell'Osservatorio, è stato portato in luce nei suoi vari formanti: in quello legislativo, per com'è strutturata la norma dal contenuto "bipolare"<sup>824</sup> (vincoli di scopo; vincoli strutturali di tipo ordinamentale rispetto all'ordinamento interno e rispetto a quello dell'Unione europea; e vincoli procedurali); e quello giurisprudenziale, per come è stata interpretata la norma dalla giurisprudenza di merito e costituzionale<sup>825</sup>; infine, nel formante contrattuale-applicativo, con gli interventi a "macchia di leopardo" su tutto il territorio nazionale<sup>826</sup>.

In sintesi, è possibile, in quest'ottica, interpretando per altri fini la contrattazione collettiva, leggere tendenze deregolative a livello di Unione europea volte a favorire i principi di libera circolazione, "connesse" a spinte destrutturanti sul piano nazionale, come nel caso italiano, volte a sostenere, ai sensi dell'art. 8 della l. 148/2011, la competitività d'impresa; a discapito dei fini tradizionali di autotutela della contrattazione collettiva<sup>827</sup>, pur essendo imposto il rispetto delle norme europee in materia dei diritti dei lavoratori, che diventano anche un limite esterno ai contenuti dei contratti collettivi stessi<sup>828</sup>.

In entrambe le circostanze, sono le "barriere" nazionali – e nel peculiare contesto trentino le barriere territoriali costituite, come si vedrà, dalla concertazione – che si assottigliano sia verso l'alto, come in materia di libera circolazione, sia verso il basso, come per la contrattazione di prossimità, mutando i sistemi regolativi che "diventano a loro volta fattori in grado di incidere sulla competitività dei sistemi economici stessi"<sup>829</sup>.

Per le tempistiche e, soprattutto, per le scoordinate modalità di apertura dal livello nazionale a quello subnazionale<sup>830</sup>, la legislazione nazionale, con l'introduzione nel 2011 del sostegno alla

<sup>824</sup> Espressione usata da U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in RGL, 3, 2012, p. 547 rispetto al contributo di F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in RGL, 3, 2012, p. 493 ss.; e più diffusamente ID., *Il contratto collettivo nell'art. 8 d.l. n. 138 del 2011: problemi e prospettive*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 720, dove parla di "discutibile sussidiarietà mirante ad aprire ulteriori spazi di flessibilità regolativa in funzione di sostegno della competitività a livello "micro" (aziendale o territoriale)".

<sup>825</sup> Per i rilievi, A. LASSANDARI, *Il limite del "rispetto della Costituzione"*, in RGL, 3, 2012, p. 503 ss. Per le pronunce della giurisprudenza di merito e costituzionale sull'art. 8 si rinvia alla seguente pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2238](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2238)

<sup>826</sup> Sia consentito rinviare in proposito ad A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della c.d. contrattazione di prossimità a partire dall'Osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, Paper presentato al Convegno *Consenso, dissenso, rappresentanza nel sistema di governo delle relazioni industriali*, Università Ca' Foscari Venezia, 25-26 ottobre 2013, il cui testo è consultabile alla seguente pagina: [convegnovenetia.wordpress.com](http://convegnovenetia.wordpress.com).

<sup>827</sup> A. LO FARO, S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 45.

<sup>828</sup> Con riferimenti anche di carattere comparato, L. RATTI, *Limiti sovranazionali all'efficacia derogatoria della contrattazione collettiva di prossimità*, in LD, 1, 2014, p. 123 ss., il quale intravede sia il ruolo più complesso a cui è tenuto il giudice di fronte alle possibilità di deroga della contrattazione di prossimità, sia il ruolo delle associazioni sindacali che possono presentare, in sede transazionale, reclami volti a condannare le misure nazionali dirette a "stravolgere il sistema di contrattazione collettiva incentrato sul contratto collettivo nazionale per stabilire gli standard minimi di trattamento" (p. 139).

<sup>829</sup> L. CORAZZA, R. ROMEI, *Introduzione. Il puzzle delle trasformazioni*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, p. 13.

<sup>830</sup> Un progressivo slittamento verso un decentramento contrattuale caratterizzato dal primato delle ragioni di impresa si può vedere nell'indagine sulle relazioni industriali comparate, come "convergenza neo-liberale", in L. BACCARO, C. HOWELL, *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune*, in QRS, 1, 2012, p. 13 ss. Versione rivista del saggio ID., *A common Neoliberal Trajectory: the Transformation of Industrial Relations in Advanced Capitalism*, in *Politics & Society*, 4, 2011, p. 521

contrattazione collettiva di prossimità, si è caratterizzata in maniera molto più significativa, in una logica di *deregulation*, come abolizione o deroga in *peius* delle discipline esistenti.

Per tali ragioni, è ancor più decisivo, a fronte di un'erosione del piano regolativo nazionale verso una "localizzazione"<sup>831</sup> potenzialmente disarticolante – come emerge nel caso della contrattazione aziendale evocata dall'art. 8 della l. 148/2011 –, leggere i fenomeni sul piano decentrato-territoriale: il contesto peculiare del Trentino offre una serie di spunti che consentono un'analisi su più ambiti regolativi.

#### 4. I case studies del contesto giuridico-territoriale trentino.

La tendenza deregolativa nel quadro sovranazionale e nazionale, appena descritta, si traduce, come si vedrà a partire dai singoli *case studies* riferiti al contesto trentino, in esigenza di coordinamento degli assetti giuridico-istituzionali subnazionali e, in questo caso, territoriali.

Infatti, in senso contrario alle spinte deregolamentative, emerge a livello di sistemi regolativi subnazionali, come nel caso della Provincia autonoma di Trento, la volontà, già da tempo perseguita, di ricentrare le politiche pubbliche e del lavoro in mano agli attori socio-istituzionali presenti nel contesto territoriale.

Si tratta di una scelta già presente da tempo, come emerge dall'art. 1 della "Legge provinciale sul lavoro" n. 19 del 16 giugno 1983<sup>832</sup>, la quale, individuando le finalità e la programmazione degli interventi di politiche del lavoro territoriali, afferma che

al fine di contribuire a rendere effettivo il diritto al lavoro e l'elevazione professionale dei lavoratori ai sensi degli articoli 1, 4 e 35 della Costituzione [...] la Provincia promuove l'orientamento e la formazione professionale dei lavoratori, controlla ed indirizza la mobilità del lavoro, osserva e orienta il mercato del lavoro, contribuendo a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'accesso al lavoro di tutti i cittadini e particolarmente dei giovani, delle donne e dei disabili<sup>833</sup>.

Per questa ragione, la politica del lavoro territoriale, legislativamente definita sul piano locale, è inserita nella politica di sviluppo economico- sociale anch'essa territoriale ed armonizzata con gli

ss., ora anche ID., *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune in direzione neoliberista*, in M. CARRIERI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, p. 189 ss.

<sup>831</sup> Sottolinea l'ordine giuridico come atto appunto di localizzazione in quanto iscrizione territoriale A. PERULLI, *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in RIDL, 4, 2013, p. 929 ss.

<sup>832</sup> Su cui si prenderà in considerazione il *case study* riguardante gli ammortizzatori sociali; v. *infra* nel testo § 4.2.

<sup>833</sup> S. VERGARI, *Fenomeni evolutivi ed impostazione delle politiche del lavoro*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 187, per il quale «l'azione di orientamento del mercato del lavoro si pone, così, quale necessario *posterius* dell'osservazione dei fenomeni in atto, componendo con quest'ultima un binomio inscindibile, codificato nella formula legislativa per la quale "la Provincia autonoma (...) osserva e orienta il mercato del lavoro"» ai sensi dell'art. 1, co. 2 della legge provinciale sul lavoro. Letto in questi termini l'assetto di sistema precede gli obiettivi, e in tal modo si può scorgere quel meccanismo della condivisione su cui si basa il concetto di capitale sociale. V. il contributo di M. COLASANTO in questo volume.

interventi di politica settoriale finalizzata al mantenimento e potenziamento dei livelli occupazionali<sup>834</sup>.

In sostanza, l'obiettivo è quello di ricercare – e qui si ritrova il tratto distintivo della peculiarità trentina – “la partecipazione delle forze sociali e particolarmente delle organizzazioni sindacali, imprenditoriali e professionali” con la collaborazione dei comprensori, adottando un piano degli interventi di politica del lavoro pluriennale<sup>835</sup>.

#### 4.1. Primo ambito regolativo: modello trentino di concertazione socioeconomico-istituzionale.

Alla luce della cornice descritta, il primo sistema oggetto d'indagine e monitoraggio riguarda il potere e la capacità di regolazione all'interno di “contenitori” quali: il “Tavolo appalti” istituito presso la Provincia autonoma di Trento; gli accordi di procedura negoziale tripartiti volti a promuovere impegni occupazionali in cambio della concessione di aiuti finanziari pubblici alle imprese per investimenti e ricerca ai sensi della l.p. 6/1999; e, da ultimo la costituzione del “Fondo sanitario integrativo”<sup>836</sup>.

Il sistema che riguarda il “Tavolo appalti” consiste in una sede all'interno della quale è stato definito, tramite una pratica concertativo-istituzionale territoriale, un “Protocollo di condivisione” in materia di aggiudicazione degli appalti di servizi, sottoscritto il 4 novembre 2010, che ha sostituito la precedente intesa che consisteva in un protocollo sottoscritto dieci anni prima tra istituzioni provinciali e organizzazioni sindacali, mediante il quale si dava avvio all'organismo in questione<sup>837</sup>.

Nel protocollo sottoscritto nel 2010 si afferma che:

in materia di appalti, in particolare di forniture e servizi, appare opportuno procedere alla definizione di criteri e procedure uniformi volti a contenere il ricorso all'aggiudicazione al massimo ribasso, a tutelare maggiormente i lavoratori ed a garantire condizioni di equa partecipazione delle imprese alle gare, adottando, in particolare, il “criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa” ogni qualvolta con tale criterio possa intendersi più adeguato per una maggiore qualità del servizio o della o fornitura e non essendo motivatamente, il ribasso sul prezzo, l'unico parametro di valutazione.

Rispetto ai profili di maggior attinenza alla tutela dell'occupazione locale, è inoltre prevista nel protocollo la seguente clausola:

<sup>834</sup> In proposito, M. NAPOLI, *Il disegno di legge della Provincia autonoma di Trento su l'organizzazione degli interventi di politica del lavoro*, in ID., *Politiche del lavoro occupazione e diritto. Idee ed esperienze (1983-1986)*, Milano, 1988, p. 105 ss. (anche ID., *Tutela dell'occupazione e politica del lavoro. Il ruolo delle Regioni negli anni '80. Modelli normativi a confronto*, in RGL, 1983, p. 178 ss.); P.A. VARESI, *Agenzie del lavoro: le esperienze territoriali*, in QDLRI, 2, 1987, p. 75 ss. Più di recente, S. VERGARI, *Fenomeni evolutivi ed impostazione delle politiche del lavoro*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 189 ss.; più recentemente, ID., *Il lavoro*, in M. MARCANTONI, G. POSTAL, R. TONIATTI (a cura di), *Quarant'anni di autonomia. Le istituzioni e la funzione legislativa*, Vol. II, Milano, 2011, p. 399 ss.

<sup>835</sup> Nel concreto, operano la Commissione provinciale per l'impiego, l'assistenza e l'orientamento dei lavoratori nell'avviamento al lavoro e per il controllo sul collocamento (che è “l'organismo di programmazione, propulsione e controllo degli interventi di politica del lavoro nella provincia”: art. 5, l.p. 19 del 1983) e l'Agenzia del lavoro (che “fornisce alla commissione provinciale per l'impiego l'assistenza tecnica per lo svolgimento nonché per l'elaborazione del piano degli interventi di politica del lavoro”: art. 7, *ibidem*).

<sup>836</sup> Sull'Osservatorio è consultabile la seguente scheda sul fondo sanitario integrativo in Trentino: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2494](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2494).

<sup>837</sup> Per i componenti del tavolo e altri riferimenti si rinvia alla seguente pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2139](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2139).

sul territorio della Provincia, al fine di tutelare i livelli occupazionali, la sicurezza e la qualità del servizio agli utenti ed al fine di evitare una concorrenza sleale fra le imprese, i capitolati dovranno prevedere che l'appaltatore, il concessionario e il subappaltatore di servizi di pubblica utilità siano tenuti ad applicare al personale impiegato nell'appalto le condizioni economico-normative non inferiori a quelle previste dal contratto collettivo nazionale individuato tra i contratti collettivi nazionali e rispettivi accordi integrativi territoriali, ove esistenti, applicabili per il rispettivo settore di attività, che sia stato stipulato dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale e che sia applicato in via prevalente sul territorio provinciale.

Tale previsione è stata ulteriormente integrata nel corso dei primi mesi del 2013, quando presso il medesimo tavolo istituzionale-concertativo un ulteriore Protocollo ha previsto la specificazione delle voci di riferimento: minimi retributivi, mensilità aggiuntive ed eventuali premi di risultato del contratto collettivo nazionale e provinciale; maggiorazione per lavoro straordinario, festivo notturno e supplementare; trattamento economico per malattia, infortunio e maternità; R.O.L. ed ex festività; e un'indennità appalto per l'eventuale differenza tra contratto collettivo nazionale ed eventuale contratto collettivo provinciale<sup>838</sup>.

La ragione di tale previsione, volta a riconoscere in maniera uniforme l'applicazione del contratto collettivo in maniera integrale a tutti coloro che operano nel medesimo luogo di attività ed il medesimo trattamento, è quella di cercare in tal modo di evitare un possibile effetto di *dumping* sociale.

In questa direzione, nel noto caso *Rush Portuguesa*<sup>839</sup>, la Corte di giustizia ha affermato che

il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati<sup>840</sup>.

Affermazione sulla quale, però, la giurisprudenza comunitaria successiva ha avuto modo di riportare il bilanciamento a favore delle libertà di circolazione<sup>841</sup>.

<sup>838</sup> Tale previsione si inserisce nell'auspicio di chi, vedendo con favore l'esperienza degli accordi trilaterali sugli appalti in un'ottica di responsabilità sociale comune alle imprese e agli stessi soggetti pubblici, si spinge verso la possibilità di "coniugare l'obiettivo di soddisfazione di esigenze generali della collettività (o comunque funzionale allo svolgimento delle attività istituzionali delle amministrazioni interessate) con la promozione di rilevanti obiettivi di integrazione sociale". Così F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in RGL, 4, 2006, p. 775.

<sup>839</sup> CGCE, C-113/89, 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa Lda e Office national d'immigration*, in DPL, 30, 1990, p. 1965 ss., con nota di M. BIAGI, *Il lavoro in appalto nella CEE*.

<sup>840</sup> CGCE, C-138/89, cit., p. 15 e 18. Al riguardo, D. GOTTARDI, *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in LD, 3, 2008, p. 569.

<sup>841</sup> Per un'analisi storico-giuridica dell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria si rinvia a U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit.

Infatti, le sentenze del “quartetto”, com’è stato precedentemente visto, in maniera coerente con un’interpretazione neoclassica della costituzione economica europea di deviazione rispetto ad una tradizionale concezione ordoliberal, rappresentano il rifiuto del “compromesso”<sup>842</sup>, ottenuto all’epoca del Trattato di Roma, tra integrazione economica a livello transnazionale e istituzioni nazionali: e il caso *Rush Portuguesa* ne ha rappresentato l’emblema evidente, nel momento in cui ha sostenuto il principio dell’efficacia territoriale del diritto del lavoro, di fronte alle norme del Trattato che tutelavano, e ancora tutelano, i diritti alla libera circolazione nella prestazione di servizi. Così, nella stessa linea si è inserita anche la pronuncia *Albany*<sup>843</sup>, dove il diritto del lavoro e la contrattazione collettiva venivano tutelati dall’applicazione integrale delle regole sulla libera concorrenza.

In questa cornice di evoluzione delle regole del mercato europeo, a livello legislativo europeo e nazionale, in materia di appalti pubblici, occorre tener presente i vari fattori che contribuiscono a creare il quadro normativo complessivo articolato tra il piano nazionale e quello sovranazionale.

L’ordinamento nazionale ha infatti recepito la direttiva in materia di appalti pubblici n. 2004/18, recentemente modificata all’inizio del 2014<sup>844</sup>, come si dirà più avanti, con il d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), al cui art. 81 viene confermata la possibilità di selezionare l’aggiudicatario in base al criterio dell’offerta “economicamente più vantaggiosa”, o a quello del “prezzo più vantaggioso”, o a quello del “prezzo più basso”<sup>845</sup>.

Nel primo caso, il criterio di aggiudicazione si giustifica con l’obiettivo di identificare la migliore offerta sotto il profilo economico-qualitativo affermando che “quando il contratto è affidato con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell’offerta pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo, [...] e le caratteristiche ambientali” (art. 83), e non vengono menzionati gli aspetti sociali e occupazionali.

Tuttavia, la significativa modifica intervenuta a livello europeo ha apportato una rilevante inversione di rotta rispetto all’assetto precedente: il nuovo art. 70 della direttiva 2014/24, sopra anticipata, consente di condizionare l’esecuzione dell’appalto a “considerazioni di ordine ambientale, sociale o relative all’occupazione”, riferimento aggiunto rispetto al testo previgente del 2004, che si combina con la previsione in materia di aggiudicazione.

Quest’ultima nel testo attuale prevede all’art. 67 che l’ “offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell’Amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del

<sup>842</sup> S. DEAKIN, *op. cit.*, p. 689.

<sup>843</sup> CGCE, C-67/96, 21 settembre 1999, *Albany*, in *MCR*, 3, 2000, p. 635 ss., con nota di P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*; in *RGL*, 4, 2000, p. 281 ss., con nota di A. ANDREONI, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di giustizia (riflessioni sul caso Albany)*; in *RIDL*, 2, 2000, p. 225, con nota di M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell’ordinamento comunitario e nazionale*; in *LG*, 8, 2000, p. 22 ss., con nota di A. ALLAMPRESE, *Diritto comunitario della concorrenza e contratti collettivi*.

<sup>844</sup> Cfr. in materia anche l’Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, consultabile alla seguente pagina: [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it).

<sup>845</sup> Per un primo commento al nuovo testo v. A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in *RGL*, 1, 2014, p. 169.

costo [...] e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali”.

Questa novità legislativa s’inserisce in modo dialettico e correttivo all’interno di un’opzione giurisprudenziale che vede con la pronuncia *Rüffert*<sup>846</sup> sancire l’illegittimità di una clausola sociale prevista nella legislazione tedesca rispetto alla direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996, in relazione al distacco dei lavoratori nell’ambito di un appalto transnazionale dei servizi, interpretata alla luce del principio della libera prestazione dei servizi ai sensi dell’art. 56 TFUE<sup>847</sup>.

In tale circostanza, una disposizione normativa del Land tedesco della Bassa Sassonia prevedeva che gli appalti pubblici potessero essere assegnati solo alle imprese che si fossero impegnate a corrispondere ai propri dipendenti una retribuzione non inferiore a quella minima prevista nei contratti collettivi del luogo di esecuzione dell’appalto e comunque pari al salario minimo obbligatorio previsto dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale sia nei confronti dell’aggiudicatario sia nei confronti dei subappaltatori.

A fronte della revoca subita da un subappaltatore polacco che retribuiva dipendenti distaccati dalla Polonia secondo parametri inferiori a quelli previsti dal contratto collettivo del luogo di esecuzione nel Land tedesco, la Corte ha affermato che nel caso di lavoratori distaccati nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionale “le tariffe salariali previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale a norma dell’art. 3.8 [della direttiva 96/71/CE]” non sono da ricondurre al contratto collettivo oggetto della controversia rispetto alle previsioni di cui agli artt. 3.1 e 3.8, dir. 96/71/CE. Secondo la CGUE il contratto collettivo non ha, per sua natura, efficacia *erga omnes* ed il suo effetto vincolante “si estende solamente ad una parte del settore edilizio”, in particolare a quello degli appalti pubblici e non anche a quello degli appalti privati, nonostante il diverso avviso dell’avvocato generale nelle conclusioni della medesima causa<sup>848</sup>.

In questo modo, è stata interpretata restrittivamente la nozione di “disposizioni di ordine pubblico”<sup>849</sup> che in base alla direttiva era utile a giustificare l’imposizione alle imprese straniere di

<sup>846</sup> CGCE, 346/06, 3 aprile 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, in *RCDL*, 3, 2008, p. 878 ss., con nota di S. BORELLI, *La Corte di giustizia, l’edile polacco e l’art. 36 dello Statuto dei lavoratori*; in *RIDL*, 3, 2008, p. 479 ss., con nota di V. BRINO, *Gli equilibri della Corte di giustizia: il caso Rüffert*; in *ADL*, 6, 2008, p. 1407 ss., con nota di A. DE SALVIA, *Non c’è due senza tre: la Corte di giustizia nel caso Rüffert*.

<sup>847</sup> Su cui, criticamente, da ultimo G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 128 ss.

<sup>848</sup> Secondo l’avvocato generale Y. Bot, nelle conclusioni presentate il 20 settembre 2007, essendo “fuor di dubbio” che vi sia nel Land tedesco una restrizione alla libera prestazione di servizi, la clausola sociale è compatibile con la direttiva 96/71/CE proprio valorizzando la logica delle previsioni del testo sul distacco transnazionale al fine di evitare la disparità di trattamento tra imprese nazionali e imprese stabilite in altri Stati membri (p. 102-104).

<sup>849</sup> Da ultimo, per il problema persistente della legittimazione delle clausole sociali negli appalti pubblici attraverso un’interpretazione delle nozioni di “livello di tutela minimo a favore dei lavoratori distaccati” e “ordine pubblico”, previste nella direttiva distacco, v. S. COSTANTINI, *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, Paper presentato al Convegno Internazionale di Studio *Dall’impresa a rete alle reti d’impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Milano 26-27 giugno 2014, testo disponibile alla seguente pagina: [www.diprist.unimi.it/reti\\_impresa/papers/13.pdf](http://www.diprist.unimi.it/reti_impresa/papers/13.pdf). Precedentemente, ID., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 196/2014.



numerose norme del diritto nazionale e di quanto previsto dai contratti collettivi anche territoriali, consentendo soltanto l'imposizione di *standards* minimi di tutela. L'orientamento giurisprudenziale è stato tuttavia oggetto di numerose critiche, tra cui quella di svelare la natura della Direttiva come strumento di regolazione del mercato interno dell'Ue piuttosto che di politica sociale<sup>850</sup>.

I principi enunciati allora dalla Corte, di cui si riscontra un attivismo giudiziario in virtù di "un'autonomia apparentemente incontrastata nell'elaborazione delle proprie strategie giudiziarie" a fronte della carenza di adozione di misure di armonizzazione positiva da parte delle istituzioni politiche dell'Unione europea<sup>851</sup>, sono di evidente rilevanza anche per l'ordinamento italiano. Essi sarebbero tali da mettere in discussione la legittimità delle norme di diritto interno (art. 36 dello Statuto dei lavoratori e art. 118, co. 6 del Codice degli appalti) che prescrivono di rispettare integralmente i contratti collettivi firmati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative come condizione di esecuzione dell'appalto.

Il percorso da ultimo intrapreso a livello di legislazione europea in materia di appalti pubblici, tuttavia, pare superare<sup>852</sup>, a favore di una dimensione sociale più rispettosa dei singoli ordinamenti, quanto affermato a livello giurisprudenziale con la pronuncia *Rüffert*, portando a ritenere legittimo il potere degli Stati membri di regolare gli appalti pubblici in modo da evitare il prodursi di dinamiche di *dumping*, reso possibile dal mancato rispetto dei contratti collettivi, nonostante l'assenza di efficacia *erga omnes*.

I riflessi della sentenza *Rüffert* sull'ordinamento italiano possono essere estremamente rilevanti, se letti alla luce di un unico caso, a quanto consta, che ha coinvolto una vicenda riguardante il distacco transnazionale con l'Alto Adige. Infatti, il TAR di Bolzano ha esaminato la compatibilità della normativa italiana di trasposizione della disciplina sul distacco transnazionale (d.lgs. n. 72 del 2000) con riferimento all'obbligo di iscrizione alle casse edili della Provincia autonoma di Bolzano, con riguardo ai trattamenti determinati in base all'attività dell'appaltatore, non derivante dal contratto collettivo nazionale.

In questa circostanza, il giudice amministrativo si è trovato a valutare la legittimità di tale clausola sociale, che comportava l'obbligo di iscrizione alla locale Cassa edile, considerando le prestazioni erogate dalla Cassa stessa e valutando se l'onere contributivo gravante sull'impresa straniera aggiudicataria dell'appalto fosse o meno giustificato dall'assenza di analoghe prestazioni previste dall'ordinamento dello Stato d'origine<sup>853</sup>.

<sup>850</sup> W. CHIAROMONTE, G. ORLANDINI, *La mobilità dei lavoratori nell'Unione europea*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010, p. 237.

<sup>851</sup> In questi termini, M. DANI, *op. cit.*, p. 131.

<sup>852</sup> Più cauto il parere di chi ritiene comunque che con la nuova direttiva rimangano le "tensioni e contraddizioni irrisolte interne al processo di integrazione europea, frutto di visioni contrapposte delle quali si fanno portatori gli attori istituzionali, politici e sociali che di tale processo sono il motore". Così A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 174.

<sup>853</sup> TAR-Sezione autonoma Provincia di Bolzano 19 aprile 2005, n. 140, in *DRI*, 2, 2006, p. 450 ss., con nota di J. TSCHOLL, *L'obbligo di iscrizione alla cassa edile da parte delle imprese comunitarie*. Tale pronuncia è stata confermata dal Consiglio di Stato, sez. IV, 1 marzo 2006, n. 928, III, in *FI*, 2007, p. 266 ss. Il testo della pronuncia del TAR è possibile consultarla alla seguente pagina dell'Osservatorio: [www.diritti.socialitrentino.it/?p=6059](http://www.diritti.socialitrentino.it/?p=6059).

Nella pronuncia, il giudice ha optato per l'illegittimità di tale clausola sulla base di un'interpretazione della norma del Trattato dell'Unione (allora Trattato della Comunità europea) in materia di libera prestazione dei servizi e della direttiva sul distacco transnazionale della manodopera, che, da un lato, "non ne esclude „a priori“ la legittimità, ma [che] impone ne sia vagliato il contenuto alla luce del principio di necessità e proporzionalità", in linea con quanto affermato dall'avvocato generale nelle conclusioni della sentenza *Rüffert*<sup>854</sup> sopra richiamata. La sentenza non ha pertanto seguito l'assunto dalla Corte di giustizia nella medesima pronuncia che ne ha escluso l'efficacia in assenza dell'*erga omnes* del contratto collettivo di lavoro nel sistema nazionale<sup>855</sup>.

Stante l'assenza di efficacia *erga omnes*, in dottrina ci si è condivisibilmente chiesto se, pur concordando con l'impostazione del giudice bolzanino per cui l'applicazione integrale della normativa nazionale al prestatore transnazionale in distacco è illegittima rispetto alla direttiva comunitaria, tuttavia, in ragione dell'impronta che dà il principio di *favor* alla disciplina giuslavoristica, si possa configurare comunque un'interpretazione conforme al diritto comunitario, ora dell'Unione europea, nel senso di interpretare la normativa nazionale che prescriva l'applicazione integrale del diritto del lavoro ai lavoratori in distacco diretta "all'applicazione delle condizioni di lavoro più favorevoli *solo* nel- l'ambito delle materie indicate e in quelle di ordine pubblico ai sensi della Direttiva"<sup>856</sup>.

Compite queste considerazioni, rispetto al caso territoriale trentino, l'assenza di efficacia *erga omnes* si "bilancia" con una scelta regolativa territoriale e condivisa che consente di giungere, tramite lo strumento del Tavolo appalti, all'individuazione e, per certi versi, alla localizzazione del diritto, in questo caso con riferimento al contratto collettivo. Si è prodotta in tal modo una soluzione di carattere territoriale con l'obiettivo di tutelare l'occupazione ed evitare la concorrenza sleale fra imprese, che può entrare in collisione con la citata giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale obiettivo di tutela pare ora salvaguardato dalla recente direttiva appalti, volta a riconoscere un maggior peso e rilievo agli aspetti sociali e di coesione del tessuto socio-produttivo dei singoli contesti territoriali, come appunto quello trentino, e di cui già si riscontrano i richiami nelle prime intese sottoscritte<sup>857</sup>.

<sup>854</sup> Il quale afferma: "d'altra parte, occorre rilevare che le disposizioni controverse della legge del Land si applicano indistintamente ai prestatori di servizi nazionali ed a quelli stabiliti in altri Stati membri. In altri termini, l'obbligo di rispettare la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo di esecuzione delle prestazioni grava tanto sui prestatori di servizi stabiliti in Germania quanto sui prestatori stabiliti in altro Stato membro" (p. 104).

<sup>855</sup> G. ORLANDINI, Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, p. 70-71.

<sup>856</sup> Tra i numerosi contributi in tema si segnala S. NADALET, *L'attuazione della direttiva 96/71 in Italia*, in *LD*, 1, 2008, p. 45. Si può convenire con chi ha considerato come frutto del nesso di causa-effetto, a fronte dell'assenza di efficacia generale *erga omnes* del contratto collettivo in Germania, la proposta ivi avanzata all'inizio del 2014 di introdurre per legge standard minimi salariali. Così G. ORLANDINI, *Nuova direttiva sugli appalti pubblici: passi avanti, ma clausole sociali ancora a rischio*, in *Diritti&Lavoro. Idee e strumenti per il sindacato*, 2, 2014, p. 6. Tra l'altro, è interessante notare che nell'attuazione della proposta in Germania si è fatto strada il meccanismo della valutazione: cfr. A. SPERMANN, *Salario minimo in cerca di valutazione*, in *Lavoce.info*, 10 giugno 2014, consultabile alla seguente pagina: [www.lavoce.info/salario-minimo-in-cerca-valutazione/](http://www.lavoce.info/salario-minimo-in-cerca-valutazione/).

<sup>857</sup> Ci si riferisce al Protocollo d'intesa tra la Provincia autonoma di Trento e la Federazione trentina della Cooperazione per il rafforzamento dello sviluppo del territorio attraverso il sistema della Cooperazione trentina, sottoscritto nel giugno 2014 e consultabile all'interno dell'Osservatorio. All'interno del Protocollo viene dato conto dell'interesse delle nuove direttive appalti che "pongono forte attenzione alle questioni legate agli aspetti sociali e di interesse pubblico" e nello specifico "concentrano l'attenzione sulla crescita

#### 4.1.1 (segue) Sviluppo della concertazione territoriale e “scambio politico-sociale”: finanziamenti-tutela dell’occupazione.

Il decentramento sempre più marcato della contrattazione collettiva, come anticipato, va preso in esame secondo due modelli polarizzanti: da un lato, il riorientamento, tipico dei paesi dell’Europa ad eccezione della Gran Bretagna, del ruolo delle organizzazioni di rappresentanza degli interessi verso una più marcata attività di coordinamento, secondo lo schema del c.d. decentramento “organizzato”, per cui all’interno di tale modello gli accordi collettivi di livello superiore definiscono una struttura all’interno della quale le organizzazioni di rappresentanza, a livello decentrato, possano trovare accordi specifici e flessibili, adattabili a seconda dei singoli contesti produttivi, a livello territoriale o aziendale; dall’altro, la tendenza del decentramento “disorganizzato”, tipica della maggior parte dei paesi anglosassoni, dove il decentramento della contrattazione ha provocato un declino significativo della contrattazione collettiva, per cui le organizzazioni di rappresentanza hanno perso il controllo della regolazione del mercato del lavoro<sup>858</sup>.

Alla luce di questa tendenza, in una logica di decentramento socio- istituzionale coordinato si muovono, con l’ausilio della finanza pubblica, a livello di legislazione territoriale e con la partecipazione alle decisioni da parte delle organizzazioni di rappresentanza del lavoro, gli “Interventi della Provincia per il sostegno dell’economia e imprenditorialità locale, femminile e giovanile. Aiuti per i servizi alle imprese, alle reti d’impresa, all’innovazione e all’internazionalizzazione” (l.p. 6 del 1999, più volte modificata nel corso degli anni), meglio conosciuta come “Legge provinciale sugli incentivi alle imprese”.

Tale provvedimento si basa su cinque principi fondamentali: armonizzazione degli aiuti alle imprese nei vari settori economici (industria, artigianato, turismo, commercio, cooperazione); snellimento amministrativo; attenzione alle piccole imprese e all’economia periferica; sostegno alla qualità dell’impresa e del lavoro con investimenti, in materia di lavoro, volti a tutelare la sicurezza nei luoghi di lavoro, alla realizzazione di progetti di ricerca e innovazione tecnologica; infine, gli interventi di sistema, tramite la società, partecipata dalla Provincia, “Trentino Sviluppo s.p.a.”<sup>859</sup>.

Uno degli aspetti più significativi per il governo del contesto economico e del mercato del lavoro locale riguarda la disciplina contenuta nell’art. 14 *bis* della citata legge in materia di “Procedura

---

intelligente e sostenibile, sull’inclusione sociale e professionale di persone svantaggiate. Prevedono un forte innalzamento delle soglie di rilevanza comunitaria con riferimento ad appalti di servizi sociali o speciali di tipo sanitario, sociale, assistenziale, educativo e culturale”. Per queste ragioni, le parti si impegnano a “concretizzare in proposte specifiche, anche di riforma legislativa, regolamentare ovvero amministrativa (coinvolgendo anche il “Tavolo Appalti”) ove necessario, gli intendimenti contenuti nel presente documento”.

<sup>858</sup> Secondo la nota formula di F. TRAXLER, *Farewell to labour market associations? Organised versus disorganised decentralisation as a map for industrial relations*, in C. CROUCH, F. TRAXLER (eds.), *Organized Industrial Relations in Europe: What Future?*, Avebury, 1995, p. 3 ss., ripreso da I. REGALIA, *Tendenze al decentramento contrattuale, tra esigenze di competitività delle imprese, tutela del lavoro, coordinamento degli esiti*, in *DRI*, 3, 2003, p. 428 ss. Più recentemente, T. TREU, *Gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, in *QRS*, 1, 2011, p. 51 ss.

<sup>859</sup> Sul punto, P. SPAGNI, *La politica economica del “Secondo Statuto”*, in M. MARCANTONI, G. POSTAL, R. TONIATTI (a cura di), *op. cit.*, p. 363 ss. L’Autore delinea le politiche di sviluppo locale articolato su tre periodi coincidenti indicativamente con i tre decenni che seguono il Secondo Statuto d’Autonomia, dal 1971 al 2001, p. 353 ss.

negoziale”<sup>860</sup>, consistente in un meccanismo di gestione compartecipata a livello triangolare (Provincia, aziende e organizzazioni sindacali) mediante il quale si dispone riguardo alla possibilità di sottoporre al Dipartimento Industria, Artigianato e Miniere dell’Assessorato provinciale all’Industria, Artigianato, Commercio e Cooperazione<sup>861</sup>, una domanda di finanziamento per investimenti e ricerca applicata.

Infatti, a seguito della presentazione della domanda di contributo, viene svolta un’istruttoria da parte del Comitato per gli incentivi alle imprese, e, in un secondo momento, avviene una peculiare negoziazione delle ricadute sia economiche sia sociali del contributo, esaminando congiuntamente gli effetti che possono discendere sul piano economico e su quello sociale. In seguito, viene sottoscritto un verbale che attesta l’accordo raggiunto tra l’istituzione Provincia, l’impresa e l’organizzazione sindacale dei lavoratori.

All’interno di questo accordo, che ricalca il modello d’intese trilaterali tra Provincia e parti sociali, assumendo così un ruolo specifico sul piano delle fonti di produzione<sup>862</sup>, è prevista la sottoscrizione trilaterale di impegni di natura occupazionale, amministrativi e finanziari da parte dell’azienda nei confronti delle organizzazioni sindacali e dell’ente provinciale, ai fini dell’ottenimento del contributo.

A titolo esemplificativo, per conseguire il contributo per la realizzazione di un progetto di ricerca, l’impresa, o congiuntamente più imprese proponenti un progetto comune, s’impegna a perseguire, primariamente, l’obiettivo di conservare un assetto produttivo volto a garantire, mantenere o raggiungere un livello occupazionale entro un certo arco di tempo, fatte salve possibili deroghe entro margini di oscillazione in riduzione non superiori ad una certa percentuale.

Oltre a sottoporre ad una verifica congiunta in maniera periodica la situazione occupazionale e gli impegni contenuti nell’accordo, contestualmente, sul piano amministrativo e finanziario, l’impresa proponente si impegna a versare le imposte, a mantenere la sede legale in Trentino, senza cedere a terzi i risultati della ricerca e delle invenzioni industriali per un tempo prestabilito nell’accordo negoziale<sup>863</sup>.

In questo modo, del decentramento coordinato a livello territoriale si può ravvisare un altro esempio, che riguarda il versante del welfare e consiste nella costituzione del “Fondo Sanitario Integrativo della Provincia di Trento - Fondo Sanitario Integrativo del Servizio Sanitario Nazionale”, costituito da numerosi attori socio-istituzionali: si tratta del fondo sanitario integrativo

<sup>860</sup> In proposito anche il contributo di G. BOLEGO in questo volume. All’interno dell’Osservatorio c’è una pagina contenente le procedure negoziali finora sottoscritte e approvate: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2749](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2749).

<sup>861</sup> Oggi Assessorato allo Sviluppo Economico e Lavoro.

<sup>862</sup> Sul tema delle fonti delle politiche del lavoro provinciali, S. VERGARI, *Fenomeni evolutivi ed impostazione delle politiche del lavoro*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 186.

<sup>863</sup> In un secondo momento, il contenuto del verbale è recepito da una deliberazione della Giunta della Provincia che approva gli elementi riguardanti il contributo da concedere all’impresa, soggetto alla condizione di essere oggetto di revoca qualora non vengano osservati gli obblighi stabiliti e gravanti sull’impresa (art. 16). Nel testo della legge provinciale è rimarcato più volte il rispetto delle disposizioni europee in materia di aiuti di Stato. In dottrina, da ultimo, in tema, L. TEBANO, *Sostegno all’occupazione e aiuti di Stato “compatibili”*, Padova, 2012, p. 21 ss.

della Provincia di Trento (Sanifonds) per i lavoratori dipendenti, sia per il pubblico impiego che per i settori del privato<sup>864</sup>.

Occorre, tuttavia, precisare che anche una previsione di tale tipo può incontrare, ai sensi del diritto giurisprudenziale dell'Unione europea, un profilo di criticità: la Corte di giustizia, nel 2010, ha accolto il ricorso della Commissione europea nei confronti della Germania, affermando che la stipulazione da parte di alcuni comuni tedeschi di accordi quadro relativi alla previdenza integrativa aziendale dei propri dipendenti direttamente con organismi o imprese già individuate dalla contrattazione collettiva, senza l'indizione di un bando di gara, costituisce una violazione delle normative comunitarie proprio in materia di appalti, mediante le quali viene data attuazione alle libertà riconosciute dal Trattato, ossia la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento<sup>865</sup>.

In sintesi, nel complesso, dall'indagine emerge che la capacità di trovare una soluzione regolativa a livello territoriale decentrato risulta significativa nella misura in cui, con lo scopo di perseguire un obiettivo occupazionale, che legittima l'erogazione di fondi pubblici anche secondo le regole europee in materia, l'intesa istituzionale-concertativa affida alla decisione delle parti l'individuazione del contratto collettivo applicabile, così da evitare che si creino i presupposti per la diffusione di altri tipi di contratti collettivi a livello aziendale come quelli legittimati dal citato art. 8 in materia di contrattazione di prossimità, che, come si è sopra ricordato, ha potenzialmente un effetto disarticolante e di scoordinamento nel sistema.

#### 4.2. Secondo ambito regolativo: delega di competenza in materia di ammortizzatori sociali e mercato del lavoro.

Il secondo ambito regolativo preso in considerazione dal monitoraggio è l'attuazione della delega trentina in materia di ammortizzatori sociali<sup>866</sup> che entra in relazione con i principi di libera circolazione riconosciuti a livello europeo. È d'obbligo ricordare il nesso che tiene insieme l'idea di mercato, norme del lavoro e principi di libera circolazione, non solo dei fattori economici propriamente intesi, come i servizi, le merci e i capitali, ma anche delle persone: com'è stato affermato,

un mercato che si voglia qualificato da una genuina libertà di concorrenza non funziona se, nelle regioni in cui si estende, il lavoro è oggetto di norme troppo diverse. Ecco dunque la necessità di garantire ai lavoratori il diritto di spostarsi da un capo all'altro della Comunità ed ecco l'esigenza di sopprimere, tra le discrepanze legislative regionali, quelle che possono distorcere la competizione<sup>867</sup>.

<sup>864</sup> Se ne dà conto alla seguente scheda dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2494](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2494). Attenzione al testo è stata data da *Percorsi di Secondo Welfare* a questa pagina: [www.secondowelfare.it/parti-sociali/enti-bilaterali/trento-protocollo-assistenza-sanitaria-integrativa.html](http://www.secondowelfare.it/parti-sociali/enti-bilaterali/trento-protocollo-assistenza-sanitaria-integrativa.html).

<sup>865</sup> CGCE, C-271/08, 15 luglio 2010, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, in *DLM*, 2, 2011, p. 304 ss., con nota di R. SANTAGATA, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche dopo Lisbona: un altro controverso intervento della Corte di giustizia*. Vi è chi, invece, intravede un margine di apertura verso altri percorsi "di realizzazione della finalità sociale" (sentenza, p. 66) nel momento in cui si riconosce la possibilità di conciliare la materia degli appalti pubblici con le finalità sociali perseguite dal contratto collettivo. Così V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato*, Padova, 2012, p. 158.

<sup>866</sup> Al riguardo si rinvia al contributo interdisciplinare di M. COLASANTO in questo volume. Una scheda sugli ammortizzatori sociali in Trentino è consultabile alla seguente pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=534](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=534).

<sup>867</sup> G.F. MANCINI, *Principi fondamentali e diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *DCSI*, 1986, p. 588 ss.

A partire dalla fine del 2009, è in corso di implementazione nella Provincia autonoma di Trento la delega di competenza in tale materia. Infatti, la norma di attuazione sulla delega degli ammortizzatori sociali, adottata con il d.lgs. n. 28 del 2013, assegna alla competenza legislativa provinciale l'eventuale previsione d'interventi integrativi dei trattamenti statali, ampliando la tutela offerta ai lavoratori con un incremento della platea dei beneficiari oppure con l'aumento della misura o la durata dei trattamenti.

In tal modo, sono stati successivamente definiti con legge provinciale (l.p. 19/1983 e s.m.) gli strumenti d'intervento delle politiche passive del lavoro provinciali, prevedendo istituti a sostegno del reddito: reddito di continuità, rivolto a lavoratori sospesi dal lavoro, per il mantenimento dell'occupazione mediante il miglioramento della professionalità; reddito di attivazione, a sostegno dei lavoratori disoccupati nel periodo di ricerca attiva di lavoro; reddito di qualificazione, strumento di sostegno al reddito introdotto in via sperimentale fino all'anno 2015 (art. 4 *quater*) volto all'acquisizione di un titolo di studio a favore di giovani di età fino a trentacinque anni compiuti che a tal fine concordano con il datore di lavoro di sospendere o ridurre l'attività lavorativa (art. 4 *quater*); infine, lo strumento del reddito di garanzia già operante nel sistema di welfare provinciale, per il cui ottenimento è previsto il requisito di residenza continuativa da più di tre anni in un comune della Provincia di Trento al momento della domanda.

In proposito, anche i nuovi istituti prevedono una possibile soglia di residenzialità; il testo del decreto legislativo nazionale, infatti, afferma che:

nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e sulla base dei principi della legislazione statale, le province possono regolare la materia degli ammortizzatori sociali intervenendo sui requisiti e i criteri di accesso, nonché sui destinatari, la misura, la durata e le condizioni di mantenimento delle prestazioni prevedendo che le eventuali integrazioni rimangano esclusivamente a carico di risorse di bilancio delle medesime province [...].

E, inoltre, ai sensi dell'art. 2:

in relazione agli istituti di sostegno del reddito delle persone prive di un rapporto di lavoro, le province possono condizionare ad un periodo minimo di residenza sul territorio l'ottenimento delle prestazioni da esse disposte con carattere aggiuntivo rispetto alla corrispondente normativa statale.

Il requisito si applica indifferentemente ai cittadini italiani e a quelli stranieri. Tuttavia, si può profilare una questione di legittimità di tale requisito, sulla base del principio di eguaglianza e di non discriminazione, considerando anche la giurisprudenza della Corte di giustizia, nonché quella nazionale fornita dalla Corte costituzionale.

Infatti, la cornice giurisprudenziale in materia di accesso ai diritti sociali, con particolare riferimento agli interventi di natura previdenziale- assistenziale e di contrasto all'esclusione sociale, vede la giurisprudenza della Corte di giustizia, formatasi in materia di libera circolazione delle

persone ai sensi dell'art. 45 TFUE<sup>868</sup> estendere ai work-seekers, ossia i soggetti in cerca d'occupazione, il diritto di accedere alle stesse prestazioni di protezione sociale nello Stato membro ospitante rispetto ai lavoratori nazionali<sup>869</sup>.

Nello specifico del caso *Collins*, si trattava di un caso concernente un cittadino europeo, appena approdato in Gran Bretagna per cercare lavoro, che chiedeva di poter usufruire di un'indennità di carattere previdenziale prevista dal *Job-seekers Act* del 1995, per persone in cerca d'impiego, che impone la residenza in Gran Bretagna.

Di fronte al diniego dell'amministrazione inglese in quanto non residente abituale nello Stato membro, la Corte di giustizia è stata investita della questione e ha basato la sua risposta su una rilettura del diritto alla parità di trattamento ai sensi dell'art. 45 TFUE affermando che tale diritto non impedisce ad una normativa nazionale, come quella inglese, di subordinare il beneficio di un'indennità per persone in cerca di occupazione a una condizione di residenza, purché tale condizione possa essere giustificata sulla base di considerazioni oggettive indipendenti dalla cittadinanza e adeguatamente commisurate allo scopo perseguito dal legislatore nazionale<sup>870</sup>.

In sostanza, lo *status* di lavoratore migrante spetta a chiunque varchi la frontiera di uno Stato membro per svolgere attività lavorativa, indipendentemente che ciò comporti il trasferimento della residenza o della dimora abituale. Come è stato osservato, "dei medesimi diritti che spettano ai lavoratori permanenti sono titolari anche i lavoratori stagionali e transfrontalieri"<sup>871</sup>.

La Corte di giustizia, in tal modo, ha operato una ridefinizione del contenuto dello *status* del *job-seeker*, in presenza di un collegamento effettivo con il mercato del lavoro del paese ospitante, nel rispetto del principio di libera circolazione. L'apporto della Corte di giustizia ha ampliato l'accesso dei cittadini al welfare dei paesi ospitanti, così "innescando meccanismi virtuosi di solidarietà transnazionale che prefigurano futuri e possibili scenari di una dimensione solidaristico-retributiva di tipo propriamente sovranazionale"<sup>872</sup>.

Un cedimento del rapporto esclusivo tra diritti fondamentali, in particolare nell'accesso ai diritti socio-assistenziali, e cittadinanza, di cui la residenza prolungata diviene espressione in ambito nazionale, si rinviene nell'opera di universalizzazione dei diritti compiuta dalla Corte costituzionale, nel luglio 2013<sup>873</sup>, in un caso concernente una misura territoriale trentina che riguarda l'assegno di cura concesso all'interno della disciplina della legge provinciale n. 15 del 24 luglio 2012

<sup>868</sup> CGCE, C-85/96, 12 maggio 1998, *Martinez-Sala*; C-138/02, 23 marzo 2004, *Collins*; più recentemente C-22/08 e C-23/08, 4 giugno 2008, *Vatsouras e Koupatantze*. Al riguardo, D. GOTTARDI, *La libera circolazione delle persone: dai lavoratori ai cittadini. L'impatto del principio della parità di trattamento*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., p. 1463 ss.

<sup>869</sup> Sui diritti del migrante disoccupato, S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 61 ss.

<sup>870</sup> S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012, p. 202 ss.

<sup>871</sup> W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, p. 219. Da ultimo, L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, 2013.

<sup>872</sup> A. ALAIMO, *Presente e futuro del modello sociale europeo: lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in *RGL*, 2, 2013, p. 268, che riprende anche S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 163.

<sup>873</sup> Corte cost. n. 172 del 2013. Sulla pronuncia v. A. LOLLO, *Continua il processo di universalizzazione dei diritti sociali*, in *Diritti Regionali – Osservatorio sulle autonomie*, consultabile alla seguente pagina: [dirittiregionali.org/2013/07/30/corte-cost-n-172-del-](http://dirittiregionali.org/2013/07/30/corte-cost-n-172-del-)

su “Tutela delle persone non autosufficienti e delle loro famiglie e modificazioni delle leggi provinciali 3 agosto 2010, n. 19 e n. 29 agosto 1983, n. 29, in materia sanitaria”, nella parte in cui tale normativa ha introdotto il requisito della residenza prolungata per almeno tre anni continuativi.

Rispetto a questo profilo, la Consulta ha rilevato l'irragionevolezza della disciplina, poiché non esiste una ragionevole correlazione tra il presupposto di ammissibilità al beneficio, che è appunto la residenza protratta nel tempo, e gli altri requisiti, come la situazione di bisogno e di disagio anche economico, riferibili direttamente alla persona non auto-sufficiente in quanto tale, che costituiscono le condizioni di fruibilità del- l'assegno.

Inoltre, la legge provinciale è stata ritenuta lesiva dell'art. 3 Cost. anche con riferimento alla limitazione dell'attribuzione dell'assegno ai soli soggetti in possesso della carta di soggiorno, in considerazione della contraddittorietà di tale requisito come presupposto per lo stato bisogno riferito alla persona in quanto tale<sup>874</sup>.

In ambito europeo, è esemplificativa della tendenza dell'estensione soggettiva all'accesso alle misure di welfare la pronuncia più recente della Corte di giustizia, nel caso *Kamberaj*<sup>875</sup>, vertente su un caso relativo all'accesso ad un diritto sociale, quale l'assistenza abitativa da parte di persona soggiornante di lungo periodo, in un territorio limitrofo a quello trentino, la Provincia autonoma di Bolzano.

La Corte di Lussemburgo si è pronunciata sulla parità di trattamento dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo nel riconoscimento della titolarità dei diritti sociali, in particolare l'assistenza abitativa: per la Corte non è compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa provinciale che riservi un trattamento sfavorevole, in materia di sussidi per l'alloggio, ai lungo soggiornanti (direttiva 2003/ 109/CE) rispetto ai cittadini dell'Unione europea, proiettando l'applicazione della regola della parità anche oltre la dimensione euro-unitaria.

Nel caso della controversia di Bolzano, sottoposta in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, si trattava del sussidio per l'alloggio previsto dalla Provincia autonoma di Bolzano ai sensi della l.p. n. 13 del 1998 e conseguente delibera della Giunta provinciale n. 1885 del 2009: la Corte, rammentando la necessità di conformarsi all'art. 34 della Carta di Nizza in materia di assistenza abitativa, ha affermato che viola il diritto dell'Ue una normativa nazionale o regionale, che preveda per i cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo un trattamento diverso rispetto a quello riservato ai cittadini dello Stato membro dove essi risiedono per quanto riguarda la determinazione annuale dei fondi destinati a tale sussidio.

2013-continua-il-processo-di-universalizzazione-dei-diritti-sociali/; A. GUARISO, *Passi avanti e passi indietro della Corte costituzionale in tema di universalità delle prestazioni sociali*, in *RCDL*, 1-2, 2013, p. 39 ss.

<sup>874</sup> Proprio per il soddisfacimento dei “bisogni primari” della stessa. Nelle parole della Corte “non è possibile presumere in modo aprioristico che stranieri non autosufficienti, titolari di un permesso per soggiornanti di lungo periodo – in quanto già presenti in precedenza sul territorio nazionale in base a permesso di soggiorno protratto per cinque anni – versino in stato di bisogno o disagio maggiore rispetto agli stranieri che, sebbene anch'essi regolarmente presenti nel territorio nazionale, non possono vantare analogo titolo legittimante”.

<sup>875</sup> CGUE, causa C-571/10, 24 aprile 2012, *Kamberaj c. Provincia autonoma di Bolzano*, con nota di F. BIONDI DAL MONTE, *Parità di trattamento e rapporti tra ordinamenti in una decisione della Corte di giustizia (24 aprile 2012)*, in *QC*, 3, 2012, p. 665 ss.; con nota di G. PELACANI, *La parità di trattamento dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo nell'accesso alle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6, 2012, p. 1233 ss.



In questo caso la Corte di giustizia è intervenuta sulla estensione ai cittadini extra Unione europea delle tutele riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza, che ha assunto efficacia giuridica vincolante a partire dal Trattato nel 2009, in particolare, con riferimento al diritto alle prestazioni di sicurezza sociale, benefici e assistenza sociale e abitativa “volta a garantire un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti”, come recita l’art. 34 del testo normativo.

Laddove infatti tale sussidio costituisca una “prestazione essenziale”, rientrerebbe nelle materie assoggettate al principio della parità di trattamento previsto dall’art. 11 della direttiva 109. Per la Corte

spetta al giudice nazionale procedere agli accertamenti necessari, prendendo in considerazione la finalità di tale sussidio, il suo ammontare, i requisiti per la sua attribuzione e la posizione da esso occupata nel sistema di assistenza sociale italiano.

L’operazione di deterritorializzazione giuridica compiuta dalla Corte, com’è stato sottolineato, non è da sola sufficiente a dare forma compiuta all’assetto delle modalità di solidarietà sociale post-nazionale nell’ambito dell’Ue, e nemmeno a riequilibrare le asimmetrie, menzionate sopra, fra dimensione economica e dimensione sociale nell’integrazione europea<sup>876</sup>.

Anche in questo ambito, la legislazione provinciale, caratterizzata dall’innovativo e inedito aumento di competenza in materia di ammortizzatori sociali, si muove lungo l’obiettivo di individuare l’ambito di applicazione a livello territoriale delle condizioni che permettono l’accesso al welfare, scontando però la possibile difficoltà di contenere l’estensione senza limiti della richiesta di solidarietà, alla luce della giurisprudenza richiamata, da parte di chi può avanzare la pretesa verso prestazioni di natura socio- assistenziale<sup>877</sup>.

#### 4.3. Terzo ambito regolativo: il dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia dell’Ue in materia di contratti di lavoro non standard nella pubblica amministrazione.

Il terzo ambito regolativo indagato riguarda i rapporti di lavoro non standard, in particolare quelli concernenti i rapporti di lavoro flessibili con le pubbliche amministrazioni, in cui spicca il comparto scuola per le ripercussioni sociali che ne derivano<sup>878</sup>.

<sup>876</sup> A. ALAIMO, *op. cit.*, p. 270 e S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 114.

<sup>877</sup> Sulla portata del diritto antidiscriminatorio v. l’introduzione di M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. XLV, che mette in risalto la stretta connessione tra tutela antidiscriminatoria e dignità della persona, evidenziando come il principio di uguaglianza sia una “leva di Archimede” che forza i limiti della ripartizione di competenze tra centro e periferia ed estende la giurisdizione delle Corti chiamate a darvi applicazione. In tema altresì A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro*, Padova, 2010.

<sup>878</sup> Per ulteriori considerazioni si rinvia ai contributi di C. ALESSI e R. SALOMONE in questo volume. Per una ricostruzione storica a partire dalla legislazione degli anni settanta v. E. ALES, *L’utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni: un’analisi genealogica*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano, 2013, p. 417 ss. Per il raffronto con il diritto giurisprudenziale della Corte di giustizia in materia L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell’Unione europea*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss.

L'evoluzione dinamica – per non dire labirintica<sup>879</sup> – delle fonti in materia, tra il piano europeo e quello nazionale, cui si aggiunge sul piano territoriale la legge provinciale di Trento n. 5 del 2006 sul reclutamento del personale scolastico, è riscontrabile in maniera significativa sulla questione della reiterazione dei contratti a termine nel lavoro pubblico contrattualizzato, stante la direttiva che recepisce l'accordo quadro in materia.

In termini di fonti, a livello nazionale, a norma dell'art. 2, co. 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Testo Unico del Pubblico Impiego), i rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le norme del medesimo decreto definitive "di carattere imperativo", tra cui spicca l'art. 36 che subordina il ricorso al contratto a termine alla sussistenza di esigenze eccezionali<sup>880</sup>.

Con riferimento al settore scuola, l'art. 70, co. 8 dello stesso decreto del 2001 ricomprende il personale della scuola "fatte salve le procedure di reclutamento". Le norme del lavoro pubblico privatizzato del testo unico del marzo 2001 si combinano con le norme in materia di lavoro a termine nel settore privato, disciplinate dal d.lgs. n. 368 del 2001, il cui art. 10, co. 4-bis esclude la conversione giudiziale dei contratti a termine nel settore scuola, qualora vi sia un utilizzo abusivo<sup>881</sup>, fermo restando quanto afferma ulteriormente l'art. 36 del testo unico.

Tuttavia, in sede giudiziaria, con un "gigantesco contenzioso"<sup>882</sup> è emersa a livello sia nazionale sia territoriale la problematica vertente la reiterazione di contratti a termine in tale settore, giunta al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea a partire da una serie di ricorsi, percorrendo così due binari:

<sup>879</sup> Per riprendere l'espressione di A. ANDREONI, *Il risarcimento del danno da abuso dei contratti a termine nel labirinto parametrico*, intervento al Convegno *Il dialogo tra le Corti e la tutela dei diritti fondamentali: i casi aperti sulla flessibilità nel lavoro pubblico e privato*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Foggia, 14-15 marzo 2014, inedito.

<sup>880</sup> Sul punto, L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *RGL*, 4, 2012, p. 699 ss. Rispetto al lavoro a termine, il recente d.l. 101 del 2013, convertito dalla l. 125 del 2013, ha modificato l'art. 36 del testo unico del 2001, dove ora si afferma: "per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Fermo restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro". In tema cfr. S. SCARPONI, *Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la riforma Fornero*, in *LPA*, 6, 2012, p. 979 ss.

<sup>881</sup> Comma introdotto nel 2011 che afferma "Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto".

<sup>882</sup> Lo riassume L. MENGHINI, *op. cit.*, p. 706-709. Nello stesso Osservatorio sono riportate le pronunce di merito e le varie correnti giurisprudenziali, a titolo esemplificativo, con cui si è innestata la ricentralizzazione, analizzate nel corso del Convegno *Il contratto di lavoro a termine nel settore pubblico: fonti ed evoluzione normativa* (Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento, 14 febbraio 2013), nell'ambito della presente ricerca e in occasione della presentazione dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=1829](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=1829).

1) in sede di giustizia di merito<sup>883</sup>, con rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo per chiarire se i dipendenti legati alle pubbliche amministrazioni con rapporti di diritto privato hanno diritto alla trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine in forza del principio di leale collaborazione e della posizione argomentata dall'Italia<sup>884</sup>, o in applicazione del principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato previsto dall'accordo quadro comunitario, principio in generale recepito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;

2) in sede di giudizio di costituzionalità, tramite l'ordinanza n. 207 del 2013, con cui la Corte costituzionale italiana ha sottoposto al giudice dell'Unione europea alcune questioni interpretative, legate alla compatibilità della normativa nazionale (legge n. 124 del 1999 in materia di personale scolastico) ponendo il quesito se la clausola 5 della direttiva comunitaria 99/70/CE deve essere interpretata nel senso che impedisce l'applicazione della normativa nazionale in materia di personale scolastico, con riferimento particolare alle supplenze "in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo", normativa che consente di fare ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato senza, però, "indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno".

In secondo luogo, spostando l'asse sugli aspetti legati alle ragioni del servizio scolastico, i giudici costituzionali hanno chiesto alla Corte di Lussemburgo se costituiscano ragioni oggettive, come richieste dalla direttiva, le

esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano [...] tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno.

Invero, tale rinvio in sede costituzionale, più nello specifico, smentisce, di fatto, l'approdo a cui era arrivata la Corte di Cassazione, la quale con la pronuncia n. 10127 del 20 giugno 2012<sup>885</sup> aveva ritenuto coerente con il diritto dell'Unione europea la normativa nazionale in materia di supplenze del personale scolastico, giustificando la successione delle assunzioni a tempo determinato in presenza di "circostanze precise e concrete caratterizzanti la particolare attività scolastica".

La citata ordinanza del luglio 2013 della Corte costituzionale, spostando il piano del ragionamento sul risarcimento del danno (su cui, da ultimo, si è pronunciata la Corte di giustizia in *Papalia*, C-

<sup>883</sup> Ordinanza del Tribunale di Napoli *Mascolo e altri* C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13, su cui V. DE MICHELE, *Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Aosta e Napoli sugli abusi permanenti del legislatore nella successione delle discipline che dovrebbero regolare i contratti a tempo determinato*, in *Europeanrights.eu*, 20 ottobre 2013, consultabile alla seguente pagina: [www.europeanrights.eu/index.php?funzione=5&op=5&id=889](http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=5&op=5&id=889).

<sup>884</sup> Ordinanza della Corte di giustizia, *Affattato*, C-3/10, anch'essa presente nella rassegna dell'Osservatorio in tema.

<sup>885</sup> Cass. civ., sez. lav., n. 10127 del 20 giugno 2012, in *RIDL*, II, 2012, p. 883 ss., con nota di L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*; in *MGL*, 10, 2012, p. 792 ss. con nota di A. VALLEBONA, *I precari della scuola: la babele è finita*; in *FI*, 137, 7/8, p. 2027 ss., con nota di A. PERRINO, *Spigolature sul contratto di lavoro pubblico a termine, fra ragioni oggettive e profili sanzionatori*.

50/13<sup>886</sup> sull'onere, a carico del lavoratore, di provar "di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego"), da quello relativo alla conversione dei contratti da tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, solleva un dubbio che, come ritenuto in dottrina, non è tanto riferito alla esistenza del risarcimento previsto ai sensi dell'art. 36, co. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001, quanto alla più generale "conformità al diritto europeo del sistema del precariato scolastico in certe sue patologiche applicazioni"<sup>887</sup>.

L'ordinanza del giudice delle leggi nazionali riveste interesse sotto molteplici punti di vista: sul piano costituzionale, in quanto primo rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale italiana nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale; sul piano lavoristico, perché il dialogo tra giudici è stato indotto dalla agitata vicenda giurisprudenziale che ha coinvolto la normativa europea sul lavoro a termine e la relativa disciplina interna di attuazione, su cui hanno avuto modo di pronunciarsi numerosi giudici di merito e finanche la Cassazione con la già citata sentenza n. 10127 del giugno 2012; a livello di rapporti tra diritto sovranazionale e diritto nazionale, per la peculiarità del tema affrontato che ha portato il conflitto inter- ordinamentale sul piano sovranazionale, investendo, con una modalità di ricentralizzazione su cui si tornerà più oltre, il giudice dell'Unione europea sulla base del rinvio da parte del giudice delle leggi nazionali e del giudice di merito, veri e propri baricentri all'interno del decentramento, in questo caso, giudiziale<sup>888</sup>.

Un interessante sviluppo della vicenda che ha coinvolto la dimensione giurisdizionale a livello territoriale in materia di lavoro a termine nel settore scolastico riguarda il dialogo tra la Corte costituzionale e il giudice di merito trentino. La Corte si è espressa con la pronuncia n. 206 del 2013, affermando "l'incompletezza della ricostruzione del quadro normativo" risultante dall'ordinanza di rimessione proveniente dal giudice del lavoro di Trento e la conseguente inefficacia dell'ipotesica pronuncia di accoglimento ai fini della decisione della domanda giudiziale posta<sup>889</sup>.

In un secondo momento, nel dicembre 2013, il giudice del lavoro di Trento ha riproposto la questione di costituzionalità dichiarando rilevante e non manifestamente infondata la questione di

<sup>886</sup> CGUE, C-50/13, 12 dicembre 2013, *Papalia c. Comune di Aosta*, in *RIDL*, 1, 2014, p. 86, con nota di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*, il quale sottolinea, con riferimento all'efficacia della sanzione a favore del lavoratore, che "la quantificazione "forfetizzata" o "indennitaria" del danno sembra risultare l'unica soluzione plausibile per far sì che l'apparato sanzionatorio considerato consistente nel solo diritto al risarcimento del danno risulti in linea con i parametri richiesti del diritto comunitario".

<sup>887</sup> Corte cost. 18 luglio 2013, n. 207; 18 luglio 2013, n. 206; 29 maggio 2013, n. 107, in *RGL*, 4, 2013, p. 577 ss., con nota di L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*.

<sup>888</sup> V. *supra* nel testo § 3. Inoltre, il contributo di A. TERZI in questo volume.

<sup>889</sup> In realtà, nel testo delle ordinanze del tribunale trentino, il giudice del lavoro di Trento ha richiamato in maniera corretta la sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2011 che aveva affermato la legittimità del sistema di reclutamento scolastico nazionale (l. 124 del 1999) e provinciale (l.p. 5 del 2006), senza la possibilità di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in tempo determinato. Inoltre, senza sollevare il dubbio di legittimità costituzionale, a livello territoriale, il Tribunale di Rovereto, pur negando il diritto del lavoratore alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ha riconosciuto gli scatti di anzianità, in quanto il mancato riconoscimento dell'anzianità tra diversi contratti a termine risulta in contrasto con il principio di non discriminazione affermato dalla direttiva. Così Trib. Rovereto, 4 settembre 2012. Questa pronuncia e gli altri provvedimenti dei giudici del lavoro nella " rassegna di accentrimento regolativo: giurisprudenza nazionale ed europea sul settore pubblico, in particolare nel settore scuola", consultabile a questa pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=1829](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=1829).

legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1 della legge n. 124 del 1999 e anche l'art. 93 co. 1 e 2 della legge provinciale n. 5 del 2006, in particolare

nella parte in cui – in violazione degli artt. 11 e 117 co. 1 Cost., in riferimento alla clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, alla quale la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 ha dato attuazione – consentono la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tale per l'intero anno scolastico, mediante il conferimento di supplenze [...] in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, così da configurare la possibilità di utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato senza che a detta possibilità si accompagni la previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi<sup>890</sup>.

Tuttavia, stante il divieto di conversione giudiziale ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001, il risarcimento del danno è rimesso al giudice di merito<sup>891</sup>, il quale dovrà dare applicazione ai criteri emergenti dal diritto europeo formatosi in materia in sede giurisprudenziale.

In proposito, il concetto di "norma equivalente" presente nella clausola 5 relativa alle misure contro gli abusi derivanti dall'utilizzo del contratto a termine, è proprio del diritto dell'Ue non rimesso al giudice di merito: nella fattispecie di cui a tale clausola, esso richiede di

verificare se le norme speciali di cui si pretende l'equivalenza rispetto alle tre misure di cui alla clausola stessa sono meno favorevoli di quelle previste per il settore privato; impone la ricerca di giustificazioni oggettive della "diversità" nel rispetto del principio di proporzionalità; esige che si considerino la natura e le caratteristiche delle funzioni svolte o la presenza di una finalità legittima di politica sociale<sup>892</sup>.

Spetta tuttavia al giudice di merito il compito di verificare, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (*Kucuk*, C-586/10; precedentemente, *Adeneler*, C-214/04<sup>893</sup>), se le assunzioni, pur legittime se considerate singolarmente, non evidenzino complessivamente l'uso abusivo di contratti a termine invece di un unico contratto a tempo indeterminato.

Un secondo esempio di contenzioso giudiziario che ha portato ad investire la Corte di giustizia è relativo al rapporto di lavoro a tempo parziale nel pubblico impiego: il giudice del lavoro di Trento

---

<sup>890</sup> Si rinvia alla rassegna sull'Osservatorio a questa pagina: [www.dirittisocialitrenti.no.it/?p=1829](http://www.dirittisocialitrenti.no.it/?p=1829).

<sup>891</sup> Come ha avuto modo di esprimersi sul punto il giudice del lavoro di Trento nella sentenza del 15 gennaio 2013, consultabile al seguente indirizzo: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2317](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2317).

<sup>892</sup> L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, cit., p. 711. Inoltre, D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *RGL*, 4, 2012, p. 721 ss.

<sup>893</sup> La rassegna della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia è presente nella seguente scheda dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2363](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2363).

ha sollevato domanda di pronuncia pregiudiziale per interpretazione con riferimento alla legittimità, dal punto di vista dell'Unione europea, dell'art. 16 l. n. 183 del 2010 (c.d. Collegato lavoro) rispetto alla direttiva 97/81/CE sul lavoro a tempo parziale<sup>894</sup>.

Per il giudice del lavoro trentino la norma nazionale

ammettendo la possibilità del datore di lavoro di trasformare un rapporto di lavoro part time in rapporto di lavoro a tempo pieno, anche contro la volontà del lavoratore, si pone in contrasto con la direttiva 15.12.1997 n. 97/81/CE.

La portata discriminatoria della norma nazionale nei confronti dei lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno, insieme al rilievo primario del consenso alla trasformazione a tempo pieno, derivante dalla direttiva citata, richiedono, secondo un diverso orientamento<sup>895</sup>, quanto meno il bilanciamento fra interessi della pubblica amministrazione, da un lato, e diritti del lavoratore, dall'altro.

In questo modo, il criterio del bilanciamento s'inserisce nell'esercizio del potere di revoca unilaterale, così come previsto dall'art. 16 del Collegato lavoro, che può ritenersi esercitato legittimamente solo quando sussistano obiettive e non contingenti esigenze dell'amministrazione, non altrimenti tutelabili, e sempre che tale potere sia esercitabile previa adeguata ponderazione degli interessi in conflitto, tenendo in considerazione la situazione giuridica nel frattempo maturata in capo al dipendente<sup>896</sup>.

In questo senso, come ha affermato la giurisprudenza di merito di altri tribunali, è necessario che i provvedimenti di modifica siano adeguatamente motivati tanto da consentire di comprendere il percorso logico di volta in volta seguito dal datore di lavoro nonché di verificare l'effettiva sussistenza delle esigenze rappresentate dalla P.A.<sup>897</sup>.

In sintesi, dall'indagine emerge che la produzione regolativa di carattere legislativo nazionale e provinciale sui contratti flessibili, stretta fra i parametri costituzionali di buon andamento ex art. 97 Cost. e il contenimento dei vincoli di spesa pubblica, ha innescato un notevole contenzioso giudiziario, sul piano nazionale e provinciale, che ha ricentralizzato la soluzione su un piano di accertamento di compatibilità con L'ordinamento europeo delle scelte legislative interne.

Un ruolo risolutivo, tuttavia, potrebbe essere "giocato", a livello decentrato, da un attore finora non considerato, ossia la contrattazione collettiva, che può generare scelte decisionali utili nel

---

<sup>894</sup> Per la ricostruzione del quadro di partenza della controversia giurisprudenziale e sui profili attinenti la diretta applicazione della direttiva sul part time nell'ordinamento interno v. C. ALESSI, *Il part-time nel lavoro pubblico e la direttiva 97/81/CE*, in *DLM*, 2, 2011, p. 275 ss.

<sup>895</sup> Rinvio al contributo di C. ALESSI in questo volume.

<sup>896</sup> Nel corso del maggio 2014 sono state presentate le conclusioni dell'avvocato generale N. WAHL, consultabili alla seguente pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=6025](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=6025). Da tenere in conto anche la pronuncia n. 224 del 2013 con la quale la Corte costituzionale italiana ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 sollevata dal Tribunale di Forlì in relazione agli articoli 10, 35, co. 3 e 117, co. 1 della Costituzione, consultabile alla seguente pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=5983](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=5983).

<sup>897</sup> In proposito, Tribunale di Modica, ordinanza 17 dicembre 2011, in *RIDL*, 3, 2012, p. 684 ss., con nota di A. BUSSOLARO, *L'art. 16 del Collegato lavoro e la sospensione, in via cautelare, dell'efficacia del provvedimento di revoca del part time*.

breve periodo, ma potenzialmente di complesso coordinamento, con rischio di avviare contenzioso giudiziale, nel lungo periodo circa la loro legittimità rispetto al quadro normativo nazionale ed europeo<sup>898</sup>.

Non mancano esempi in tal senso in materia di contratti a termine, come mostra il caso individuato nella nota del Dipartimento della Funzione Pubblica del 28 settembre 2012: in un ente si è constatata la necessità di mantenere personale flessibile, a fronte dell'impossibilità di procedere alla sua stabilizzazione, e di conseguenza è stato stipulato un contratto collettivo decentrato che ammette, per "stato di necessità", la possibilità di reiterare dei contratti a termine in tale struttura, oltre il limite dei trentasei mesi<sup>899</sup>.

Un tale accordo suscita perplessità, in quanto fa fronte, all'interno dell'ente, ad esigenze non eccezionali, ma stabili, così mettendo in moto un possibile "cortocircuito" tra l'esigenza della pubblica amministrazione di assicurare la continuità delle sue rilevanti attività di servizio ed il rischio di costituire contratti di lavoro illegittimi, senza alternative credibili a favore del lavoratore a tempo determinato.

Un altro contratto collettivo stipulato a livello territoriale è l'accordo del Comune di Milano utilizzato come "scudo" rispetto al vaglio della magistratura<sup>900</sup>: nello specifico, si è previsto di superare il limite dei trentasei mesi attraverso l'assunzione di diverse graduatorie a seconda delle mansioni ricoperte dal personale con contratto flessibile, al fine di non sommare i singoli contratti per il raggiungimento del tetto dei tre anni.

A quest'ultimo si è ispirato nel contesto territoriale trentino, più di recente<sup>901</sup>, un accordo in base al quale "l'assunzione su una diversa graduatoria per contratti a tempo determinato comporta, inoltre, l'azzeramento della durata del contratto precedente ai fini del computo del limite massimo dei 36 mesi previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001".

## 5. Conclusioni: decentramento e ricentralizzazione delle fonti regolative e delle scelte decisionali.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte nei vari ambiti regolativi territoriali presi in considerazione è dato rilevare una tendenza al decentramento sia contrattuale (4.1), sia normativo (4.2), nonché giudiziario (4.3), che innesca, con un meccanismo di causa-effetto, un riassetto delle fonti regolative in materia di sociale.

---

<sup>898</sup> Nel corso del maggio 2014 è stato siglato il Protocollo tra la Provincia autonoma di Trento e le organizzazioni sindacali, ad eccezione di UIL scuola e Gilda degli insegnanti, da cui poi è scaturita l'intesa siglata nel giugno 2014 all'interno dell'A.P.Ra.N. – Agenzia Provinciale per la Rappresentanza Negoziante circa la modifica del Contratto Collettivo Provinciale del personale docente delle scuole ed istituti di istruzione elementare e secondaria della Provincia di Trento, intesa che ha previsto, tra le varie misure, la stabilizzazione di un certo numero di "docenti precari" nella scuola trentina. I materiali sono consultabili alla seguente pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisociali.trentino.it/?p=6061](http://www.dirittisociali.trentino.it/?p=6061).

<sup>899</sup> INGV-Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia, sul punto S. SCARPONI, *op. cit.*

<sup>900</sup> Accordo del dicembre 2011-gennaio 2012 recante il titolo "Accordo quadro per la promozione delle misure a sostegno dell'Occupazione e della continuità dei servizi di rilevanza sociale del Comune di Milano", su cui S. SCARPONI, *op. cit.*

<sup>901</sup> In sede di A.P.Ra.N. - Agenzia Provinciale per la Rappresentanza Negoziante, Trento, 21 febbraio 2014, il cui testo è consultabile tramite la ricerca libera all'interno dell'Osservatorio.

Più nello specifico, la prospettiva territoriale, monitorata a livello trentino tramite l'Osservatorio, ha consentito di mettere in luce questa tendenza evolutiva: aree distinte – quali il modello trentino di concertazione socioeconomico-istituzionale (4.1), la delega di competenza in materia di ammortizzatori sociali (4.2) e il dialogo tra giudice nazionale, quello territoriale e la Corte di giustizia in materia di lavori non standard attivato a seguito delle istanze sollevate da lavoratori atipici nella pubblica amministrazione (4.3) – sono il frutto di una dinamica di riterritorializzazione a fronte del profilarsi di tendenze deregolative a livello europeo, a cui si accompagnano tendenze alla regressione multiforme dei livelli di protezione sociale.

Sullo sfondo, nel contesto di crisi accompagnato da politiche di restrizioni di bilancio dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri<sup>902</sup>, si manifestano in maniera unilaterale interventi economici sovranazionali che "impediscono di fatto agli Stati membri di attutire le conseguenze sociali della crisi attraverso politiche sociali e/o politiche economiche contro cicliche diverse da quelle "austere" imposte dalla attuale *governance* economica sovranazionale"<sup>903</sup>.

Per queste ragioni, il processo di riterritorializzazione delle fonti regolative, quale manifestazione della tendenza, governata e controllata come nel caso trentino, al decentramento, influisce sulle scelte decisionali che vengono assunte a seconda dei casi qui presi in esame. Tali scelte devono essere collocate, secondo quanto si è venuto osservando nel corso della presente ricerca, anche nel quadro sovranazionale. Nel complesso, l'insieme delle fonti è caratterizzato da un "doppio movimento"<sup>904</sup> che, da un lato, si sgancia dalla tradizionale gerarchia delle fonti<sup>905</sup> regolative europee in materia sociale, ma che, dall'altro, al contempo, è stimolato dalla loro stessa ridefinizione e riconfigurazione.

Ciò è confermato dal monitoraggio compiuto che pone in luce il seguente processo evolutivo:

- di ricentralizzazione, verso L'ordinamento sovranazionale, sul versante giudiziale, laddove si innesca il dialogo tra le Corti, come nel caso del lavoro a termine e del lavoro a tempo parziale (4.3), ed i giudici locali che invocano, come forma di applicazione, il diritto giurisprudenziale europeo nelle vertenze nazionali<sup>906</sup>;

<sup>902</sup> D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza fra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 128, 2010, p. 509 ss.

<sup>903</sup> A. LO FARO, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in L. CORAZZA, R. ROMEL (a cura di), *op. cit.*, p. 220. Già prima della crisi, rilevava lo spezzarsi delle unità dei segmenti economici e del diritto una volta riuniti a livello statale T. TREU, *L'influenza dei processi di globalizzazione sulla trasformazione del sistema delle fonti*, in S. SCARPONI (a cura di), *op. cit.*, p. 123 ss.

<sup>904</sup> Formula ripresa dalla elaborazione di K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino, 1974 (ed. 2000), p. 98 (ed. or. ID., *The Great Transformation*, Boston, 1944). Un doppio movimento viene letto, all'interno dei gruppi organizzati, anche da una studiosa attenta ai fenomeni transnazionali: "si riscontra nelle vicende contemporanee un doppio movimento dei gruppi organizzati: centrifugo, verso l'ordinamento globale e al tempo stesso centripeto, verso assetti territoriali degli assetti collettivi. Tanto più questo doppio movimento si carica di significato, tanto più esso si colloca dentro un quadro economico di estrema volatilità, che rende provvisoria qualunque soluzione, anche a causa di un imprevedibile andamento della crisi e delle altrettanto imprevedibili risposte che provengono dai mercati del lavoro". Così S. SCIARRA, *Gruppi organizzati e relazioni collettive. Una nuova sfida per l'ordinamento multilivello*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *op. cit.*, p. 192.

<sup>905</sup> Il tema della connessione tra conoscibilità e sistema delle fonti è ripreso da O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, cit., p. 1013.

<sup>906</sup> L'applicazione del diritto europeo da parte dei giudici nazionali è vista come perdita di compattezza e unitarietà normativa tipica dello Stato moderno per il diritto dello Stato-nazione. Così F. VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, 2008, p. 27.



- di decentramento<sup>907</sup>, verso assetti territoriali degli interessi collettivi, in questo caso concertativo-istituzionali come nel caso, rispetto al contesto trentino, delle materie relative alle Procedure negoziali, del Tavolo appalti e dell'Assistenza sanitaria integrativa (4.1.1), ma anche della delega di competenza legislativa in materia di ammortizzatori sociali (4.2).

Il caso trentino è rappresentativo di una tendenza che, al contrario di quella alla disarticolazione in senso "centrifugo"<sup>908</sup> della disciplina del rapporto di lavoro, vuole precostituire ed applicare il diritto territoriale, sia che esso si richiami al contratto collettivo ritenuto applicabile, pur con tutti i profili di potenziale criticità del caso<sup>909</sup>, come nel caso del Tavolo appalti (4.1), sia che ridefinisca legislativamente la titolarità delle misure di welfare come nel caso degli ammortizzatori sociali (4.2).

È probabile che solo così la concertazione socio-istituzionale, anche territoriale, si possa muovere verso obiettivi diversi e più impegnativi di quelli attribuiti ai patti sociali tradizionalmente intesi: non solo alla stabilizzazione finanziaria, ma alla promozione delle condizioni per il superamento della crisi e per la ripresa dello sviluppo socio-economico<sup>910</sup>.

Il doppio movimento delle regole di decentramento-ricentralizzazione è figlio dell'evoluzione delle fonti regolative in materia sociale, ma al contempo fa nascere una dinamica di bilanciamento degli assetti, comuni agli ambiti regolativi presi in considerazione, e di necessità di adottare un approccio di proporzionalità tra interessi coinvolti<sup>911</sup>, se posti di fronte al giudice: libertà economiche sovranazionali e protezione dell'occupazione e del tessuto produttivo locale (4.1); "usi attivi" del principio della solidarietà europea e "usi difensivi" della solidarietà sociale nazionale<sup>912</sup> (4.2); "finalità di politica sociale" della direttiva 99/ 70/CE in materia di lavoro a tempo determinato, ragioni oggettive e peculiarità del servizio pubblico della scuola con i relativi costi della spesa statale e locale, nonché esigenze dell'amministrazione pubblica e diritto della dipendente che abbia optato per il lavoro a tempo parziale (4.3).

Proprio in questa cornice evolutiva, la fragilità del diritto regolativo statale fa sorgere le manifestazioni di decentramento contrattuale, normativo e giudiziale, con una spinta in quest'ultimo

<sup>907</sup> In una prospettiva interdisciplinare, vi è chi parla di "decentralizzazione" per le politiche per la competitività dei territori come politiche *place-based*, portando il caso della Provincia autonoma di Trento, che nel corso del 2009 ha cercato di coniugare interventi per la coesione, come l'introduzione del reddito di garanzia, con interventi per la competitività a favore dell'innovazione e della ricerca delle imprese. Così P. PERULLI, *Politiche locali tra decentralizzazione e ricentralizzazione*, in *SM*, 90, 2010, p. 390-391. L'approccio *place-based*, intesa come mobilitazione di attori locali nelle Regioni, è auspicato nel Rapporto "An agenda for a Reformed Cohesion Policy" (aprile 2009), c.d. Rapporto Barca, consultabile tramite la seguente pagina dell'Osservatorio: [www.dirittisocialitrentino.it/?p=2338](http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2338).

<sup>908</sup> Per riprendere l'espressione di S. SCIARRA, *Gruppi organizzati e relazioni collettive. Una nuova sfida per l'ordinamento multilivello*, in E. FALLETTI, V. PICCONI (a cura di), *op. cit.*, p. 192, v. nt. 134.

<sup>909</sup> A livello transnazionale, di aperture rispetto ai classici confini normativi, operano le "sfere sociali", su cui S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro*, cit., p. 43 ss.

<sup>910</sup> T. TREU, *Le regole delle relazioni industriali: test per l'autoriforma*, in *QRS*, 3, 2013, p. 51-52.

<sup>911</sup> B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un "manifesto ermeneutico"*, in *RIDL*, 1, 2013, p. 245 ss. Sulla parità tra principi in conflitto, v. le considerazioni di V. BRINO, *op. cit.*, p. 145, che riporta, oltre ai riferimenti del dibattito della dottrina costituzionalista, anche D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza fra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 559.

<sup>912</sup> Per riprendere la formula di S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., p. 10-11.

caso di ricentralizzazione. Tale processo, complessivamente considerato, caratterizza il doppio movimento.

Per questa via, si manifesta la promozione del modello del diritto riflessivo o neo-istituzionalista, in questo caso di sviluppo a livello decentrato territoriale con riferimento specifico al modello trentino<sup>913</sup>, che consiste in “una produzione extralegislativa del diritto non solo mediante processi di autoregolazione sociale, ma anche nella forma di regole di decisione create dai giudici”<sup>914</sup> su cui anche si inseriscono le “clausole generali”, prese in considerazione di volta in volta dal giudice, come la correttezza e la buona fede della norma nazionale del Collegato lavoro, o la finalità di politica sociale e le ragioni obiettive nella direttiva sul lavoro a termine<sup>915</sup>.

In questa tendenza, letta nel suo fenomeno complessivo, è condivisibile la considerazione per cui la scelta valoriale non va posta, alla luce del diritto del lavoro dell’Unione europea, tra esigenze (sovrannazionali) del mercato e necessità (nazionali) di tenuta sociale, ma è appropriato chiedersi, in una logica di bilanciamento e conciliazione<sup>916</sup>, “come possa reagire un pensiero orientato a trovare nelle risorse regolative eteronome il fulcro della disciplina auspicata dal mercato e della vita dei prestatori di opere”<sup>917</sup>.

Per queste ragioni, il monitoraggio e la raccolta sistematica del materiale, sui più vari formanti presi in esame, favorisce e consente in questi termini di mettere in luce le tendenze evolutive delle fonti ora analizzate, anche accrescendo in termini di conoscibilità la dinamica complessiva relativa ad un determinato contesto territoriale, come quello della Provincia autonoma di Trento.

---

<sup>913</sup> Sulla linea di chi sostiene anche la ridefinizione sul piano territoriale del campo di azione delle stesse parti sociali come “terreno d’azione dall’impresa e dal settore produttivo al territorio e a nuovi spazi localizzati, di cui immaginare i contorni e sperimentare le potenzialità”. Così I. REGALIA, *Riflettendo sul futuro delle relazioni industriali in epoca di globalizzazione*, in *QRS*, 1, 2011, p. 48.

<sup>914</sup> L. MENGONI, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, in *RI*, VI, 1988, p. 29.

<sup>915</sup> Sull’esperienza del giudice del lavoro si rinvia al contributo di A. TERZI in questo volume.

<sup>916</sup> Nella lettura che ne dà, nella prospettiva di conciliazione tra la materia degli appalti pubblici e la materia sociale perseguita dalla contrattazione collettiva, V. BRINO, *op. cit.*, p. 158-159.

<sup>917</sup> E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 659.

## Note in tema di profili formativi nel contratto di apprendistato\*

Costantino Cordella

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Rilievi definitivi                                                                                                | 240 |
| 2. Breve <i>excursus</i> storico                                                                                     | 241 |
| 3. Il conflitto tra Stato e Regioni sul tema della formazione nell'apprendistato: a) le norme del d.lgs. n. 276/2003 | 244 |
| 3.1. <i>Segue. b)</i> le successive integrazioni al d.lgs. n. 276/2003 .....                                         | 247 |
| 3.2. <i>Segue. c)</i> il Testo Unico dell'apprendistato e la soluzione al conflitto istituzionale .....              | 251 |
| 4. L'articolazione per tipologie di contratto: a) l'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale        | 253 |
| 4.1. <i>Segue. b)</i> il contratto di mestiere.....                                                                  | 257 |
| 4.2. <i>Segue. c)</i> l'apprendistato di alta formazione e di ricerca .....                                          | 260 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 224/2014

## 1. Rilievi definitori

Sin dall'entrata in vigore della legge n. 25/1955, non vi sono stati dubbi sul diritto dell'apprendista a essere retribuito, essendo imposto al datore di lavoro il doppio obbligo di formare e retribuire il giovane lavoratore<sup>918</sup>. Tra le obbligazioni che sorgono in capo alle imprese a seguito della stipulazione del contratto d'apprendistato, quella formativa non è, infatti, intesa come obbligo sostitutivo rispetto all'impegno retributivo, intervenendo nella dinamica contrattuale solo in via *integrativa* rispetto al pagamento dell'apprendista per le prestazioni rese.

La retribuzione dell'apprendista è parte integrante della funzione economico-sociale dell'accordo e, per tale ragione, l'istituto è classificato come un contratto a causa *mista*<sup>919</sup> in cui l'esatto adempimento della prestazione del datore di lavoro deriva dall'esecuzione di entrambe le obbligazioni di formazione e retribuzione.

La particolare pregnanza degli obblighi che sorgono in capo alle imprese, con la stipulazione di questa tipologia di contratto, è stata mitigata dal legislatore che, già al momento dell'approvazione della disciplina organica del 1955, aveva previsto un trattamento economico per gli apprendisti di minor favore, rispetto ai lavoratori ordinari impiegati nella stessa categoria, graduabile in aumento solo con l'anzianità professionale<sup>920</sup>.

Nella medesima prospettiva, le successive riforme del d.lgs. n. 276/2003 e del d.lgs. n. 167/2011 hanno confermato l'esigenza di un trattamento diverso per il lavoro svolto durante i periodi di

<sup>918</sup> Cfr. A. Cataudella, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Dir.lav.*, 1983, n. 1, p. 83; L. Montuschi, *Il tirocinio*, in P. Rescigno (diretto da), *Tratt. Dir. Priv.*, vol. XV, Utet Giuridica, Torino, 1986, p. 291; G. Loy, voce *Apprendistato*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. I, Torino, 1987, p. 179; di altra opinione, anche se isolata, chi ritiene che lo scambio si esaurisca nella relazione tra lavoro ed addestramento cfr. M. L. De Cristofaro, voce *Apprendistato*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, 1989, p. 2.

<sup>919</sup> Nel corso della lunga evoluzione interpretativa che ha caratterizzato lo studio dell'istituto, già all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina del 1955, la tesi della causa mista era stata accettata quasi all'unanimità. Tra i primi sostenitori cfr. D. Napoletano, *Il lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 181; L. Riva Sanseverino, *Apprendistato*, in *Noviss. dig. it.*, 1968, p. 783; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1970, p. 133; G. Pera, *Lezioni di diritto del lavoro*, Il Foro Italiano, Roma, 1974, p. 342; perplessità sono state espresse da G. Suppiej, voce *Apprendista*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 824. Anche la Corte Costituzionale, con un orientamento confermatosi nel tempo, si è fatta portatrice della tesi della causa mista vd. Corte Cost. sentenza 4 febbraio 1970, n. 14, in *Mass. giur. Lav.*, 1970, p. 4; Corte Cost. sentenza 28 novembre 1973, n. 169, in *Giust. Civ.*, 1974, n. 1, p. 5; Corte Cost. sentenza 12 aprile 1989, n. 181, in *Foro it.*, 1989, n. 1, p. 2100; nello stesso senso Cass. sentenza 10 luglio 1991, n. 7621, in *Riv. giur. lav.*, 1991, n. 2, p. 46; Cass. Ss. Uu., sentenza 21 luglio 1999, n. 486 in *Giust. Lav.*, 1999, p. 38. Più di recente, la tesi della causa mista del contratto di apprendistato è stata sostenuta, con riferimento alle disposizioni sull'apprendistato dettate nel d.lgs. n. 276/2003, da D. Garofalo, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, Bari, 2004, p. 271 e, rispetto a quelle del d.lgs. n. 167/2011, da S. Ciucciovino, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Milano, 2013, p. 128; *contra* M. Tiraboschi, Sub. Art. 1. *Definizioni e tipologie*, in Id. (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 184.

<sup>920</sup> Le peculiarità del sinallagma contrattuale nell'apprendistato sono state oggetto di specifico riguardo da parte degli interpreti, che hanno tentato di motivare la previsione di un minor trattamento economico per l'apprendista rispetto al lavoratore subordinato ordinario: secondo la tesi maggioritaria l'inferiorità della retribuzione si collega all'obbligo del datore di lavoro di impartire anche la formazione professionale necessaria affinché l'apprendista consegua la qualifica professionale, intendendosi, così, l'addestramento come «corrispettivo in natura da valutare in via indiretta» cfr. F. Carnelutti, *Gli apprendisti nella legge degli infortuni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1906, n. 1, p. 320; A. Sachet, *Traité théor et pratique de la législ. sur les accidents du travail*, Paris, II ed., 1901, n. 171, p. 131. Altri autori, invece, hanno sottolineato che la minore retribuzione riconosciuta agli apprendisti sia dovuta alla sua incompleta preparazione professionale, piuttosto che ad una forma di contropartita per l'addestramento ricevuto cfr. D. Napoletano, *Il lavoro subordinato*, cit., p. 260.

formazione, utilizzando il metodo del sotto-inquadramento fino a due livelli inferiori alla categoria che gli apprendisti aspirano a ottenere<sup>921</sup>.

L'apprendistato è tendenzialmente classificato tra i contratti di lavoro a carattere *speciale*: nonostante le profonde divergenze di opinione emerse in dottrina, sul tema della *specialità* per i rapporti di lavoro subordinato<sup>922</sup>, l'identificazione dell'apprendistato come *species* del più ampio *genus* di rapporto, dettato all'art. 2094 c.c., è un approdo condiviso in maniera generale dagli interpreti, seppur per motivazioni diverse<sup>923</sup>.

Da un lato, infatti, i "funzionalisti" hanno riconosciuto la specialità al contratto di apprendistato, in considerazione della deviazione *funzionale* della causa, generata dall'introduzione dell'elemento formativo nella funzione economico-sociale del contratto<sup>924</sup>; dall'altro lato, altri interpreti hanno ricondotto la specialità dell'apprendistato all'incisività, sul piano *quantitativo*, delle deroghe che la sua struttura normativa apporta alla disciplina generale del lavoro subordinato<sup>925</sup>.

## 2. Breve excursus storico

Prima delle riforme che, dalla fine degli anni '80, hanno contribuito alla diffusione del contratto di apprendistato, questo istituto non aveva ricevuto un grande interesse da parte del legislatore, che aveva destinato ad altri contratti a finalità formative l'obiettivo di combattere la disoccupazione giovanile e risolvere i problemi legati alla flessibilità del lavoro<sup>926</sup>.

<sup>921</sup> Durante il periodo di contestuale vigenza dell'art. 13 comma 1 della l. n. 25/1955, che prevedeva per l'apprendista una retribuzione graduale all'anzianità conseguita, e dell'art. 53 comma 1 del d.lgs. n. 276/2003, che ha introdotto la regola del sotto-inquadramento del trattamento economico durante il periodo di formazione, è sorto il problema della contestuale applicabilità di entrambi i meccanismi per la determinazione del trattamento economico dell'apprendista. Per il dibattito sviluppatosi su tale questione, sorto anche a causa della scarsa linearità delle interpretazioni ministeriali v. S. Facello, D. Papa, Sub art. 2. *Disciplina generale dell'apprendistato: il trattamento economico e normativo*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., p. 191. L'alternatività tra i due meccanismi è stata espressamente sancita con l'art. 1 comma 1 lett. c) del d.lgs. n. 167/2011, che ha rinviato agli accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi stipulati a livello nazionale, la facoltà di scelta del metodo da applicare in concreto.

<sup>922</sup> Vd. V. Speciale, *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme* in WP C.S.D.L.E., n. 51/2007; P. Tosi, *Rapporti speciali di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, XXV, p. 1; A. Cataudella, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 83; R. Scognamiglio, *Lavoro subordinato: I) Diritto del lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, XVIII, p. 1.

<sup>923</sup> Vd. contra P. Bellocchi, *Apprendistato e contratto di inserimento. Commento agli artt. 47-60 del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 529.

<sup>924</sup> Per la configurazione dell'apprendistato come rapporto *speciale* in ragione della deviazione funzionale della causa cfr. A. Cataudella, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., p. 77; L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti* in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, n. 1, p. 13; M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione - Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 318; G. Loy, *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 51.

<sup>925</sup> Tra i principali sostenitori di quella dottrina che riconosce l'esistenza del requisito della *specialità*, agli istituti regolati da discipline aventi un intenso livello *quantitativo* di differenze rispetto al rapporto di lavoro subordinato ordinario ex art. 2094 cod. civ., vd. G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, II ed., 1987, p. 36; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, IV ed., 1998, p. 542; G. Ardaù, *Il rapporto di tirocinio in un recente provvedimento legislativo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1955, n. 1, p. 204.

<sup>926</sup> Già in precedenza le politiche giovanili non avevano considerato la formazione professionale come un valore da perseguire, essendosi incentrate prevalentemente sul problema occupazione. Nel corso degli anni '80, i contratti di lavoro a finalità formative avevano avuto un ruolo strumentale all'aumento dell'occupazione, grazie alla presenza degli incentivi economici connessi al loro utilizzo. Un esempio di questo *trend* è offerto dal «Piano straordinario per l'assunzione di giovani con contratto di formazione e lavoro» di cui alla legge 11 aprile 1986, n. 113, che ha rappresentato il principale strumento per la diffusione del contratto di formazione e lavoro; in

Nel corso degli anni '80, l'apprendistato era ancora considerato un istituto destinato a regolare il lavoro nel settore dell'artigianato e, infatti, a esso non erano indirizzati gli incentivi economici, previsti per l'occupazione giovanile del settore terziario e industriale, destinati agli altri contratti formativi. Soltanto dalla fine di questo decennio, il legislatore ha iniziato a investire in questo istituto, rinnovandone la struttura e le finalità, e indirizzando su di esso le misure promozionali che già interessavano gli altri contratti a finalità formative.

In specie, con la legge n. 56 del 28 febbraio 1987, erano state previste anche per l'apprendistato le misure incentivanti legate alla stipulazione dei contratti di formazione e lavoro e, con i successivi protocolli d'Intesa del 1993 e del 1996, era stato esteso il campo di applicazione soggettivo e oggettivo dell'istituto, consentendo il suo utilizzo in tutti i settori produttivi per l'assunzione di lavoratori aventi sino a ventiquattro anni<sup>927</sup>, o, in casi particolari, sino a ventisei anni<sup>928</sup>.

Tali modifiche normative hanno fatto sì che, già all'inizio del nuovo millennio, il numero di contratti stipulati nel settore dell'artigianato fosse inferiore a quello del complesso degli altri settori economici (commercio, turismo, servizi pubblici, ecc.), confermando l'esito positivo che aveva avuto il processo di trasformazione promosso dal legislatore, con la liberalizzazione del campo applicativo dell'istituto<sup>929</sup>.

Tra le ragioni politiche che hanno portato a promuovere la diffusione dell'apprendistato vanno segnalate anche le incertezze applicative sorte con riguardo all'utilizzo del contratto di formazione e lavoro.

Quest'ultimo tipo di contratto formativo era stato, infatti, tra i più utilizzati per l'assunzione dei giovani, ma il copioso impianto d'incentivi per esso previsto era stato dichiarato dalla Commissione europea parzialmente incompatibile con la disciplina comunitaria degli aiuti di stato<sup>930</sup>, e i

---

base a tale piano, venivano previsti cospicui incentivi economici alle imprese per l'assunzione con questa tipologia di contratto dei giovani in situazioni di disagio (disoccupati da oltre dodici mesi, di età compresa tra diciotto e ventinove anni), a fronte dell'ampia facoltà lasciata ai datori di lavoro di determinare le condizioni e i contenuti della formazione da impartire a tali lavoratori; il piano formativo che coadiuvava il contratto di lavoro poteva infatti essere definito dal datore di lavoro, previo controllo da parte delle Commissioni regionali, le quali svolgevano un ruolo di mera certificazione formale (cfr. *etiam* Corte Cost. 25 maggio 1987, n.191 con nota di M. De Luca in *Foro it.*, 1988, n. 1, p. 361) che era, inoltre, escluso quando alla stipula del contratto non erano connessi finanziamenti pubblici per l'impresa cfr. T. Treu, *Dal protocollo Iri alle più recenti intese: le relazioni industriali nel settore manifatturiero* in S. Scajola (a cura di), *La scelta partecipativa*, Ed. Lav., Roma, 1990, p. 3.

<sup>927</sup> In specie, l'accordo del 24 settembre 1996 aveva previsto l'innalzamento dell'obbligo scolastico fino a dieci anni di percorso, con il riconoscimento del diritto alla formazione esteso fino al diciottesimo anno di età cfr. T. Treu, *Orientamenti ed impegni di politica dell'occupazione* in *Dir. prat. lav.*, 1996, p. 3417. I contenuti dell'Intesa, sotto il profilo delle innovazioni dedicate all'apprendistato, sono rifluiti nella legge 24 giugno 1997, n. 196 che, all'art. 16, ha previsto l'estensione dell'istituto a tutti i settori produttivi e l'elevazione massima dell'età per l'assunzione a ventiquattro anni cfr. G. Loy, *Commento all'art. 16* in M. Napoli (a cura di), *Il "pacchetto Treu". Commentario sistematico della legge 24 giugno 1997, n. 196*, in *Nuov. Leg. Civ.*, 1998, p. 1337; S. Bellomo, *La riforma dell'apprendistato*, in G. Santoro Passarelli, (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, vol. III, p. 329.

<sup>928</sup> Si tratta dei contratti stipulati nelle aree in cui gli obiettivi n. 1 e 2 del regolamento Cee n. 2081/93.

<sup>929</sup> Cfr. F. Carinci, *E tu lavorerai come apprendista. (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi-unico")*, in *WP C.D.S.L.E.*, n. 145/2012, p. 33.

<sup>930</sup> La Commissione europea, con decisione del 11 maggio 1999 (2000/128/CE), confermata da Corte Giust. UE, sentenza 7 marzo 2002, C-310/99, stabilì che le agevolazioni legate ai CFL non erano del tutto compatibili con gli orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato. A parere della Commissione, infatti, lo sgravio contributivo, previsto in percentuali maggiore del 25%, in rapporto al luogo di insediamento dell'impresa e al settore di appartenenza, falsava la concorrenza con gli altri Stati membri, nella parte in cui tali misure non erano stabilite a favore delle sole categorie di lavoratori con specifiche difficoltà di inserimento (giovani con meno di venticinque anni; laureati con meno di ventinove anni; persone disoccupate da almeno un anno) cfr. *amplius* D. Papa, *Il contratto di*

problemi applicativi che ne erano seguiti avevano contribuito a spingere il legislatore a scegliere una fattispecie alternativa, individuata proprio nel contratto di apprendistato.

Il rinnovato interesse legislativo di questo periodo per l'istituto non ha avuto come movente solo il suo incremento *quantitativo*.

La legge organica del 1955, che negli anni '90 ancora regolava il contratto di apprendistato, era stata approvata in un quadro economico ove l'artigianato era il settore di produzione dominante e, di fatto, la principale modalità prevista per la formazione dei giovani lavoratori era il loro affiancamento al mastro artigiano. Nel mutato assetto economico di fine millennio, anche le regole sui contenuti formativi dell'istituto sono state rinnovate, considerata la necessità di formare profili professionali destinati ai settori dell'industria e del terziario e di avviare i lavoratori a un mercato del lavoro che richiede adattabilità e aggiornamento costante.

La necessità di un rinnovamento dei profili formativi era confermata dalle condizioni che sino allora avevano caratterizzato lo svolgimento degli insegnamenti complementari di natura extra-aziendale. Sebbene la legge del 1955 avesse previsto una formazione integrativa a carattere teorico, d'istituzione *pubblica*, essa era rimasta inattuata in maniera pressoché generale a causa della mancata definizione regionale delle relative condizioni di godimento, sostituita all'uopo con un proporzionale aumento delle ore d'impiego in attività pratiche da svolgersi sul posto di lavoro<sup>931</sup>.

Per tali ragioni, al fine di affiancare l'acquisizione delle conoscenze pratiche, che l'apprendista otteneva con il positivo avviamento sul posto di lavoro, con adeguati strumenti per lo sviluppo di una preparazione teorica a carattere trasversale, utile alla comprensione dei processi produttivi e delle condizioni per l'inserimento nel mercato del lavoro, l'art. 16 della legge n. 196/1997 aveva previsto nuove e più incisive regole per lo svolgimento dei corsi d'insegnamento complementare destinati alla formazione di base e trasversale.

Il maggiore appoggio che questa riforma aveva destinato alla formazione pubblica era dimostrato dall'introduzione di misure che rendevano profittevole, anche per le imprese, lo svolgimento dei corsi formativi extra-aziendali da parte degli apprendisti. Era previsto, infatti, che la formazione pubblica fosse una condizione necessaria per riconoscere le agevolazioni contributive connesse alla stipulazione del contratto, con l'effetto di aumentare l'interesse e la condivisione delle imprese per lo svolgimento di tali attività, contrariamente a quanto accaduto in passato quando era

---

*apprendistato. Contributo alla ricostruzione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 55; G. Sandulli, *Contratto di formazione e lavoro: il Ministero chiarisce i dubbi*, in *Guida lav.*, 2000, n.26.

<sup>931</sup> La disciplina dell'apprendistato, definita nella legge n. 25/1955, prevedeva che la formazione extra-aziendale si svolgesse attraverso l'«insegnamento complementare», a carattere gratuito e obbligatorio, definito tramite convenzioni tra le imprese e le competenti commissioni regionali (art. 17). Tali attività considerate utili a «conferire all'apprendista le nozioni teoriche indispensabili per acquisire la capacità professionale», di fatto, sono state effettivamente svolte solo in maniera marginale per l'inerzia delle Regioni, dimostratesi fortemente restie a farsi carico degli oneri connessi alla organizzazione delle attività formative, che la prescritta legge affidava in maniera esclusiva ad esse. In assenza di una adeguata offerta formativa regionale, l'espletamento dell'insegnamento complementare veniva sostituito con un proporzionale aumento delle ore di addestramento pratico, da svolgersi all'interno della azienda, che lo stesso datore di lavoro era obbligato a garantire per evitare responsabilità connesse all'inadempimento formativo nei confronti dell'apprendista (cfr. art. 34, d. P. R. 30 dicembre 1956, n. 1668).

emersa una sostanziale indifferenza dei datori di lavoro per la frequenza, da parte dei loro apprendisti, dei corsi formativi esterni<sup>932</sup>.

Anche grazie all'attenzione che le nuove disposizioni dedicavano alla formazione pubblica esterna all'azienda, l'apprendistato ha acquisito la veste di strumento strategico per il conseguimento degli obiettivi fissati con la riforma scolastica varata qualche anno dopo.

La vocazione formativa dell'istituto è stata "premiata" attraverso la spendibilità del percorso formativo, all'interno del sistema scolastico, per conseguire il titolo di scuola superiore secondaria, con il duplice effetto di promuovere lo sviluppo di percorsi integrati tra scuola e lavoro e, al contempo, permettere che l'obbligo formativo sino al diciottesimo anno di età, che la stessa riforma della scuola pubblica aveva imposto, non fosse di pregiudizio per l'esercizio delle capacità produttive dei giovani<sup>933</sup>.

### 3. Il conflitto tra Stato e Regioni sul tema della formazione nell'apprendistato: a) le norme del d.lgs. n. 276/2003

Tra i problemi di maggiore incidenza sullo sviluppo dell'apprendistato, quello derivante dal corretto riparto delle competenze tra Stato e Regioni, in materia di formazione professionale, essendo in effetti pregiudiziale al riconoscimento del potere di regolare i profili formativi, è stato anche il tema controverso che ha accompagnato le recenti riforme approvate per questo istituto.

Nel riformato sistema di potere ripartito tra Stato e Regioni, previsto con la legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3, è stato stabilito che «l'ordinamento civile» e la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» ex art. 117 Cost. co. 1, lett. l) e lett. m), sono materie di competenza esclusiva statale e che, al contrario, le materie dell'«istruzione» e della «formazione professionale» sono di competenza residuale delle Regioni secondo quanto previsto all'art. 117 Cost. commi 2 e 3<sup>934</sup>.

<sup>932</sup> Come previsto all'art. 16, comma 2 della l. n. 196/1997, che rinviava ad un apposito decreto ministeriale, la definizione dei contenuti della formazione esterna all'azienda, in regime di apprendistato, il d. m. 8 Aprile 1998 (in *Gazz. Uff.* Serie Gen. n. 110 del 1 Maggio 1998) ha fissato i termini e le modalità di svolgimento e certificazione di tali attività; in specie, sono stati individuati i contenuti delle attività formative da svolgere all'esterno dell'impresa, tra cui l'apprendimento dei processi lavorativi, lo sviluppo delle conoscenze linguistico-matematiche, la disciplina dei comportamenti relazionali e delle conoscenze economiche (vd. il comma 1, lett. a). Sul tema dei profili formativi dopo le modifiche della l. n. 196/1997 si rinvia a D. Garofalo, *La disciplina (speciale) dell'apprendistato: il difficile raccordo con la normativa generale* in *Riv. giur. lav.*, 2001, n. 3, p. 214; P.A. Varesi, *I contratti di lavoro con finalità formative*, Franco Angeli, Milano, 2001; G. Loy, *Commento all'art. 16*, cit., p. 1337; S. Bellomo, *La riforma dell'apprendistato*, cit., p. 329; D. Garofalo, *Giovani e lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 2109; P. A. Varesi, *La legge n. 196/1997. Atti del convegno*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 50; S. Ciucciiovino, *Commento all'art. 16 Apprendistato*, in E. Ghera (a cura di), *Occupazione e flessibilità (legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi)*, Jovene, Napoli, 1998, p. 167; M. Biagi, *Un diritto in evoluzione. Riflessioni sulla legge n. 196/1997*, in Id. (a cura di),  *Mercati e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 32. Sotto il profilo della valorizzazione delle competenze pregresse del lavoratore, prima della stipula del contratto e, in generale, sulla figura del tutor, come regolata con questa legge cfr. A. Lassandari, *Gli obblighi formativi nel contratto di apprendistato e di tirocinio: rilievi esegetici sui decreti ministeriali di attuazione della legge n. 196/1997*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, n. 1, p. 93.

<sup>933</sup> Ai sensi dell'art. 68, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144 (poi abrogato con l'art. 31 comma 3 del d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226), l'apprendistato era uno dei percorsi previsti per ottemperare l'obbligo di frequenza di attività formative fino al diciottesimo anno di età previsto con la stessa legge; l'istituto era così divenuto l'unica tipologia contrattuale con la quale poter assumere giovani di età inferiore ai diciotto anni cfr. P.A. Varesi, *I contratti di lavoro con finalità formative*, cit., p. 121.

<sup>934</sup> Per gli effetti sul diritto del lavoro che sono stati generati dalla ripartizione delle competenze prevista con la riforma costituzionale del Titolo V cfr. R. Pessi, *Il diritto del lavoro fra Stato e Regioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 1, p. 75; M. Persiani, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 1, p. 19; M. Magnani, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 3, p. 645; G.



In tale contesto, le previsioni del d.lgs. n. 276/2003 hanno inquadrato l'apprendistato come una figura contrattuale di *confine*, per il quale era competente lo Stato sui temi legati alla disciplina del rapporto e le Regioni sui profili formativi della fattispecie, con la specifica previsione di una serie di Intese da concludersi tra le Regioni e gli altri attori istituzionali (sindacati, Ministeri, ecc.); questi ultimi accordi erano finalizzati ad agevolare la condivisione delle regole sui temi della formazione (certificazione, contenuti, articolazione, ecc.) per i diversi tipi di apprendistato e a evitare così la minaccia di conflitti tra lo Stato e le Regioni, dovuti alla *fluidità* delle reciproche competenze che esistono su tale materia.

Il dialogo inter-istituzionale che il legislatore statale ha promosso con questa riforma è stato però al centro di un intenso conflitto di competenze innescato dalle Regioni (supportate dal giudizio adesivo di alcuna parte della dottrina<sup>935</sup>), che hanno denunciato come incostituzionale tale sistema che sottoponeva l'esercizio dei poteri esclusivi regionali in materia di formazione, alla preventiva concertazione con gli altri attori istituzionali<sup>936</sup>.

Secondo la tipologia di apprendistato era stabilito, in effetti, che le Regioni avrebbero potuto agire, previa Intesa con i Ministeri competenti, sentite le parti sociali, nel rispetto dei criteri e principi direttivi di cui al comma 4 (per l'apprendistato del primo tipo ex art. 48, d.lgs. n. 276/2003), con la contrattazione collettiva regionale e nel rispetto dei criteri e principi direttivi di cui al comma 5 (per l'apprendistato del secondo tipo ex art. 49, d.lgs. n. 276/2003) e con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei lavoratori, le Università e le altre istituzioni formative (per l'apprendistato del terzo tipo ex art. 50, comma 3, d.lgs. n. 276/2003).

Lo scontro istituzionale sui temi della formazione in apprendistato è poi proseguito anche in relazione agli interventi integrativi al d.lgs. n. 276/2003, con i quali il legislatore statale aveva tentato di superare l'*impasse* applicativa che stava caratterizzando l'istituto, per la mancanza di discipline regionali attuative. Anche in questo caso però le scelte adottate, piuttosto che favorire un percorso di più agevole utilizzo del contratto di apprendistato, hanno ingenerato ulteriori dubbi di costituzionalità, questa volta legati alle modalità scelte in concreto per l'esercizio dei poteri sostitutivi in caso di inerzia delle Regioni.

Orlandini, *Contratti formativi e competenze normative delle Regioni*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2004, p. 515; L. Zoppoli, *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: recenti sviluppi (o viluppi?)*, in *Dir. merc. lav.*, 2006, p. 193.

<sup>935</sup> Sui dubbi di legittimità costituzionale della legge delega n. 30/2003 oltre che del successivo d.lgs. n. 276/2003 sul tema dei contratti a finalità formative ex plurimis cfr. A. Loffredo, *I contratti a finalità formativa: tra un passato incerto ed un futuro difficile*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2004, p. 495; G. Orlandini, *Contratti formativi e competenze normative delle Regioni*, cit., p. 515.

<sup>936</sup> I giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto la supposta lesione delle prerogative regionali, in materia di formazione professionale, derivanti dalla nuova disciplina del contratto di apprendistato, prevista con il d.lgs. n. 276/2003, sono stati instaurati a seguito dei ricorsi della Regione Marche, della Regione Toscana, della Regione Emilia Romagna, della Provincia Autonoma di Trento, della Regione Basilicata, notificati nel periodo tra il 23 aprile e il 9 dicembre 2003, e depositati in cancelleria tra il 30 aprile e il 16 dicembre successivi. Per una ricognizione dei (pochi) interventi regionali avutisi nel periodo tra l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 e la decisione della Corte Cost. n. 50/2005 che ha deciso sulle supposte censure di legittimità avanzate dalle Regioni cfr. G. Mieli, *Lo stato di attuazione della disciplina dell'apprendistato a livello regionale e i percorsi di sperimentazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, n. 1, p. 220; v. etiam L. Carollo, *Il lungo processo per la messa a regime del nuovo apprendistato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, n. 1, p. 195.

Analizzando più da vicino gli eventi che hanno contraddistinto il contrasto Stato-Regioni su questi temi, deve rilevarsi l'infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale avanzati dalle Regioni rispetto alla disciplina originaria della legge Biagi che, come anticipato, si fondavano sulla lesione della competenza esclusiva regionale, in materia di formazione professionale. La Corte Costituzionale, infatti, predicando l'uso del principio della leale collaborazione, ha considerato legittima la preventiva concertazione con gli altri attori istituzionali, riferendosi alla necessità di bilanciare la competenza regionale in materia di formazione professionale, con il profilo del rapporto contrattuale e, quindi, con la competenza statale in materia di ordinamento civile<sup>937</sup>.

Con la sentenza n. 50/2005 è stato così precisato che la formazione professionale, anch'essendo una componente caratterizzante dell'istituto, rimane elemento di una più generale relazione che si costituisce sulla base del contratto e, in tal senso, l'esercizio dei relativi poteri deve avvenire attraverso una dialettica inter-istituzionale.

Respingendo le censure delle ordinanze di rimessione e, in specie, sconfessando ogni ipotesi di ripartizione rigida delle competenze, destinata a distinguere tra la competenza statale, sui profili formativi interni alla azienda, e quella regionale, destinata ad introdurre regole in tema di formazione extra-aziendale, il Giudice delle Leggi ha stabilito che «nell'apprendistato né l'una né l'altra appaiono allo stato puro, ossia separate nettamente tra di loro e da altri aspetti dell'istituto» e che, pertanto, per evitare interferenze tra poteri, e indebite prevaricazioni sulle rispettive sfere di influenza, sia auspicabile la creazione di più diffusi meccanismi di concertazione e monitoraggio informativo tra le parti<sup>938</sup>.

<sup>937</sup> Sebbene i maggiori problemi di legittimità costituzionale, avanzati sulla disciplina del contratto di apprendistato, introdotta con il d.lgs. n. 276/2003, siano emersi per la lesione delle competenze regionali, in tema di formazione professionale, sotto il profilo inverso, non sono mancate censure di illegittimità, promosse da parte del Governo, in relazione alle regole attuative in tema di profili formativi adottate dalle Regioni. A titolo esemplificativo, in Corte Cost. n. 334/2010 (in *Giust. Civ.*, 2010, n. 6, p. 4791), è stata giudicata fondata la questione di illegittimità costituzionale delle norme introdotte dalla Regione Abruzzo con le quali, in via unilaterale, veniva ammesso che la Giunta regionale potesse regolare la formazione esterna del contratto di apprendistato; per il commento cfr. S. Ciucciavino, *La concorrenza di competenze Stato - Regioni nella disciplina dell'apprendistato ancora una volta all'attenzione della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 2, p. 276. Nello stesso senso, in Corte Cost. n. 24/2007 (in *Foro It.*, 2007, n. 4, p. 1035), è stata dichiarata l'illegittimità della legge regionale pugliese nella parte in cui prevedeva che, l'Intesa con gli altri attori istituzionali, in tema di formazione esterna, dovesse giungere entro un termine prefissato, alla cui scadenza la competenza sarebbe spettata alla Giunta regionale; per il commento cfr. B. Caruso, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte Costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, n. 3, p. 569; si censura la legittimità costituzionale di una legge regionale (in specie, quella della Regione Toscana), in tema di contratto di apprendistato, anche in Corte Cost. n. 309/2010, in *Foro it.*, 2011, n. 1, p. 20; per il commento cfr. F. Cortese, *Sul diritto-dovere all'istruzione e formazione tra potestà legislativa statale e competenze regionali: anatomia di un'interpretazione*, in *Giur. Cost.*, 2010, n. 6, p. 4350.

<sup>938</sup> vd. Corte Cost., sentenza 13 Gennaio 2005, n. 50, in *Giust. Civ.*, 2005, n. 1, p. 395; per il commento cfr. L. Zoppoli, *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: recenti sviluppi (o viluppi?)*, cit, p. 193; R. Santagata, *La formazione aziendale in una recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di apprendistato professionalizzante*, op.cit., p. 1109; E. Carminati, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 176 del 2010* in *Dir. relaz. ind.*, 2010, n. 2, p. 448. Un approccio concertato tra le istituzioni sui temi legati ai profili formativi nel contratto di apprendistato oltre che auspicabile è anche stato considerato necessario dal Giudice delle Leggi; in Corte Cost. n. 50/2005, sono richiamati una serie di dati normativi con i quali si dimostra l'incisività dell'intreccio di competenze che esiste in materia tra le diverse istituzioni (Stato, Regioni, parti sociali, ecc.), e la conseguente necessità di rispettare il principio della leale collaborazione come presupposto per dare attuazione all'istituto: in specie, la Corte si riferisce prima all'art. 48, comma 4, lett. c), del d.lgs. n. 276/2003, in tema di certificazione della formazione svolta in azienda, mettendo in evidenza come la competenza regionale sul profilo della certificazione, possa aver un significato solo in presenza di parametri di supporto definiti su tutto il territorio nazionale; nello stesso senso, viene posto l'accento sugli artt. 48, comma 4, lett. d) e 49, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 276/2003, che qualificano la formazione pubblica esterna all'azienda, come percorso integrativo

### 3.1. *Segue. b) le successive integrazioni al d.lgs. n. 276/2003*

Il richiamo al principio della leale collaborazione della sentenza Corte Cost. n. 50/2005, quale criterio guida per la risoluzione dei problemi relativi al riparto delle competenze, non ha però fatto cessare il conflitto tra lo Stato e le Regioni su tale materia, che invece può dirsi essersi accentuato a seguito delle integrazioni al d.lgs. n. 276/2003, introdotte per porre rimedio al persistente inutilizzo della disciplina sull'apprendistato della legge Biagi.

Occorre sottolineare, infatti, che la diffusione dell'istituto oltre che essere stata fortemente inficiata dall'inerzia regolativa della maggior parte delle Regioni, rimaste "in attesa" della definizione dei giudizi di costituzionalità allora in corso, è stata anche compromessa dal rigido regime transitorio predisposto all'art. 47, comma 3 del d.lgs. n. 276/2003, che aveva differito l'entrata in vigore delle norme statali relative all'apprendistato, all'effettivo intervento delle fonti integrative cui il decreto aveva rinviato, pregiudicando in tal modo la loro applicabilità e legittimando l'ultrattività della l. n. 25/1955.

La *paralisi* nell'utilizzo della disciplina del 2003, che tale sistema ha procurato<sup>939</sup>, è riscontrabile dai dati statistici sull'utilizzo dell'istituto riferiti al 2011, dai quali è emerso che, circa la metà dei rapporti avviati in quell'anno, erano ancora regolati secondo la l. n. 25/1955 e le sue successive modifiche<sup>940</sup>.

I problemi di ineffettività che la riforma stava manifestando aveva indotto il legislatore statale ad integrare la versione originaria delle disposizioni del d.lgs. n. 276/2003, riguardanti l'apprendistato professionalizzante, con nuove regole che enfatizzavano i profili privatistici della fattispecie; sposando la stessa idea di *formazione* già fatta propria dalla legge Biagi<sup>941</sup>, ma estremizzandone il significato, gli interventi integrativi del 2005 e del 2008 hanno modificato la normativa dell'istituto ammettendo la possibilità che l'*impresa* divenisse sede formativa esclusiva nel percorso di apprendimento dell'apprendista e, in tal modo, mettendo fortemente in discussione i poteri regionali sul punto.

Sotto tale profilo, il legislatore statale sembra essersi giovato di una ritrovata sicurezza, a seguito delle posizioni assunte dal Giudice delle Leggi con la sentenza n. 50/2005 che, anche dichiarando la competenza esclusiva delle Regioni sulla formazione pubblica, non aveva affermato che la

---

necessario all'apprendista per acquisire il profilo professionale ai fini contrattuali, confermando così che la valorizzazione della formazione regionale passa anche attraverso il sistema di classificazione del personale dettato nei contratti collettivi. L'orientamento che valorizza il principio della leale collaborazione, come parametro di valutazione della legittimità degli interventi, in tema di apprendistato, si è di recente consolidato nella giurisprudenza costituzionale v. Corte Cost. n. 406/2006, in *Foro it.*, 2007, n. 2, p. 365; Corte Cost. n. 24/2007, in *Foro It.*, 2007, n. 4, p. 1035; Corte Cost. n. 425/2006 in *Foro It.*, 2007, n. 4, p. 1036; Corte Cost. n. 176/2010, in *Giust. Civ.*, 2010, n. 9, p. 1812; Corte Cost. n. 334/2010, in *Giust. Civ.*, 2010, n. 6, p. 4791.

<sup>939</sup> Sul mancato intervento delle Regioni quale causa della inoperatività del "nuovo" apprendistato vd. L. Zoppoli, *La riforma dei contratti con finalità formative: troppa burrasca per giungere in porto?*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004, p. 541; M. Roccella, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *Lav. dir.*, 2007, n. 1, p. 199; R. Santagata, *La formazione aziendale in una recente pronuncia delle Corte costituzionale in materia di apprendistato professionalizzante*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, n. 4, p. 1109; D. Papa, *Il contratto di apprendistato*, cit., p. 106.

<sup>940</sup> Vd. AA.VV., *Monitoraggio sull'apprendistato. XIII Rapporto*, Isfol, Roma, 2013, p. 35.

<sup>941</sup> Sulla "formatività" delle imprese cfr. G. Bertagna, *Apprendistato e formazione in impresa*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, n. 4, p. 1027.

stessa fosse *essenziale* per le sorti del contratto, al contrario di quanto dichiarato per la formazione aziendale, considerata *apertis verbis* requisito necessario a qualificare l'apprendistato come un contratto a causa mista<sup>942</sup>.

In tal senso, la legge n. 80/2005 ha aggiunto il comma 5 *bis* all'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003, ammettendo che «fino all'approvazione della legge regionale prevista dal comma 5», la disciplina della formazione per l'apprendistato professionalizzante fosse regolata dai contratti collettivi nazionali<sup>943</sup>, con l'effetto di escludere di fatto la formazione pubblica, di origine regionale, dall'apprendimento da conseguire nel percorso formativo per questa tipologia di contratto.

Nell'intento di risolvere il problema del mancato esercizio delle prerogative regionali è stato così previsto che *in via transitoria* le regole sulla formazione di questa fattispecie fossero predisposte dalle Oo. Ss. comparativamente più rappresentative, sebbene il rinvio fosse da intendersi *cedevole* sia rispetto alle leggi regionali sia rispetto alle regolazioni regionali di fonte non legislativa, così come affermato dal Ministero del lavoro<sup>944</sup>.

La provvisorietà e cedevolezza della norma, rispetto al sopravvenire delle regolazioni regionali, erano anche le caratteristiche che permettevano di ritenere l'intervento compatibile con la Costituzione<sup>945</sup>, considerato che un rinvio "definitivo" di tali poteri ai contratti collettivi avrebbe potuto ledere la competenza esclusiva delle Regioni sul tema della formazione professionale.

Nella successiva riforma del 2008, il legislatore statale non è sembrato però preoccuparsi del "flessibile" confine che divideva già la normativa statale (improntata a favorire una veste *privatistica* della formazione) dalla possibilità di ulteriori censure di costituzionalità avanzate dalle Regioni, per la violazione delle loro competenze sulla materia.

Con la l. n. 133/2008, il bacino delle prerogative statali in materia di apprendistato professionalizzante è stato infatti ampliato attraverso la possibilità di svolgere percorsi formativi anche solo all'interno delle aziende; in tale prospettiva, il quadro costituzionale che attribuisce alle Regioni la competenza esclusiva in materia di formazione è stato interpretato in senso restrittivo, riconoscendo ai legislatori regionali il potere di ordinare lo svolgimento degli insegnamenti esterni alle imprese e, riducendo il significato di tale formazione, ad elemento solo accessorio nella dinamica formativa del contratto di apprendistato.

<sup>942</sup> È giustamente critico rispetto alla configurazione della formazione aziendale, come un requisito connesso alla qualificazione dell'apprendistato come ad un contratto di lavoro a causa mista M. Barbieri, *Apprendistato professionalizzante: la leale collaborazione impossibile (per ora)* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 2, p. 1070.

<sup>943</sup> Vd. l'art. 13, comma 13 *bis*, introdotto con la l. 14 maggio 2005 n. 80; per il commento cfr. M. Roccella, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *Studi in memoria di Edoardo Ghera*, 2007, p. 999; D. Comandé, *Il diritto del lavoro al "plurale". Regioni e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzante* in *Dir. Relaz. Ind.*, 2008, n. 4, p. 997.

<sup>944</sup> Cfr. la circolare del Ministero del lavoro n. 30/2005 che ha ritenuto salve e pertanto applicabili, non solo le leggi regionali, ma anche le sperimentazioni regionali e le relative delibere di Giunta, nei limiti derivanti dal rispetto del criterio di compatibilità con l'assetto legislativo nazionale e di cooperazione inter-istituzionale.

<sup>945</sup> Così come confermato, tra l'altro, nel giudizio di legittimità sull'art. 23 comma 4 del d. l. n. 112/2008 che (allo stesso modo) affidava la disciplina dell'apprendistato in alta formazione, in assenza di regolamentazioni regionali, a convenzioni tra Università e datori di lavoro, ritenute legittime in Corte Cost. 14 maggio 2010, n. 176; cfr. *amplius*, *infra*, nota 35.

In specie, il comma 5 *ter* dell'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003<sup>946</sup> aveva sancito che «in caso di formazione esclusivamente aziendale» la definizione dei profili formativi di questa fattispecie fosse di competenza esclusiva della fonte collettiva (nazionale, territoriale o aziendale) ovvero degli enti bilaterali, con l'attribuzione ad essi del potere di definire la nozione stessa di formazione aziendale, oltre che delle caratteristiche specifiche per il suo svolgimento nel rapporto di lavoro<sup>947</sup>.

Tale disposizione interveniva nonostante la prospettiva di un prossimo e più radicale cambiamento, connesso alla riapertura dei termini per l'esercizio, da parte del Governo, della delega destinata al riordino della disciplina<sup>948</sup>; inoltre, l'apprendistato professionalizzante aveva già ricevuto specifica attuazione in quasi tutte le Regioni (sebbene solo in poche fosse anche già stabilita una offerta formativa pubblica) e la finalità dell'intervento, anche per tale ragione, pareva ritrovarsi nella volontà di accelerare il percorso di privatizzazione della formazione, attraverso la sostituzione delle normative regionali, con le regole previste dalla contrattazione collettiva.

L'equilibrio istituzionale auspicato dalla Corte Costituzionale era stato così fortemente messo in discussione, considerato che il legislatore statale aveva sganciato da ogni rilievo pubblicistico lo svolgimento della formazione per l'apprendistato del secondo tipo, configurando per i contratti collettivi il potere sia di prevedere una formazione solo aziendale o anche *esterna* sia di determinare il contenuto e le modalità della formazione aziendale.

In sostanza, laddove le parti sociali avessero disposto lo svolgimento della formazione solo nell'ambito della azienda, si sarebbe consentito che l'attività di addestramento fosse stata svolta, controllata e certificata, anche in difetto o contrasto con le regole stabilite dalle Regioni.

Per questi effetti, il comma 5 *ter* è stato impugnato da nove Regioni<sup>949</sup>, davanti alla Corte Costituzionale che, a sua volta, ne ha dichiarato la parziale illegittimità per violazione degli artt. 117 e 120 della Cost., nonché per violazione del principio di leale collaborazione<sup>950</sup>: in specie, è stato

<sup>946</sup> Come introdotto con l'art. 23, comma 2 del d. l. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008.

<sup>947</sup> Ai sensi del comma 5 *ter*, le parti sociali venivano autorizzate a regolare: a) la durata e le modalità di erogazione della formazione in apprendistato; b) le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali; c) la registrazione nel libretto formativo. In forza di tale disposizione, ai contratti collettivi di ogni livello era inoltre conferito il potere di stabilire la nozione di «formazione esclusivamente aziendale» e di scegliere il monte ore di formazione formale per l'acquisizione delle competenze di base e tecnico-professionali. Il rinvio alla contrattazione collettiva del potere di definire la nozione nasceva dall'assenza di un riferimento univoco dell'istituto tra le fonti legali; in dottrina, è stato sottolineato come la «formazione aziendale» non debba essere intesa solo come lo svolgimento di attività formative all'interno delle aziende, potendo riferirsi anche alla mera organizzazione e finanziamento di tali attività da parte delle aziende cfr. A. Muratorio, *La formazione dell'apprendistato professionalizzante tra legislazione prassi ed interventi giurisprudenziali* in *Lav. giur.*, 2010, vol. 18, n. 11, p. 1129.

<sup>948</sup> Vd. l'art. 1, comma 30, lett. c) e 33 della legge n. 247/2007.

<sup>949</sup> I ricorsi di otto Regioni (senza quello della Regione Puglia), sono pubblicati in *Adapt*, Boll. spec. n. 18, 2010.

<sup>950</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza 10 Maggio 2010, n. 176 in *NGCC*, 2010, p. 1104 con nota di A. Muratorio, *La Corte Costituzionale e la «controriforma» verso il coinvolgimento pubblico della riforma legislativa in senso aziendalistico della formazione interna nell'apprendistato professionalizzante*; D. Papa, *Il contratto di apprendistato*, cit., p. 141; R. Santagata, *La formazione aziendale in una recente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di apprendistato professionalizzante*, cit., p. 1109; E. Carminati, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 176 del 2010*, cit., p. 448; G. Falasca, *Apprendistato. La Corte Costituzionale cancella il «doppio canale»* in *Informatore de Il Sole 24 Ore*, 2010, n. 22; nello stesso senso v. Corte Cost. 19 dicembre 2006 n. 425, in *Foro it.* 2007, n. 1, p.1036; la sentenza n. 176/2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 5 *ter* art. 49 del d.lgs. n. 276/2003, limitatamente agli incisi «non opera quanto previsto al comma 5. In questa ipotesi» e «integralmente», che nell'interpretazione della Corte sono stati considerati lesivi delle prerogative spettanti alle Regioni, ai sensi del comma 5 del medesimo articolo. La Corte ha infatti specificato che il coinvolgimento delle Regioni nella configurazione dei profili formativi

censurato l'approccio autoreferenziale attraverso il quale la disposizione ammetteva che la contrattazione collettiva potesse scegliere, in difetto di concertazione con le Regioni, sui profili formativi dell'istituto, minandone in tal modo la struttura basata sull'equilibrio tra formazione (anche pubblica) e lavoro.

Inoltre, la Corte aveva evidenziato come anche questo tipo di apprendistato avesse una "proiezione esterna all'azienda", testimoniata dalla spendibilità, nel mercato del lavoro esterno, della qualificazione che l'apprendista consegue al termine del percorso e, anche per tale ragione, vi fosse la necessità di regolare l'istituto per il tramite delle Regioni, quali responsabili degli interessi pubblici che sono sottesi al riconoscimento del percorso formativo<sup>951</sup>.

Con la sentenza n. 176/2010, dal testo della disposizione sono stati estrapolati, così, gli incisi che testimoniavano questa autodeterminazione e rigidità collettiva, facendo sì che, per l'apprendistato professionalizzante, nella nuova versione epurata dai riferimenti giudicati incostituzionali del comma 5 *ter*, fosse possibile prevedere una formazione esclusivamente aziendale organizzata dalla contrattazione collettiva di tutti i livelli, solo quando questa fosse compatibile con quanto disposto a livello regionale ai sensi del comma 5 del medesimo articolo; in tal senso, la formazione aziendale avrebbe potuto assumere la veste di unica forma di formazione espletata dall'apprendista sia quando nel coinvolgimento con le Regioni ai sensi dell'art. 49, comma 5, queste lo avessero approvato sia nel caso, in assenza di discipline regionali, la contrattazione collettiva di livello nazionale avesse disposto in tal senso, intervenendo in via suppletiva ai sensi dell'art. 49, comma 5 *bis*<sup>952</sup>.

---

dell'istituto, deriva anche dalle prerogative che lo stesso d.lgs. n. 276/2003 riconosce alle Regioni a proposito della registrazione nel libretto formativo delle competenze acquisite durante il percorso formativo in apprendistato e dei crediti formativi per il proseguimento nei percorsi di istruzione e di istruzione e formazione professionale *ex art.* 51 d.lgs. n. 276/2003; cfr. *amplius* M. D'Onghia, *Ancora una pronuncia della Corte Costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni in tema di apprendistato*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 4, p. 653.

<sup>951</sup> In questo stesso v. M. Barbieri, *Apprendistato professionalizzante: la leale collaborazione impossibile (per ora)*, cit., p. 1079; cfr. *etiam* M. D'Onghia, *Ancora una pronuncia della Corte Costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni in tema di apprendistato*, cit., p. 644, la quale sottolinea come l'affidamento alle Regioni delle funzioni di controllo sui profili formativi non costituisca solo il corretto adempimento del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, ma anche un meccanismo preventivo per evitare che gli sgravi contributivi connessi alla stipulazione del contratto, siano qualificati come aiuti di Stato secondo la disciplina comunitaria.

<sup>952</sup> cfr. M. Tiraboschi, *L'apprendistato dopo la sentenza n. 176/2010: prime indicazioni operative*, in *Adapt*, 11 giugno 2010; A. Muratori, *La Corte Costituzionale e la «controriforma» verso il coinvolgimento pubblico della riforma legislativa in senso aziendalistico della formazione interna nell'apprendistato professionalizzante*, cit., p. 1114; M. Barbieri, *Apprendistato professionalizzante: la leale collaborazione impossibile (per ora)*, cit., p. 1082. Da tener presente è che la sentenza n. 176/2010 ha avuto anche un effetto salvifico sulle previsioni dell'art. 23 della legge n. 133/2008, che hanno integrato la disciplina del contratto di apprendistato del terzo tipo *ex art.* 50 del d.lgs. n. 276/2003; in specie, all'art. 50 è stato aggiunto l'inciso che ammette l'attivazione dell'istituto anche «in assenza di regolamentazioni regionali», attraverso la stipula di «apposite convenzioni [dei] datori di lavoro con le università e le altre istituzioni formative». La Corte ha reputato *legittima* tale modifica sottolineando che l'intervento sostitutivo, attuato attraverso la stipula delle convenzioni, tende a perdere d'efficacia quando la singola Regione voglia esercitare le proprie prerogative sulla materia, risultando così compatibile con il sistema di competenze previsto dall'art. 117 Cost. e con gli obblighi di leale collaborazione stabiliti all'art. 120 Cost.. Sull'efficacia "cedevole" della disposizione cfr. M. D'Onghia, *Ancora una pronuncia della Corte Costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni in tema di apprendistato*, cit., p. 647.

### 3.2. *Segue. c) il Testo Unico dell'apprendistato e la soluzione al conflitto istituzionale*

La riforma approvata con il Testo Unico dell'apprendistato ha realizzato la concertazione tra lo Stato e le Regioni, sui temi della formazione, già propugnata dal Giudice delle Leggi nei giudizi di costituzionalità che hanno interessato sullo stesso tema la disciplina previgente.

Sotto il profilo procedimentale, il riordino della materia si è avuto grazie ad un'Intesa tra il Governo e le Regioni<sup>953</sup>, che è stata sottoposta alle parti sociali e poi approvata in via definitiva con il d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167<sup>954</sup>, secondo la procedura prevista nella delega che il cd. Collegato lavoro<sup>955</sup> aveva riformulato dopo lo spirare dei termini inizialmente previsti<sup>956</sup>.

Prima di analizzare le innovazioni del d.lgs. n. 167/2011<sup>957</sup>, pare necessario soffermarsi sull'*iter* di approvazione di questa nuova normativa e, in specie, sulle reciproche volontà che lo Stato e le Regioni hanno manifestato sul tema del riparto di competenze.

L'Intesa da cui è scaturito il Testo Unico ha, infatti, messo in evidenza la volontà delle parti trattanti di superare la dialettica dello *scontro*, favorendo percorsi di analisi condivisi e, in una logica di rinnovamento, risolvere il conflitto istituzionale che in precedenza aveva caratterizzato in maniera specifica la formazione pubblica nell'apprendistato professionalizzante.

A tal proposito la principale novità che viene in rilievo dalla nuova disciplina è la scelta di *responsabilità* compiuta dalle Regioni, che hanno accettato di gestire la formazione pubblica di loro competenza tramite un approccio "multiforme", cioè secondo parametri ed intensità differenti a seconda delle tre tipologie di contratto.

In tal senso, lo svolgimento dei percorsi formativi più impegnativi è stato rivolto ai modelli contrattuali più interessati dalle influenze del sistema d'istruzione, mentre un valore meramente residuale è stato destinato alla formazione pubblica in apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere (d'ora in poi contratto di mestiere).

In una logica di sostanziale continuità con la filosofia che ha caratterizzato le scelte sull'apprendistato della legge Biagi e dei suoi interventi integrativi, l'approccio "multiforme" ai profili formativi, emerso con la riforma del Testo Unico, ha fatto in modo che la gestione della formazione nel contratto di mestiere fosse conferita in maniera pressoché generale ai datori di lavoro<sup>958</sup>.

Nel nuovo testo di legge *l'impresa* è, infatti, identificata come canale di propulsione per l'apprendimento delle competenze e ciò, in specie, per il secondo dei tre modelli contrattuali riproposti

<sup>953</sup> Intesa del 7 luglio 2011.

<sup>954</sup> In vigore dal 25 ottobre 2011 e recante il Testo Unico dell'apprendistato. La dottrina si è interrogata sulla riconducibilità del d.lgs. n. 167/2011 ai Testi unici ricognitivi, piuttosto che ai Testi unici fonte, accogliendo la seconda alternativa per il carattere innovativo che emerge da questa disciplina cfr. M. D'Onglia, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 1, p. 213.

<sup>955</sup> Vd. l'art. 46, comma 1, lett. b), della legge n. 183/2010.

<sup>956</sup> Vd. l'art. 1, comma 30, lett. c) e 33, della legge n. 247/2007. La delega aveva in origine la scadenza del 31 dicembre 2008, ma non era stata attuata a causa della fine anticipata della XV legislatura.

<sup>957</sup> Vd. *amplius* § 4.

<sup>958</sup> Vd. l'art. 4 comma 3 del d.lgs. n. 167/2011.



con il Testo Unico<sup>959</sup>, che si rivolge all'acquisizione di una categoria professionale; in tal senso, è previsto che per questa tipologia di apprendistato la formazione pubblica di origine regionale abbia una veste solo *integrativa*, confinata allo svolgimento di attività di durata massima pari a centoventi ore nel triennio e nei limiti delle risorse annualmente disponibili<sup>960</sup>.

Le scelte compiute sul tema della formazione pubblica, per il contratto di mestiere, derivano da due principali fattori: da un lato, la precisazione di una natura solo professionale delle finalità che l'istituto si propone di perseguire e, dall'altro, la valutazione delle condizioni fattuali che, sino ad allora, aveva caratterizzato lo svolgimento di tali percorsi formativi.

In relazione al primo profilo, nel nuovo Testo Unico, con maggiore precisione rispetto a quanto stabilito all'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003, è infatti previsto che il contratto di mestiere sia rivolto all'acquisizione di una qualifica ai fini contrattuali<sup>961</sup>, escludendo di fatto tale percorso da quelli utili al riconoscimento di un titolo di studio e, in tal modo, giustificando una limitazione della consistenza della formativa pubblica da erogare.

Il potere di determinare i profili formativi della fattispecie è stato così affidato alle imprese, responsabili dell'apprendimento *on the job* e, i singoli legislatori regionali, responsabili dei contenuti e delle modalità di attuazione della (residuale) componente formativa pubblica, hanno generalmente accettato che le stesse imprese, se dotate dei requisiti di adeguatezza, possano gestire i percorsi formativi per l'acquisizione delle competenze di base e trasversali<sup>962</sup>.

Sotto il secondo profilo, la scelta di limitare al minimo l'intervento regionale per il contratto di mestiere deriva dall'autovalutazione effettuata dalle Regioni sulle risorse in concreto disponibili per finanziare i percorsi di formazione pubblica.

Rilevato che appena 1/3 dei contratti di apprendistato stipulati riusciva a godere di un'offerta formativa pubblica<sup>963</sup>, e che l'apprendistato professionalizzante copriva circa l'80% delle risorse destinate alla formazione pubblica in apprendistato<sup>964</sup>, si è scelto di ridurre il monte ore per la

<sup>959</sup> Il d.lgs. n. 167/2011 ha esteso il campo di applicazione soggettivo del contratto di apprendistato ammettendo l'utilizzo dell'istituto per l'assunzione dei lavoratori in mobilità (art. 7 co. 4 del d.lgs. n. 167/2011) e dei giovani impiegati in percorsi di ricerca o di praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche (art. 5 co. 2 d.lgs. n. 167/2011); ciò nonostante le principali tipologie di contratto richiamate nel Testo Unico, ripropongono i modelli introdotti con il d.lgs. n. 276/2003, riportandoli con lievi correzioni nominalistiche: il vecchio «Apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione» (art. 48 del d.lgs. n. 276/2003) è divenuto «Apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale» (art. 3 del d.lgs. n. 167/2011); l'«Apprendistato professionalizzante» (art. 49 del d.lgs. n. 276/2003) ha preso il nome di «Apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere» (art. 4 del d.lgs. n. 167/2011), mentre l'«Apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione» (art. 50 del d.lgs. n. 276/2003) è ora «Apprendistato di alta formazione e di ricerca» (art. 5 del d.lgs. n. 167/2011).

<sup>960</sup> Vd. l'art. 4 comma 3 del d.lgs. n. 167/2011; le imprese sono inoltre esenti da responsabilità, in caso di mancata erogazione all'apprendista di tale tipo di apprendimento, quando le Regioni l'hanno definito solo come facoltativo ovvero quando, in assenza di differenti regolazioni collettive, non è stata predisposta una congrua offerta regionale cfr. circolare del Ministero del lavoro n. 5/2013.

<sup>961</sup> Vd. l'art. 4 comma 2 del d.lgs. n. 167/2011 ove è previsto che la contrattazione collettiva di qualsiasi livello ha il potere di decidere della durata e delle modalità di erogazione della formazione da svolgere durante il periodo di apprendistato «per l'acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche in funzione dei profili professionali stabiliti nei sistemi di classificazione e inquadramento del personale».

<sup>962</sup> Cfr. AA.VV., *Monitoraggio sull'apprendistato. XIV Rapporto*, Isfol, Roma, 2014, p. 18; cfr. *amplius, infra*, § 4.2.

<sup>963</sup> Cfr. AA.VV., *Monitoraggio sull'apprendistato. XIV Rapporto*, cit., p. 80.

<sup>964</sup> Cfr. AA.VV., *Monitoraggio sull'apprendistato. XIV Rapporto - Allegato statistico*, Isfol, Roma, 2014, p. 5.



tipologia di apprendistato più diffusa (e, quindi, più onerosa), ma al contempo meno bisognosa delle garanzie derivanti dallo svolgimento di percorsi di formazione pubblica.

#### 4. L'articolazione per tipologie di contratto: a) l'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale

L'entrata in vigore del Testo Unico ha incentivato l'attività di regolamentazione regionale sui temi della formazione per i contratti di apprendistato del primo tipo, per i quali a differenza di quanto accaduto sotto la vigenza della precedente disciplina, sono stati previsti interventi attuativi nella maggior parte delle Regioni<sup>965</sup>.

Questa tipologia di apprendistato ha incisivi intrecci con il sistema di istruzione, essendo finalizzata a far conseguire all'apprendista la qualifica e/o il diploma professionale e, quindi, a permettere di assolvere anche gli obblighi di istruzione; anche per tale ragione, nel nuovo sistema introdotto con il Testo Unico, le Regioni hanno mantenuto un incisivo potere di regolazione in tema di formazione, e il problema della eterogeneità delle regole adottate è stato superato, almeno con riguardo agli aspetti fondamentali del fenomeno formativo, con l'accordo Stato-Regioni del 15 marzo 2012<sup>966</sup>, che ha eseguito il rinvio operato dall'art. 3 comma 2 del d.lgs. n. 167/2011.

La regolamentazione della fattispecie su quasi tutto il territorio nazionale non ha sinora portato ad una corrispondente disponibilità di offerte formative, presenti solo in poche realtà regionali e, comunque, effettivamente fruite da un numero di giovani lavoratori di modestissima entità<sup>967</sup>.

In effetti, il Testo Unico non è riuscito a rimuovere quei fattori negativi, che già in passato minavano l'attuazione della fattispecie, e che oggi contribuiscono a fare dell'apprendistato del primo tipo, un modello condiviso solo sulla carta, nella maggior parte delle Regioni.

In tal senso, sono stati rilevati fattori avversi come l'assenza di una cultura della formazione professionale, che configuri come d'interesse anche per le imprese, l'apprendimento di un mestiere da parte dei giovanissimi; l'inerzia regolativa delle parti sociali che sinora hanno prodotto misure specifiche per l'istituto solo in un numero limitato di accordi<sup>968</sup>; oltre alla mancanza di una logica

<sup>965</sup> Per questa tipologia di apprendistato non risultano aver dato ancora attuazione al d.lgs. n. 167/2011, la Valle d'Aosta e il Lazio; le regolazioni introdotte in Umbria, Campania e Puglia si sono però occupate solo di rinviare ad una successiva regolamentazione la definizione specifica dell'articolazione formativa.

<sup>966</sup> In specie, con detto accordo, il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano hanno definito le figure nazionali di riferimento per le qualifiche e i diplomi professionali conseguibili, rinviando all'uopo, alle ventidue figure nazionali per le qualifiche professionali triennali e alle ventuno figure nazionali relative ai diplomi professionali di durata quadriennale istituite con il Repertorio nazionale dell'offerta di istruzione e formazione professionale, di cui all'Accordo in Conferenza Stato-Regioni del 27 luglio 2011, come integrato dalla Conferenza Stato-Regioni del 19 gennaio 2012. Inoltre, l'accordo del 15 Marzo 2012 ha definito gli standard minimi formativi per le competenze tecnico professionali e di base, da acquisire per ciascuna delle predette figure di riferimento, e la durata minima dei percorsi formativi, fissata in quattrocento ore annue.

<sup>967</sup> Nel 2013 sono stati attivati percorsi formativi in apprendistato, per l'acquisizione della qualifica e del diploma professionale, soltanto in Piemonte, Lombardia, Veneto e Provincia Autonoma di Bolzano. Anche in ragione della fase di transizione tra la vecchia e nuova disciplina, e quindi dei tempi necessari alle Regioni per dare attuazione all'art. 3 del d.lgs. n. 167/2011, nel biennio 2012-2013 gli iscritti ai percorsi formativi legati alla stipula di questo contratto sono stati solo 2116, di cui la stragrande maggioranza (89,1%), inserita nel sistema "duale" della Provincia Autonoma di Bolzano (dati Isfol, 2014).

<sup>968</sup> Risulta che su centosei, tra accordi e rinnovi contrattuali, riguardanti l'apprendistato dal 2011 ad oggi solo diciassette hanno regolato in maniera specifica il primo tipo cfr. AA.VV., *Apprendistato alla tedesca: alcuni (timidi) passi di avvicinamento?* in (a cura di) M.

di sistema da parte delle Regioni, che abbia consentito di investire in un modello affidabile di formazione “duale”, come quello previsto ad esempio nella Provincia di Bolzano, o in altri Paesi europei come la Germania, ove rappresenta la base portante del sistema di formazione professionale<sup>969</sup>.

Soffermandoci sull'ultimo di questi tre profili, dalle rilevazioni statistiche è emerso che questo istituto ha ricevuto un'ampia diffusione quantitativa solo ove il suo utilizzo si è innestato, in maniera “duale”, nel sistema pubblico di istruzione, come canale alternativo alla formazione professionale a tempo pieno<sup>970</sup>.

In specie, ciò è accaduto nel territorio della Provincia autonoma di Bolzano ove l'apprendistato del primo tipo è inquadrato tra i percorsi di istruzione e formazione che i giovani sono chiamati a intraprendere dopo la licenza media, per conseguire una qualifica (tre anni) o un diploma professionale (quattro anni), ed è divenuto uno strumento portante per il mercato del lavoro locale, grazie alla sua capacità di veicolare il passaggio dei giovani dal sistema scolastico a quello del lavoro<sup>971</sup>.

La positiva applicazione del sistema “duale”, fatta in Alto Adige, ha portato ad identificare l'utilizzo di questo istituto, come una delle principali cause dell'alto tasso di occupazione giovanile che si registra in tale territorio<sup>972</sup> e, quindi, delle maggiori aspettative positive che i sudtirolesi, tra i quindici e i diciannove anni, ripongono nella ricerca di un lavoro, rispetto ai giovani del resto del Paese<sup>973</sup>.

Dal punto di vista dei contenuti formativi, l'applicazione di questo sistema ha permesso di inglobare la formazione esterna all'impresa, cui sono obbligati gli apprendisti, tra le attività da svolgere all'interno delle scuole pubbliche professionali, con un considerevole ampliamento dell'offerta formativa per i giovani lavoratori (fino a centootto diversi profili professionali), e risolvendo così uno dei principali problemi che compromette l'attivazione dell'istituto da parte delle Regioni, quello cioè della ricerca di enti privati idonei a garantire lo sviluppo delle competenze di base e tecnico-professionali, per i profili scelti dai giovani e/o richiesti sul territorio.

Tiraboschi, *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d. l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt University Press, Modena, 2014, n. 25, p. 54.

<sup>969</sup> Cfr. M. Weiss, *Formazione professionale in Germania: il sistema duale* in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, n. 1, p. 294.

<sup>970</sup> Cfr. AA.VV., *Monitoraggio sull'apprendistato. XIV Rapporto*, cit., p. 30; R. Ciciomessere, *Il sistema duale di apprendistato per fronteggiare la disoccupazione giovanile: il modello della Provincia autonoma di Bolzano*, in *Italialavoro*, 2013, Agosto, p. 21.

<sup>971</sup> Il successo nella Provincia autonoma di Bolzano dell'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale è testimoniato dai dati statistici, che fanno emergere come tale percorso sia scelto da oltre l'11% degli alunni altoatesini iscritti ai corsi della scuola secondaria superiore e che, inoltre, attraverso di esso circa il 20% dei giovani di tale territorio assolva l'obbligo di istruzione vd. C. Baumgartner, *Forze e debolezze dell'apprendistato. Un'analisi dell'esperienza della Provincia autonoma di Bolzano* in *Boll. Adapt*, 13 aprile 2010, p. 1.

<sup>972</sup> Cfr. i dati Istat riportati nella tabella 1.12 in R. Ciciomessere, *Il sistema duale di apprendistato per fronteggiare la disoccupazione giovanile: il modello della Provincia autonoma di Bolzano*, cit., p. 11; in specie, la Provincia di Bolzano si distingue dal resto del Paese, per l'elevato tasso di occupazione giovanile (40%), superiore di oltre ventuno punti percentuali rispetto a quello della media italiana.

<sup>973</sup> Il ritardo nella transizione dei giovani dalla scuola al lavoro, che caratterizza tutte le nostre Regioni, non riguarda la provincia di Bolzano ove la fascia di occupati tra i 15-19enni (17,1%) è molto superiore a quella delle singole macro-aree italiane (ad es. il Centro-Nord con il 4,6% e il Mezzogiorno con il 2,5%), oltre ad essere superiore alla media europea (15,2%) [dati Istat, 2014].

Il rilancio dell'apprendistato del primo tipo nell'esperienza altoatesina è comunque anche connesso all'efficienza e all'alta qualità delle istituzioni che se ne occupano<sup>974</sup>, le quali hanno ricreato una fitta rete di contatti con il tessuto produttivo locale, garantendo vantaggi diretti per l'impresa che utilizzano questo strumento<sup>975</sup>.

A fronte della relazione riscontrata su questo territorio tra lo sviluppo della fattispecie e l'aumento dell'occupazione giovanile, in nessuna delle Regioni del nostro Paese sono stati sinora effettuati investimenti per un utilizzo "duale" dell'apprendistato del primo tipo; l'inerzia regionale sotto tale profilo si è posta in contrasto anche con quanto affermato in letteratura, ove da tempo si sostiene la necessità di sviluppare strumenti per un approccio integrato tra il sistema scolastico e il mondo del lavoro, in modo da adeguare il nostro Paese ai mercati degli altri *partner* europei<sup>976</sup>.

In tale contesto, il legislatore statale ha continuato ad integrare la struttura della fattispecie, come prevista dal Testo Unico, con misure di dettaglio, senza sviluppare linee di programmazione ed attuazione analitiche sulle quali far convergere le politiche degli organi regionali.

Dapprima con l'intervento del 2013 è stata introdotta una disposizione che si occupa di ammettere la prosecuzione del rapporto di lavoro, dopo il conseguimento della qualifica o del diploma professionale in apprendistato, grazie alla sua trasformazione in contratto di mestiere<sup>977</sup>.

La "staffetta" tra i due modelli contrattuali, che questa modifica normativa consente, oltre a procurare difficoltà esegetico-sistematiche, in relazione all'inquadramento dell'apprendistato come contratto di lavoro a tempo indeterminato, dimostra una incoerenza di fondo tra la finalità con essa perseguita, quella cioè di consentire agli apprendisti del primo tipo «di acquisire la qualifica ai fini contrattuali», e gli obiettivi dettati con l'art. 6 del d.lgs. n. 167/2011.

In specie, risulta tradito il percorso di più ampio respiro che il legislatore si era proposto di perseguire con l'istituzione di un repertorio delle professioni, che avrebbe dovuto armonizzare le qualifiche professionali, in modo da inquadrarle nei sistemi collettivi di classificazione del personale, intervenendo così anche su questa categoria di apprendisti<sup>978</sup>.

<sup>974</sup> Così come rileva R. Cicciomessere, *Il sistema duale di apprendistato per fronteggiare la disoccupazione giovanile: il modello della Provincia autonoma di Bolzano*, cit., p. 36, che riferendosi ai dati della Commissione Europea riportati nel documento *EU Regional Competitiveness Index 2013*, sottolinea come la Provincia di Bolzano, per qualità delle istituzioni e della *governance*, sia prima tra le amministrazioni regionali d'Italia, e si collochi tra le prime cento in Europa.

<sup>975</sup> Per l'assunzione con contratti di apprendistato dei giovani assistiti da un ufficio pubblico di assistenza (per esempio l'ufficio famiglia e gioventù, il servizio medicina sociale, ecc.) è previsto un contributo in relazione ai semestri di apprendistato da svolgere fino ad un massimo di quattro, che si aggiunge alle agevolazioni contributive previste dallo Stato.

<sup>976</sup> Vd. G. Bertagna, *Apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., p. 305; P. Ryan, *Apprendistato: tra teoria e pratica, scuola e luogo di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, n. 4, p. 913.

<sup>977</sup> Vd. l'art. 9, comma 3 del d. l. n. 76/2013 convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 99 ove inoltre è affermato che la durata massima complessiva dei due periodi di apprendistato non può eccedere quella individuata dalla contrattazione collettiva.

<sup>978</sup> Per un commento dell'art. 6 del d.lgs. n. 167/2011, sul tema della correlazione tra standard professionali e standard formativi, anche attraverso la creazione di un repertorio delle professioni si veda L. Rustico, M. Tiraboschi, *Standard professionali e standard formativi*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., p. 423. In relazione all'art. 8 del d.lgs. n. 13/2013 che ha istituito il repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione cfr. U. Buratti, *Un repertorio nazionale "unico" solo in apparenza*, in U. Buratti, L. Casano, L. Petruzzo, (a cura di), *Certificazione delle competenze, Prime riflessioni sul decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13*, Adapt University Press, Modena, 2013, p. 34.

Da ultimo, con la recente legge n. 78/2014, la disciplina della fattispecie è stata integrata con una modifica di dettaglio e di dubbia opportunità, che non pare poter avere effetti diretti sul rilancio dell'istituto.

All'art. 3 del d.lgs. n. 167/2011 è stato aggiunto il comma 2-ter, che ha permesso di riconoscere agli apprendisti, in aggiunta al trattamento economico per il lavoro prestato, il diritto ad essere pagati per le ore di formazione svolte, nella misura minima del 35% del relativo monte ore complessivo, facendo salve le disposizioni previste dalla contrattazione collettiva.

Il riconoscimento di uno standard retributivo minimo, che si differenzi da quello che l'apprendista percepisce per l'attività lavorativa, non è coerente con l'impostazione tradizionale che attribuisce anche al *lavoro* svolto in apprendistato una funzione formativa e che, tra l'altro, prevede il sotto-inquadramento o la retribuzione graduale all'anzianità di servizio<sup>979</sup>, come strumenti compensativi per il vantaggio (in natura) che il giovane lavoratore riceve dal suo addestramento<sup>980</sup>.

Facendo salvi i trattamenti previsti nei contratti collettivi, la disposizione sembra voler rimediare in maniera contingente all'assenza di interventi in materia da parte delle parti sociali; ciò nonostante la tecnica utilizzata non consente di auspicare ripercussioni positive sulla diffusione dell'istituto.

Occorre premettere che da tempo si è iniziato a discutere tra gli interpreti, oltre che nelle sedi regionali, della tendenza delle imprese ad investire sul modello di apprendistato che garantisce minori obblighi formativi e, quindi, della necessità di studiare per l'apprendistato del primo tipo, un sistema incentivante che compensasse i maggiori oneri formativi ad esso connessi, rispetto al contratto di mestiere<sup>981</sup>.

In tal senso, particolare significato hanno assunto modalità di incentivazione della fattispecie, come la variazione del monte ore di formazione in senso inversamente proporzionale all'età e alle esperienze pregresse degli apprendisti<sup>982</sup> ovvero il riconoscimento degli sgravi contributivi

<sup>979</sup> Vd. l'art. 2, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 167/2011.

<sup>980</sup> Cfr. *supra*, § 1, nota 3.

<sup>981</sup> Il rischio che il contratto di mestiere, per i minori obblighi formativi che ad esso sono connessi, possa togliere spazio applicativo all'apprendistato del primo tipo, in relazione alle assunzioni dei giovani nella fascia di età tra i diciotto e i venticinque anni, è già stato evidenziato in dottrina da P.A. Varesi, *Il Testo Unico dell'apprendistato: note sui profili formativi*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, n. 4, p. 1013, il quale ha perciò sottolineato la necessità di diffondere meccanismi incentivanti per questo istituto come, ad esempio, la scala retributiva in rapporto alla durata della formazione da svolgere. Nello stesso senso anche M. Tiraboschi, *Tirocini e apprendistato: impianto e ragioni della riforma*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, n. 4, p. 947, il quale, dopo aver riportato i dati sull'apprendistato relativi alle principali realtà europee (Francia, Regno Unito, ecc.), sottolinea la comune tendenza di questi Stati ad ammettere un rapporto di proporzionalità inversa tra formazione e retribuzione; in specie, l'Autore dimostra che l'apprendista gode di una retribuzione assimilabile a quella prevista per il lavoratore subordinato ordinario, quando il rapporto prevede una componente formativa assai bassa, prevedendosi al contrario un drastico abbattimento del trattamento economico quando gli oneri formativi sono più incisivi. Tra le tecniche per incentivare l'utilizzo di questo istituto, quella che prende in considerazione l'applicazione degli sgravi contributivi è stata oggetto di diverse proposte da parte delle Regioni; ad esempio, l'Emilia Romagna e la Lombardia hanno manifestato il loro appoggio a misure che consentano di differenziare gli sgravi contributivi, in proporzione all'entità del monte ore di formazione previsto, oltre che esprimersi con parere favorevole rispetto al riconoscimento dei contributi statali in via prioritaria per l'apprendistato del primo e del terzo tipo (al contrario di quanto prevede la vigente normativa che ammette l'applicazione, nei periodi di formazione, di sgravi contributivi del 100% per qualsiasi tipo di apprendistato).

<sup>982</sup> Il monte ore di formazione previsto per gli apprendisti minorenni è più ampio di quello previsto per gli *over 18*, ad esempio, nelle regolazioni regionali di Piemonte, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna e Abruzzo.

alle aziende, in rapporto proporzionale alla durata della formazione che l'apprendista assunto è chiamato a svolgere.

Accanto alle tecniche di incentivazione indicate, l'intervento sulla retribuzione dell'apprendista rappresenta un altrettanto valido metodo per promuovere tra le imprese l'utilizzo di questo istituto; di fatto, la riduzione della retribuzione, rispetto a quella garantita per il lavoratore ordinario, è tra le principali cause dell'ampia diffusione che l'istituto ha ricevuto negli altri Paesi europei<sup>983</sup>.

Nel nostro caso, però, il riconoscimento di un specifico trattamento economico, parametrato alla formazione svolta, grava come un costo ulteriore per le imprese.

Va sottolineato che il datore di lavoro sceglie di assumere un apprendista per formarlo nella sua attività lavorativa e, quindi, il suo principale interesse è quello di impiegarlo quanto più possibile all'interno dell'organizzazione produttiva; sotto il profilo economico, l'impresa valuta la convenienza dell'istituto, bilanciando il minor costo orario per l'utilizzo dell'apprendista rispetto ad un lavoratore ordinario, con lo svantaggio organizzativo che deriva da un impiego forzatamente ridotto del giovane lavoratore, vista la necessità di questi di assolvere gli obblighi formativi.

Al contrario di quanto fosse auspicabile, il sistema retributivo stabilito nella nuova disposizione, fa in modo che al crescere del numero di ore di formazione, l'azienda sia costretta a pagare di più il giovane lavoratore, aggiungendo allo svantaggio economico, anche quello organizzativo derivante dal minor impiego dell'apprendista nell'attività di impresa.

Inoltre, questo sistema con il quale il trattamento economico è legato alla durata della formazione, fa sì che l'aggravio per le imprese sia più incisivo per i territori, come ad esempio l'Emilia Romagna, ove la regolazione regionale prevede una formazione formale ad elevata intensità (mille ore annue)<sup>984</sup>, senza che ciò abbia una plausibile logica di sistema.

#### 4.1. *Segue. b) il contratto di mestiere*

Come abbiamo avuto modo già di sottolineare<sup>985</sup>, con la disciplina del Testo Unico, la competenza regionale sui profili formativi, per il contratto di mestiere, è stata fortemente ridimensionata a vantaggio delle parti sociali, alle quali è stato riconosciuto il potere di predisporre in forma esclusiva gli aspetti del processo formativo, per l'acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche<sup>986</sup>.

I maggiori poteri sindacali su tale materia sono un effetto di quanto specificato al comma 2 dell'art. 4, ove è affermato che il percorso di formazione degli apprendisti del secondo tipo è finalizzato a far conseguire la «qualifica professionale ai fini contrattuali». Tale precisazione ha permesso di escludere una diretta interrelazione della fattispecie con il sistema scolastico, incentrando la vocazione educativa dell'istituto sulle conoscenze di natura tecniche e professionali,

<sup>983</sup> Vd. la tabella proposta da M. Tiraboschi, *Apprendistato: una semplificazione di facciata*, in Id. (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, cit., p. 42.

<sup>984</sup> Per la regolazione regionale dell'Emilia Romagna sull'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale vd. [www.fareapprendistato.it](http://www.fareapprendistato.it) alla voce *Fonti*.

<sup>985</sup> Vd. *supra*, § 3.3.

<sup>986</sup> Vd. l'art. 4 comma 2 del d.lgs. n. 167/2011; questa disposizione fissa la durata della componente formativa nel limite massimo di tre anni (o di cinque, per i profili professionali riferibili alla figura dell'artigiano); è inoltre previsto che le parti sociali hanno il compito di stabilire la durata e le modalità di erogazione della formazione in funzione dell'età e del tipo di qualificazione contrattuale che l'apprendista deve conseguire (cfr. *etiam* interp. n. 34/2012).

piuttosto che su quelle di base e trasversali di competenza regionale, ampliando così il valore dell'apprendimento *on the job* e la legittimazione ad intervenire della contrattazione collettiva.

L'impianto dell'istituto che ne è derivato non ha lasciato ampi margini di intervento alle Regioni, depauperando l'importanza e la concreta articolazione della formazione pubblica.

Tale tipo di formazione è ora stabilito nell'ammontare massimo di centoventi ore, nel corso di tutto il periodo formativo, a fronte delle centoventi ore minime annuali, previste ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003.

Inoltre, nel d.lgs. n. 167/2011, la regolazione da parte delle Regioni delle attività formative, destinate all'acquisizione delle competenze teoriche di base e trasversali, è confinata a parametro solo eventuale ed integrativo rispetto al concreto svolgimento della formazione aziendale. In assenza di interventi regionali, anche solo sulle concrete modalità di fruizione dell'offerta formativa, il comma 7 dell'art. 7 ha ammesso infatti che siano in concreto applicabili le (sole) disposizioni sui contenuti formativi previste dalle regolazioni contrattuali vigenti<sup>987</sup>.

I poteri sostitutivi conferiti alle parti sociali hanno prodotto una forte accelerazione nel processo di regolamentazione delle Regioni, le quali hanno poi tutte definito una loro regolazione della materia, attivando l'offerta formativa pubblica per la formazione di base e trasversale<sup>988</sup>.

Soffermandoci sulle scelte adottate nelle sedi regionali si rileva come nonostante le regole introdotte siano state indirizzate a rendere obbligatorio questo tipo di formazione, il denominatore comune degli interventi è stata la promozione di una maggiore diffusione dell'istituto, con forme semplificate di svolgimento delle attività pubbliche di formazione.

Sotto il profilo delle modalità di svolgimento, solo una minoranza di Regioni ha ritenuto necessario che la formazione teorica fosse impartita all'esterno dell'azienda<sup>989</sup>: previa dimostrazione degli standard formativi, è stato ammesso il riconoscimento di una concreta «capacità formativa» alle imprese<sup>990</sup>; inoltre, dopo che sono state approvate le Linee guida in materia di contratto di

<sup>987</sup> La competenza esclusiva che l'art. 117 Cost. riconosce alle Regioni, sui temi della formazione professionale, è rispettata sulla falsariga di quanto affermato in Corte Cost. n. 176/2010 per l'art. 50 del d.lgs. n. 276/2003 (come modificato dalla l. n. 133/2008) cfr. *amplius, supra*, nota 35. Ai sensi del vigente art. 7, comma 7 del d.lgs. n. 167/2011 è, infatti, stabilito che, solo in assenza, e in attesa della regolamentazione regionale, è consentito l'intervento sostitutivo, e ad efficacia "cedevole", dei contratti collettivi.

<sup>988</sup> Sebbene in tutte le Regioni siano state adottate discipline attuative dell'art. 4 del Testo Unico, sotto il profilo dell'offerta formativa, non sono stati ancora attivati percorsi in concreto fruibili nelle Regioni di Umbria, Campania e Puglia.

<sup>989</sup> In specie, ciò è previsto nella disciplina dell'Emilia Romagna e della Toscana, ove l'erogazione della formazione di base e trasversale è ammessa solo attraverso strutture esterne alle imprese; anche la Regione Veneto prevede dei limiti in tal senso, concedendo che la formazione teorica sia erogata all'interno dell'impresa solo quando questa ha sedi collocate in diverse Regioni; infine, la Campania ove l'erogazione aziendale di tale formazione è consentita solo se è stata acquisita una certificazione regionale attestante la indisponibilità, all'interno della Provincia in cui ha sede l'azienda, di un'offerta pubblica per l'acquisizione delle competenze trasversali.

<sup>990</sup> Sotto questo profilo, le regolamentazioni regionali hanno previsto diversi metodi per riconoscere una adeguata "capacità formativa" alle imprese presenti sui loro territori. In Piemonte, ad esempio, tale requisito può essere autocertificato e comunicato attraverso un applicativo informatico; in Sardegna, invece, è stato stilato un documento contenente i requisiti cui deve uniformarsi l'impresa per poter erogare al suo interno la formazione (idoneità dei luoghi, risorse umane, coerenza del programma didattico con durata e articolazione definite dalla Regione, ecc.); in altre Regioni, come la Basilicata e le Marche la formazione interna all'azienda può essere erogata, previo accreditamento della capacità formativa presso le strutture regionali.

mestiere<sup>991</sup>, le aziende capaci di disporre di luoghi idonei e risorse umane con adeguate competenze e capacità hanno ottenuto, in alternativa alle Regioni, di poter predisporre già al loro interno la formazione per le competenze di base.

Anche sotto il profilo delle regole riguardanti il monte ore di formazione pubblica è emersa la tendenza a ridurre gli oneri gravanti sugli apprendisti per tali attività: con l'accordo del 20 febbraio 2014<sup>992</sup> è stata infatti generalizzata una prassi già adottata in diverse regolazioni regionali, in base alla quale le centoventi ore di formazione sono considerate variabili per difetto, in rapporto alle competenze pregresse dell'apprendista, ammettendosi che la formazione pubblica possa essere ridotta sino a quaranta ore, quando l'apprendista è in possesso della laurea o di titoli equivalenti<sup>993</sup>.

Tra i temi problematici che più di recente la prassi attuativa ha sollevato, in relazione alla fruizione delle attività formative pubbliche, vi è quello riguardante le responsabilità riconducibili alle imprese, in caso di mancata frequenza da parte dell'apprendista dei corsi organizzati dalle Regioni.

Nella versione originaria del Testo Unico, il legislatore aveva previsto che le sanzioni a carico delle imprese fossero irrogate solo quando, il mancato svolgimento da parte dell'apprendista delle attività formative, fosse dovuto alla *esclusiva* responsabilità del datore di lavoro<sup>994</sup>; in relazione alla formazione pubblica ciò si verificava quando l'impresa non si era occupata di iscrivere l'apprendista all'offerta formativa resa disponibile dalla Regione ovvero quando aveva compromesso la frequenza dei corsi, impegnando il giovane lavoratore per una durata incompatibile con tale tipo di formazione.

Il problema maggiore riguardava i casi in cui la disponibilità da parte della Regione della offerta pubblica fosse resa dopo la stipula del contratto di apprendistato e, in difetto di criteri certi e affidabili, il datore di lavoro fosse costretto a riorganizzare l'impiego lavorativo del suo apprendista, per consentirgli la fruizione di tali attività, oltre alla eventuale necessità di recuperare la formazione sino a quel momento non svolta.

<sup>991</sup> Vd. l'accordo raggiunto il 20 febbraio 2014, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province Autonome, concernente le Linee guida in tema di contratto di mestiere, che da attuazione all'articolo 2 del decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99.

<sup>992</sup> Le Linee guida adottate il 20 febbraio 2014 hanno previsto che la durata della formazione pubblica sia determinata sulla base del titolo posseduto dall'apprendista al momento dell'assunzione. In specie, le centoventi ore indicate all'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 167/2011, sono rimaste obbligatorie per gli apprendisti privi di titolo, in possesso di licenza elementare e/o della licenza di scuola superiore di primo grado, mentre è stato stabilito che la formazione sia effettuata solo per ottanta ore, per gli apprendisti in possesso di diploma di scuola secondaria di secondo grado o di qualifica o diploma di istruzione e formazione professionale ovvero per quaranta ore, per gli apprendisti in possesso di laurea o titolo almeno equivalente.

<sup>993</sup> Quasi tutte le Regioni avevano già scelto per i loro apprendisti un impegno formativo inversamente proporzionale al livello d'istruzione. In tal senso, ad esempio, nelle Marche gli apprendisti in possesso di qualifica o di un titolo di scuola media superiore erano chiamati a svolgere cento ore di formazione, mentre gli apprendisti in possesso di laurea o di altri titoli di livello terziario ne svolgevano ottanta. Ed ancora nella Regione Toscana ove gli apprendisti in possesso di una qualifica o di un diploma svolgevano novanta ore complessive di formazione mentre, quelli che avevano un diploma di scuola secondaria di secondo grado di durata quinquennale o di laurea, solo sessanta. Sino a giungere alla regolazione della Basilicata che prevedeva, per i giovani in possesso di un certificato di qualifica regionale o di un titolo rilasciato nell'istruzione e formazione professionale, l'esonero dalle attività di base e trasversali vd. AA.VV., *Monitoraggio sull'apprendistato. XIII Rapporto*, cit., p. 15.

<sup>994</sup> Vd. l'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 167/2011.

In tal senso, la volontà di semplificare l'utilizzo dell'istituto ha indotto a chiarire i termini e le condizioni alle quali debbano ritenersi in concreto applicabili, i contenuti formativi predisposti dalle Regioni e il conseguente obbligo dell'impresa di iscrivere l'apprendista a tali attività.

Sotto questo profilo, dapprima, l'accordo raggiunto il 20 febbraio 2014, in sede di Conferenza Unificata, ha precisato che l'obbligo di frequenza dell'offerta formativa regionale sussiste solo quando le stesse attività siano rese fruibili dalle Regioni «entro sei mesi dalla data di assunzione»<sup>995</sup>.

Su tale questione è poi intervenuto il legislatore statale, anche al fine di rendere compatibile il quadro di regole adottato, con la scelta di ammettere l'assunzione di apprendisti a tempo determinato nei settori di attività caratterizzati da cicli stagionali: la l. n. 78/2014 ha, infatti, previsto che le Regioni sono onerate di comunicare al datore di lavoro (entro quarantacinque giorni dalla data in cui è stato inviato agli organi competenti l'avviso della instaurazione del rapporto<sup>996</sup>), le modalità di svolgimento dell'offerta formativa pubblica, anche con riferimento alle sedi e al calendario delle attività previste<sup>997</sup>, dovendosi ritenere, in difetto, che gli obblighi formativi dell'apprendista si limitino al solo svolgimento delle attività formative interne all'azienda, destinate all'acquisizione delle competenze tecniche e professionali<sup>998</sup>.

#### 4.2. *Segue. c) l'apprendistato di alta formazione e di ricerca*

Il terzo tipo di apprendistato ha ricevuto un primo recepimento solo con l'entrata in vigore dell'art. 5 del d.lgs. n. 167/2011: sino ad allora, infatti, la previgente disposizione che si occupava di regolare l'utilizzo della fattispecie (art. 50 del d.lgs. n. 276/2003), aveva avuto attuazione in un numero limitato di Regioni<sup>999</sup> ed, infatti, era stata inquadrata come tra le norme meno fortunate

<sup>995</sup> Vd. la nota 1, della deliberazione del 20 febbraio 2014 approvata da Stato, Regioni e Province Autonome, concernente le Linee guida per l'apprendistato professionalizzante.

<sup>996</sup> La norma specifica come l'instaurazione del rapporto di lavoro debba avvenire con le modalità previste all'articolo 9-bis del decreto legge 1 ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, e successive modificazioni.

<sup>997</sup> Vd. l'art. 4, comma 3 del d.lgs. n. 167/2011, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. c), del d. l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 maggio 2014, n. 78. Con la predetta legge è stato inoltre modificato l'art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 167/2011, che imponeva l'obbligo di redigere in forma scritta, entro trenta giorni dalla assunzione, anche il piano formativo individuale dell'apprendista. In specie, il d. l. n. 34/2014 aveva abrogato la disposizione nella parte attinente al piano formativo individuale, ma la stessa è stata riscritta in sede di conversione ristabilendo la necessità di elaborare e redigere tale documento, anche in forma solo semplificata, sulla base dei moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali. Ciò che pertanto nel nuovo regime normativo non risulta più vigente è il termine di trenta giorni entro il quale era possibile occuparsi della redazione di tale programma. In relazione alla possibilità di usufruire di tale termine sono fatte salve, in ogni caso, le diverse disposizioni già previste dai contratti collettivi (cfr. la circolare del 30 luglio 2014 n. 18 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali). Sotto il profilo dei contenuti del piano formativo, le Linee guida adottate il 20 febbraio 2014, in sede di Conferenza tra Stato, Regioni e Province autonome, confermando quanto stabilito all'art. 2 del d. l. n. 76/2013, hanno stabilito che nel piano formativo sia obbligatorio indicare i soli profili attinenti l'acquisizione delle competenze tecniche, professionali e specialistiche.

<sup>998</sup> Vd. l'art. 4, comma 3 del d.lgs. n. 167/2011, nella versione integrata dall'art. 2, comma 1, lett. c), del d. l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito, con modificazioni, nella l. 16 maggio 2014, n. 78.

<sup>999</sup> Questo modello di apprendistato, ancor più dell'apprendistato del primo tipo, ha avuto problemi di attivazione a causa della pressoché totale assenza di intervento da parte delle Regioni cfr. M. Tiraboschi, *Il diritto del mercato del lavoro tra investimento in formazione e modernizzazione del sistema degli ammortizzatori sociali - l'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008*, in *Dir. relaz. ind.*, 2008, n. 4, p. 1050. Dopo la riforma della l. n. 112 del 25 giugno 2008 è divenuto possibile, anche in assenza di regolamentazioni regionali, attivare l'apprendistato di alta formazione attraverso la stipula di apposite convenzioni tra i datori di lavoro, le università e altre istituzioni formative: ciò nonostante sono state cinque le Regioni/Province Autonome che, tra gli interventi a sostegno dell'occupazione giovanile, hanno contemplato l'attuazione sul proprio territorio dell'art.



della legge Biagi<sup>1000</sup>.

La principale novità che si deve alla disciplina introdotta con il Testo Unico riguarda il più ampio campo di applicazione previsto per questo istituto, esteso a nuovi sottotipi contrattuali al fine di aumentare i circuiti di accesso all'alta formazione per i giovani lavoratori.

Sono stati, infatti, introdotti percorsi che permettono agli apprendisti di ottenere un diploma per la specializzazione tecnica superiore, che li prepari in maniera diretta all'applicazione pratica delle loro conoscenze<sup>1001</sup>; ovvero di svolgere il praticantato per accedere alle professioni ordinistiche, in modo che il loro *status* di praticante sia riconosciuto secondo condizioni normative ed economiche più adeguate alla effettiva tipologia di impiego svolta<sup>1002</sup>; e ancora che siano ampliate le loro opportunità di trovare un lavoro qualificato, attraverso l'introduzione di un apprendistato per la ricerca, che garantisca anche maggiore interazione tra le imprese e i centri di ricerca<sup>1003</sup>.

In base alla disciplina del Testo Unico, le Regioni hanno il potere esclusivo di regolare l'utilizzo dell'apprendistato del terzo tipo, nel limite dettato al comma 2, art. 5, che afferma l'obbligo dell'accordo sui profili formativi, con le parti sociali<sup>1004</sup> e con le altre istituzioni indicate.

A causa dei problemi che l'inerzia regionale aveva causato, durante la vigenza della precedente disciplina, il legislatore statale ha previsto una seconda modalità di attuazione dell'istituto, alternativa a quella che passa per l'intervento degli organi regionali; sulla falsariga della versione dell'art. 50 del d.lgs. n. 276/2003, integrata con le modifiche della l. n. 133/2008, è stato stabilito che, in assenza di regolazioni regionali, sia possibile definire convenzioni *ad hoc* tra i datori di lavoro e le istituzioni formative indicate nella norma, per ciascuno dei circuiti di formazione previsti<sup>1005</sup>.

50 (Lombardia, Veneto, Emilia Romagna, Piemonte e Provincia Autonoma di Trento) vd. AA.VV., *Monitoraggio sull'apprendistato. XII Rapporto*, Isfol, Roma, 2012, p. 38.

<sup>1000</sup> Cfr. M. Tiraboschi, Sub. Art. 5. *Impianto e quadro regolatorio*, in Id. (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., p. 364.

<sup>1001</sup> In relazione al diploma di istruzione secondaria superiore, il testo della disposizione pone particolare enfasi ai percorsi di specializzazione tecnologica degli istituti tecnici superiori, di cui all'articolo 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 gennaio 2008. Da tener presente è che di recente, con il comma 2-bis dell'art. 2 del d. l. n. 34/2014, come inserito in sede di conversione dalla l. n. 78/2014, è stato aggiunto un inciso all'art. 8 bis, comma 2 del d. l. 12 settembre 2013 n. 104, convertito con modificazione dalla legge 8 novembre 2013, n. 128, che ha permesso di rendere operativo il programma sperimentale per il triennio 2014-2016 ivi contemplato, per lo svolgimento di periodi di formazione in azienda da parte degli studenti degli ultimi due anni delle scuole secondarie di secondo grado; in specie, a differenza della disciplina originaria, la disposizione aggiunta precisa che, per il buon esito del programma sperimentale, è ammessa la deroga ai limiti di età stabiliti dall'art. 5 del d.lgs. n. 167/2011.

<sup>1002</sup> cfr. E. Carminati, *L'alto apprendistato per l'accesso alle professioni ordinistiche* in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., p. 376.

<sup>1003</sup> Per i dottorati di ricerca, che pure sono richiamati al co. 1 dell'art. 5, d.lgs. n. 167/2011, il riferimento non è nuovo visto che, nelle more dell'attuazione della legge delega, l'art. 23 della legge n. 133/2008 aveva aggiunto al disposto dell'art. 50 del d.lgs. n. 276/2003 l'inciso «compresi i dottorati di ricerca» cfr. M. T. Cortese, *Apprendistato e dottorati di ricerca*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., p. 384; M. Tiraboschi, *Dottorati industriali, apprendistato per la ricerca, formazione in ambiente di lavoro. Il caso italiano nel contesto internazionale e comparato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, n. 1, p. 73.

<sup>1004</sup> In relazione ai profili formativi, la disposizione in commento precisa che l'accordo cui devono giungere le Regioni debba essere stipulato con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

<sup>1005</sup> L'attivazione dell'apprendistato del terzo tipo è rimessa, ai sensi del comma 3, art. 5, in alternativa all'intervento regionale, attraverso apposite convenzioni stipulate dai singoli datori di lavoro o dalle associazioni di rappresentanza con le Università, gli istituti tecnici e professionali o le istituzioni formative e di ricerca.

Sotto il profilo applicativo, il sistema di convenzioni ad effetto sostitutivo, predisposto dal legislatore statale, ha contribuito ad accelerare il processo di attuazione di questa tipologia di apprendistato da parte delle Regioni, le quali hanno quasi tutte dato attuazione all'art. 5 del d.lgs. n. 167/2011<sup>1006</sup>.

Il recepimento della disposizione ha anche permesso di guardare in maniera obiettiva alle cause della marginale attuazione che la fattispecie ha sinora ricevuto, escludendo che tale fenomeno sia dovuto ad una presunta rigidità delle regole stabilite per la sua applicazione.

Sotto questo profilo, dopo l'attuazione regionale dei percorsi formativi dell'istituto, ciò che ancora sembra inficiare la diffusione di questo tipo di apprendistato è l'assenza di una effettiva cultura della formazione, che permetta agli attori istituzionali e alle imprese di investire sulla concreta attivazione dei percorsi previsti.

È mancato sinora un approccio più incisivo di *job placement* attraverso il quale sensibilizzare il tessuto produttivo, sulle concrete opportunità che derivano per le imprese dalla attivazione di percorsi formativi di alto profilo per i giovani; inoltre, ha contribuito in negativo, la mancata capacità degli enti pubblici deputati a *fare* formazione ad alto livello (*in primis*, le Università<sup>1007</sup>), di divenire artefici di un rinnovamento di prospettive, attraverso un'apertura al territorio e al sistema produttivo locale, confinando la loro tradizionale autoreferenzialità.

L'attuazione di questa tipologia di apprendistato, forse più delle altre, è infatti legata al significato che le imprese riconoscono alla formazione dei lavoratori e alla ricerca scientifica applicata.

D'altro canto, la familiarità ad utilizzare strumenti come i dottorati industriali e l'apprendistato di ricerca, potrebbe essere per il nostro tessuto produttivo un mezzo fondamentale per uscire dai contesti locali ed avvicinarsi alle dinamiche competitive della *new economy*, incentivando il confronto sui mercati internazionali e lo sviluppo delle eccellenze legate alla nostra economia.

---

<sup>1006</sup> Alla fine del 2013, le Regioni/Province Autonome ad aver recepito l'art. 5 erano sedici, mentre quelle che tra di esse avevano anche adottato una disciplina di dettaglio erano tredici; alla stessa data, le Regioni che avevano attivato in concreto i percorsi di apprendistato di alta formazione previsti erano sei (Piemonte, Lombardia, Veneto, Emilia Romagna, Sicilia, Provincia di Trento) cfr. *amplius* AA.VV., *Monitoraggio sull'apprendistato. XIV Rapporto*, cit., p. 31.

<sup>1007</sup> Con un'analisi che mette in evidenza tutte le criticità dell'attuale regolazione e organizzazione istituzionale dei dottorati industriali e, in specie, l'incapacità delle Università di sviluppare questo tipo di formazione di eccellenza cfr. M. Tiraboschi, *Dottorati industriali, apprendistato per la ricerca, formazione in ambiente di lavoro. Il caso italiano nel contesto internazionale e comparato*, cit., p. 73.

## La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?\*

Giancarlo Ricci

|                                                                                                                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La parabola della retribuzione: da diritto sociale incondizionato a variabile dipendente dall'economia (e dal debito pubblico)                                                                                         | 264 |
| 2. La questione retributiva e la crisi di nuovo conio. Notazioni preliminari                                                                                                                                              | 266 |
| 3. La governance economica sovranazionale e le misure di austerità incidenti sulle retribuzioni: una panoramica sugli «Stati periferici» dell'Ue                                                                          | 268 |
| 3.1. Il primo obiettivo: reindirizzare in senso competitivo (affievolendo le tutele) le dinamiche retributive nel lavoro privato                                                                                          | 270 |
| 3.2. Il secondo obiettivo: ridurre il costo del lavoro nel settore pubblico                                                                                                                                               | 271 |
| 4. Il vaglio giudiziale di conformità delle misure che incidono sul diritto alla retribuzione rispetto alle Carte dei diritti sociali fondamentali: da Lussemburgo a Strasburgo, passando per le Corti nazionali          | 273 |
| 4.1. I giudizi dinanzi alle Corti dell'Unione europea: una tappa senza esito                                                                                                                                              | 273 |
| 4.2. Le misure di contenimento delle retribuzioni dei dipendenti pubblici dinanzi alle Corti nazionali: gli esiti del bilanciamento fra il diritto al reddito e l'interesse generale al risanamento economico-finanziario | 274 |
| 4.3. L'opinione della Corte europea dei diritti dell'uomo: eccezionalità della situazione di crisi e proporzionalità "condizionata" delle decurtazioni retributive nel lavoro pubblico                                    | 277 |
| 5. Per concludere                                                                                                                                                                                                         | 278 |
| BIBLIOGRAFIA                                                                                                                                                                                                              | 280 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 113/2014

## 1. La parabola della retribuzione: da diritto sociale incondizionato a variabile dipendente dall'economia (e dal debito pubblico)

C'è stato un tempo in cui, nel contesto dell'espansione garantista delle tutele del lavoro subordinato parallelo al *boom* dell'economia, il diritto alla retribuzione ha assunto il rango di diritto sociale «incondizionato». Era l'epoca del trentennio glorioso, a partire dal dopoguerra e sino alla metà degli anni settanta: consacrato dai *Bill of Rights* internazionali<sup>1008</sup> e da alcune Carte Costituzionali del dopoguerra<sup>1009</sup>, il diritto alla retribuzione si è caratterizzato, in quel contesto, come uno dei pilastri portanti dei modelli sociali nazionali<sup>1010</sup>.

Quel che accade nel caso italiano è sintomatico del *trend* descritto.

Il diritto alla retribuzione si radica, nella dinamica della contrattazione collettiva, come elemento a crescente intensità garantista, registrandosi, fra la fine degli anni sessanta e i primi anni settanta, «risultati (...) notevoli a livello di fabbrica e di categorie industriali (...) con un'eccezionale dinamica salariale (che provoca la più rilevante redistribuzione del reddito fra salario e profitto registratasi nel dopoguerra)»<sup>1011</sup>.

Di più. Ottenuta con l'accordo interconfederale del 18 aprile 1969 l'abrogazione delle «gabbie salariali»<sup>1012</sup>, le organizzazioni sindacali tendono a blindare il valore reale delle retribuzioni con il ricorso all'istituto della scala mobile, in una logica che, negli anni settanta, si fa spiccatamente egualitaria, come testimonia il celebre accordo Lama – Agnelli del 1975 sul «punto unico di contingenza».

Da qui l'affermarsi della retribuzione come variabile indipendente dalle dinamiche e dagli andamenti dei processi economici o dei singoli settori produttivi. Ma altresì indipendente dalla produttività e dall'efficienza dei servizi pubblici, come segnala una crescita delle retribuzioni nella pubblica amministrazione incontrollata e irrazionale, anche a causa degli interessi clientelari che in tal modo si intendevano soddisfare<sup>1013</sup>.

Quella fase, di vigoria del diritto alla retribuzione in tempi di affluenza economica, era però destinata ad esaurirsi.

<sup>1008</sup> Art. 23, par. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; art. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966; Parte I, par. 4 e Parte II, art. 4 della Carta sociale del 1962; art. 5 della Carta dei diritti sociali fondamentali dell'Ue del 1989. Più di recente l'art. 31, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (c.d. Carta di Nizza-Strasburgo) riconosce il «diritto di ogni lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure, dignitose».

<sup>1009</sup> L'art. 36, comma 1, Cost. garantisce il diritto alla retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Sul diritto alla retribuzione sufficiente o adeguata v. anche l'art. 35 Cost. spagnola; l'art. 59 Cost. portoghese; l'art. 22 Cost. greca; evocano il diritto alla retribuzione adeguata alle esigenze del lavoratore e della famiglia anche il Preambolo alla Cost. francese del 1946 e l'art. 75 Cost. danese.

<sup>1010</sup> Cfr. PALIER, *Social policy paradigms, welfare state reforms and the crisis*, in *Stato e mercato*, 2013, 37; BORDOGNA, *La regolazione del lavoro nel capitalismo che cambia: fosche prospettive?*, *ibid.*, 2012, 15.

<sup>1011</sup> CELLA, *L'azione sindacale nella crisi italiana*, in Graziano, Tarro (a cura di), *La crisi italiana. vol. I. Formazione del regime repubblicano e società civile*, Einaudi, Torino, 1979, 279.

<sup>1012</sup> Cfr. TURONE, *Storia del sindacato in Italia*, Laterza, Bari, 1975, 448.

<sup>1013</sup> Cfr. CELLA, *op. cit.*, 279; GORRIERI, *La giungla retributiva*, Il Mulino, Bologna, 1972.

Il *turning point* è rappresentato dalla crisi economica – la prima con forti elementi di interdipendenza globale<sup>1014</sup> – scoppiata poco prima della metà degli anni settanta. I diritti sociali mostrano la corda. Il diritto alla retribuzione, in particolare, posizionato sullo scivoloso crinale fra compatibilità economiche e istanze di protezione sociale, è direttamente condizionato dall'incedere di politiche economiche che assumono ora matrice recessiva.

In Italia, è il più importante *leader* sindacale dell'epoca, Luciano Lama, a tracciare lo spartiacque fra «il prima e il dopo» la crisi, annunciando, con una nota intervista al quotidiano *La Repubblica* la fine della stagione della retribuzione come variabile indipendente<sup>1015</sup>. La presa di coscienza, anche da parte sindacale, della fine di un'epoca si accompagnerà a fatti normativi particolarmente rilevanti: l'avvento della legislazione dell'emergenza, che incide in modo significativo, fra l'altro, sulla materia retributiva<sup>1016</sup>, aprendo la strada alla fine degli automatismi salariali e, in particolare, del meccanismo della scala mobile<sup>1017</sup>.

Il solco era però definitivamente tracciato e verrà ulteriormente approfondito dal processo di integrazione economica e monetaria a livello europeo. In un quadro politico-istituzionale in corso di rapida trasformazione, la questione salariale affronta infatti un nuovo delicato tornante.

Mentre nel settore privato si radica, al pari di quanto avviene in altri paesi europei con i patti di concertazione sociale, la strategia della «moderazione salariale», avviata con gli accordi interconfederali degli anni ottanta e culminata nel Protocollo sul costo del lavoro e le politiche dei redditi del luglio 1993<sup>1018</sup>, nel settore pubblico la dinamica delle retribuzioni – rimasta sostanzialmente impermeabile alle crisi degli anni settanta e ai processi di ristrutturazione degli anni ottanta – è ora invece chiamata in causa. Una severa politica di razionalizzazione del costo del lavoro pubblico è avviata con il «decreto Amato» del 1992<sup>1019</sup>, che realizza – per dirla con Corte Cost. n. 296/1993 – una «sostanziale cristallizzazione del globale trattamento economico in atto dei dipendenti pubblici» mediante una «serie di norme diretta a colpire tutti gli elementi significativi del trattamento economico dei dipendenti pubblici».

Si delinea un modello, destinato a trovare ulteriori conferme e a conoscere successivi sviluppi, in cui la misura del diritto alla retribuzione è strutturalmente condizionata, nel settore privato, dalle

<sup>1014</sup> Cfr. COLOMBO, *Tempi decisivi. Natura e retorica delle crisi internazionali*, Feltrinelli, Milano, 2014, 123.

<sup>1015</sup> Era il 24 gennaio 1978. L'intervista è stata ripubblicata nell'ottobre 2011 sul *blog* di Pietro ICHINO, con un breve commento del medesimo autore: v. la pagina *web* [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).

<sup>1016</sup> Cfr. TOSI, *La retribuzione nel diritto del lavoro dell'emergenza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 511 ss.

<sup>1017</sup> Cfr. BORDOGNA, *Le relazioni industriali in Italia dall'accordo Lama-Agnelli alla riforma della scala mobile*, in Malgeri, Paggi (a cura di), *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta. vol. III. Partiti e organizzazioni di massa*, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 189. Ne risentirà, in qualche modo, anche la longeva prassi giurisprudenziale mirata all'adeguamento delle retribuzioni insufficienti ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost.: le condizioni socio-economiche della zona o le dimensioni dell'azienda o, ancora, le condizioni di crisi aziendale diventano parametri (peraltro non univocamente) utilizzati dai giudici del lavoro per adeguare al ribasso i salari ritenuti non conformi ai criteri della disposizione costituzionale, nel senso di applicare il *quantum* salariale fissato dal Ccnl, ma decurtato in dipendenza di qualcuno dei fattori prima indicati: sul punto sia consentito rinviare a RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. cap. II; ID., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. dir.*, 2011, 642 ss.; v. anche, da ultimo, BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle giornate di studio Aidlass su «Clausole generali e diritto del lavoro», Roma, Università La Sapienza, 29-30 maggio 2014, <http://www.aidlass.it/convegni/convegni/documenti-1/giornate-di-studio-aidla-prof-bellomo.pdf>; CATAUDELLA, *La retribuzione al tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze del mercato*, Giappichelli, Torino, 2013, 96 ss.

<sup>1018</sup> Cfr. D'ANTONA, *Il Protocollo sul costo del lavoro e "l'autunno freddo" dell'occupazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 411.

<sup>1019</sup> In particolare v. l'art. 7 d. l. n. 384 del 1992, conv. in l. n. 438 del 1992.

compatibilità macroeconomiche e, nel settore pubblico, dalla sostenibilità complessiva dei livelli stipendiali.

Tali trasformazioni non avvengono certamente in modo indolore, generando al contrario rilevanti contraccolpi sociali, con riflessi sul versante giuridico-istituzionale.

In Italia, il riconoscimento costituzionale del diritto alla retribuzione (e delle garanzie poste a presidio della contrattazione collettiva come «autorità salariale») legittima il ricorso alla Corte costituzionale quale garante della legalità dei provvedimenti che impattano negativamente sul diritto alla retribuzione.

La Corte costituzionale assevera però, in linea di principio, i provvedimenti sottoposti a censura, confermando, per parte sua, che la stagione della retribuzione come «variabile indipendente» è ormai conclusa. Denegata l'esclusività della contrattazione collettiva quale fonte di regolazione del trattamento economico, la Corte evidenzia come l'adeguatezza retributiva canonizzata dall'art. 36, comma 1, Cost., non sia messa seriamente a repentaglio da misure parzialmente limitative delle retribuzioni (Corte Cost. n. 43/1980; n. 141/1980).

Anzi, con sent. n. 34/1985, la Corte si cimenta in una positiva valutazione, tipica dell'analisi economica del diritto, degli obiettivi macroeconomici delle misure contestate, enfatizzandone le finalità anti-inflazionistiche nel contesto dell'emergenza economica.

Per altro verso, preciserà più tardi la Corte, trattandosi di operare un bilanciamento fra l'interesse pubblico al buon andamento dell'economia e il diritto dei lavoratori a una retribuzione adeguata, la validità delle misure riduttive del salario va pur sempre misurata secondo il metro della necessaria eccezionalità e provvisorietà delle stesse. La clausola *salus rei publicae suprema lex esto* legittima infatti l'adozione di misure congiunturali, in corrispondenza degli obiettivi di riequilibrio finanziario perseguiti e per il tempo strettamente necessario a ciò (Corte Cost. n. 697/1988; n. 124/1991).

Un principio, quello di transitorietà delle misure di sacrificio nell'ottica del bilanciamento fra esigenze economiche e tutela dei diritti sociali, che verrà ribadito dalla giurisprudenza costituzionale sulle misure normative di contenimento del costo del lavoro pubblico, racchiuse nel «decreto Amato», ivi evidenziandosi, con Corte Cost. n. 245/1997 (ribadita dall'ord. n. 299/1999), la rilevanza degli «obiettivi fondamentali di politica economica e dei vincoli derivanti dal processo di integrazione europea», con i dovuti effetti sulla retribuzione come elemento di costo da tenere sotto costante e rigoroso controllo<sup>1020</sup>.

Si tratta di un *trend* giurisprudenziale il cui materiale ritorna utile nell'attuale congiuntura, contrassegnata da una ben più complessa crisi: economica e, insieme, del debito pubblico.

## 2. La questione retributiva e la crisi di nuovo conio. Notazioni preliminari

Nei due decenni che precedono la “grande crisi”, la questione retributiva è stata tematizzata con prevalente riguardo al profilo delle diseguaglianze fra titolari di reddito da lavoro, registrandosi l'iniquo divaricarsi – nell'arco di un periodo invero non breve, facente seguito alla fine del trentennio glorioso – della forbice fra i livelli retributivi. In questo *humus* sfavorevole s'innesta la crisi

<sup>1020</sup> In argomento v. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rassegna parlamentare*, 2013, 800-801.

scoppiata negli Stati Uniti fra il 2007 e il 2008 e rapidamente propagatasi in altre parti del mondo, fra cui l'Europa, divenutane ad un certo punto l'epicentro più sensibile.

La si può definire una crisi di nuovo conio perché, rispetto alle fenomenologie tradizionali, comprende quelle sviluppatesi fra gli anni settanta e gli anni novanta, presenta tratti morfologici del tutto peculiari.

Anzitutto, il tratto globale della crisi. E ciò non solo in senso geo-economico. Basti pensare a come il «focolaio finanziario» (crisi delle banche e delle istituzioni finanziarie) si sia giustapposto a quello più tipicamente «europeo», alimentato dal peso e dall'instabilità dei debiti sovrani di alcuni paesi appartenenti all'Ue<sup>1021</sup>.

In secondo luogo, il tratto durevole. Sia per intrinseca forza, sia perché, come detto, essa chiama in causa, specie in Europa, le politiche di gestione del debito pubblico, richiedendo che, da qui in futuro, queste siano ispirate a maggior oculatezza, la crisi di nuovo conio si configura come un fattore che condiziona, in maniera per certi versi strutturale, l'assetto inter-ordinamentale europeo e le sottese dinamiche economico-finanziarie.

In terzo luogo, v'è il «focolaio sociale» della crisi, derivato, come detto, dal sedimento di ineguaglianza nella distribuzione dei redditi da lavoro stratificatosi negli ultimi decenni<sup>1022</sup>. Tale fattore non solo ha contribuito a ingenerare la crisi, alimentando, negli Stati Uniti ma anche altrove, il fenomeno della «economia del debito»<sup>1023</sup>. Soprattutto, ha amplificato a dismisura gli effetti della crisi<sup>1024</sup>. Infatti, la logica dell'*austerità* e il vincolo del risanamento dei conti<sup>1025</sup> hanno finito per determinare esiti di ulteriore compressione dei redditi proprio a detrimento di quelle porzioni di popolazione che già versavano in situazione di difficoltà economica<sup>1026</sup>.

È in questo contesto di squilibri economico-finanziari e di fattori di sofferenza sociale che le politiche di contrasto alla crisi e di risanamento finanziario finiscono, in Europa, per incidere sulla carne viva delle tutele sociali. Mettendo a rischio il «sogno europeo» così vividamente tratteggiato, qualche tempo addietro, in un noto saggio di Jeremy Rifkin<sup>1027</sup>. O, per essere più precisi, incrinando le certezze di superiorità europea sulla tenuta del proprio «modello sociale». Di questo

<sup>1021</sup> Cfr. MAGATTI, *La grande contrazione. I fallimenti della libertà e le vie del suo riscatto*, Feltrinelli, Milano, 2012, 83 ss.; v. anche AMATO, *Un amore difficile*, in Amato, Galli della Loggia, *Europa perduta?*, Il Mulino, Bologna, 2014, 23-24; MENY, *L'Unione europea: too big to fail?*, in *Il Mulino*, 2014, 190.

<sup>1022</sup> V. ancora MAGATTI, *op. cit.*, 105 ss.

<sup>1023</sup> Cfr. MAGATTI, GHERARDI, *Una nuova prosperità. Quattro vie per una crescita integrale*, Feltrinelli, Milano, 2014, 47.

<sup>1024</sup> V. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino, 2013; nonché GALLINO, *Il colpo di stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, Torino, 2013, spec. 48 ss.; ID., *Più democrazia vuol dire più welfare*, in *MicroMega*, 2014, n. 3, 48; da ultimo FRANZINI, GRANAGLIA E RAITANO, *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi?*, Il Mulino, Bologna, 2014.

<sup>1025</sup> Per una definizione delle misure di austerità v. MOLA, *Profili di compatibilità delle misure di austerità con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Adinolfi, Vellano (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro. Profili giuridici*, Giapichelli, Torino, 2012, 82: «si possono designare in maniera approssimativa quegli interventi restrittivi di politica economica e sociale ritenuti funzionali al consolidamento delle finanze pubbliche, nel contesto della risposta alla crisi del debito sovrano e più in generale della riforma della *governance* economica della zona euro e dell'intera Unione europea, al fine di salvaguardare la stabilità finanziaria dell'Unione».

<sup>1026</sup> V. SARACENO, *Le nuove geometrie delle disuguaglianze*, in *La Repubblica*, 29 giugno 2014, 20.

<sup>1027</sup> RIFKIN, *Il sogno europeo*, Mondadori, Milano, 2004.

il diritto ad una retribuzione equa costituisce uno dei pilastri più solidi. Si vedrà, nelle pagine seguenti, se e come le strategie di risanamento abbiano inciso su di esso in senso *destruens*.

### 3. La governance economica sovranazionale e le misure di austerità incidenti sulle retribuzioni: una panoramica sugli «Stati periferici» dell'Ue

Come ha scritto di recente Ernesto Galli Della Loggia<sup>1028</sup>, l'Europa ha commesso l'esiziale errore di non edificare un'autentica *dimensione politica*, supponendo presuntuosamente che la *dimensione economica e normativa*, costruita intorno al riconoscimento delle libertà di mercato e al presidio di una sovrabbondante architettura giuridica, potesse supplire all'assenza del «fattore politico»<sup>1029</sup>. Quando però la crisi americana si è riversata, mutando parzialmente pelle, sulle sponde del vecchio continente, le strutture istituzionali eurounitarie hanno rivelato una fragilità solo occultata dal possesso di una moneta (che continua paradossalmente ad essere) fra le più forti del mondo.

La reazione è stata peraltro impetuosa. Affidandosi ad articolati strumenti di normazione, in un ibrido *mix* di misure di diritto dell'Ue e accordi intergovernativi ascrivibili al rango di fonti di diritto internazionale, gli organismi eurounitari si sono cimentati in una complessa opera di riscrittura delle regole di convivenza economico-finanziaria<sup>1030</sup>. Ne è scaturita la c.d. *governance* economica europea, nella quale, accanto agli strumenti, opportunamente rielaborati, di coordinamento economico (e di relativa sorveglianza), si segnalano quelli diretti ad assicurare la stabilità finanziaria, insieme alle innovative procedure di sostegno a favore degli Stati in situazioni di emergenza nell'ambito della c.d. «condizionalità»<sup>1031</sup>.

Sotto quest'ultimo aspetto, le misure sovranazionali si segnalano per gli «effetti diretti e indiretti» sul diritto del lavoro<sup>1032</sup> e, in particolare, sul diritto alla retribuzione e sul complesso delle fonti che lo regolano<sup>1033</sup>.

<sup>1028</sup> GALLI DELLA LOGGIA, *Gli errori e la speranza*, in Amato, Galli della Loggia, *Europa perduta?*, Il Mulino, Bologna, 73 ss.

<sup>1029</sup> V. anche MENY, *op. cit.*, 184.

<sup>1030</sup> Cfr. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2013, 1; PINELLI, *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, spec. 235 ss. Da ultimo, sulle inferenze sociali della *governance* economica BONARDI, *La nuova governance sociale europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 257 ss.

<sup>1031</sup> Mutuando lo schema proposto da FANTACCI, PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2013, fasc. 2, 5, possono distinguersi: a) le misure di *crisis prevention*, finalizzate a promuovere il risanamento e a rafforzare gli strumenti di controllo (preventivo) sui bilanci nazionali "mediante l'irrigidimento (con il *Six-pack* e il *Two-pack*) e poi la costituzionalizzazione (con il *Fiscal Compact*) del Patto di Stabilità e di Crescita"; tali determinazioni hanno integrato il processo decisionale del c.d. "Semestre europeo"; b) le misure di *crisis management*, volte "all'istituzione di nuovi organismi internazionali quali il Fondo europeo di Stabilità Finanziaria (Efsf) e il suo successore, il Meccanismo europeo di stabilità (Esm)". In dottrina, v. anche ALLEGRI, BRONZINI, *Sogno europeo o incubo?*, Fazi ed., Roma, 2014; GALLINO, *Il colpo di stato di banche e governi*, cit.; GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi del "modello sociale europeo"*, in *Politiche sociali*, 2014, 139; LO FARO, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in Corazza, Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 215; SCIARRA, *Social law in the wake of the crisis*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, n. 108/2014; EAD., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, Bari, 2013.

<sup>1032</sup> BARNARD, *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective*, in *Ind. Law Journal*, 2012, vol. 41, n. 1, 98.

<sup>1033</sup> DEAKIN, *Labour Standards, Social Rights and the Markets: "Inderogability Reconsidered"*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 558.



Già il *Plus euro pact* del 2011, uno dei primi strumenti di *governance* economica varato dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011, evidenzia, nelle *guidelines* finalizzate all'obiettivo di *stimolare la competitività*, la necessità di adottare misure indirizzate a «riesaminare gli accordi salariali e, se necessario, il grado di accentramento del processo negoziale e i meccanismi di indicizzazione»<sup>1034</sup>.

Correlativamente, il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal compact*), approvato con accordo intergovernativo il 2 marzo 2012 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013, ha generato ricadute di estrema rilevanza, e tendenzialmente strutturali, sui sistemi di indebitamento nazionale, introducendo il vincolo, per gli Stati contraenti, del «pareggio di bilancio» – preferibilmente da attuarsi con misure di rango costituzionale - e la correlativa assunzione di misure di riduzione del debito pubblico nel medio periodo<sup>1035</sup>. In questa prospettiva, le retribuzioni dei dipendenti pubblici sono sottoposte ad occhiuta vigilanza nel quadro dei vincoli, ora costituzionalizzati, di contenimento della spesa pubblica.

Ma a scuotere le fondamenta del modello sociale in Europa, incidendo in particolare – e per quel che interessa in questa sede - sulla tenuta degli *standard* retributivi sia nel settore privato sia in quello pubblico, sono i documenti «atipici» destinati a governare le situazioni di crisi nazionale attraverso la strategia della «condizionalità»<sup>1036</sup>: documenti che impongono cogenti misure di «adattamento interno»<sup>1037</sup> a sostegno degli accordi sui prestiti per fronteggiare le situazioni di instabilità finanziaria e garantire la solvibilità del debito pubblico. Misure che incidono, per l'apunto, su importanti segmenti del diritto sociale.

Si tratta dei *Memorandum of Understanding* (MoU) stipulati dai Paesi periferici dell'Ue in situazione di difficoltà di bilancio (Cipro, Grecia, Irlanda, Portogallo, Spagna) con la c.d. *Trojka* (Commissione Ue, Fmi, Bce)<sup>1038</sup> attraverso i quali si è dato avvio ad articolati programmi di sostegno finanziario multilaterale. Misure analoghe sono state raccomandate a Paesi in situazioni di crisi, ma non al punto da richiedere sostegni economici all'Ue e al Fmi, come nel caso dell'Italia<sup>1039</sup>.

Si dipana, in tal modo e nei termini di cui fra breve si dirà con maggior dettaglio, una strategia che, più che alterare il modello sociale nella sua dimensione europea<sup>1040</sup>, tende a mettere in discussione alcuni pilastri del modello nella sua declinazione più strettamente nazionale, attesa

<sup>1034</sup> Cfr. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro*, cit., 14 ss.; EAD., *Social law in the wake of crisis*, cit., 4.

<sup>1035</sup> In Italia, v. la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, in materia di introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione, nonché la l. 24 dicembre 2012, n. 243, recante disposizioni per l'attuazione del principio di pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, comma 6, Cost.: in argomento *ex multis* MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2013, 357; PINELLI, *op. cit.*, 238.

<sup>1036</sup> Cfr. GIOVANNELLI, *Vincoli europei e decisione di bilancio*, in *Quad. cost.*, 2013, 939.

<sup>1037</sup> V. OFFE, *L'Europa in trappola. Riuscirà l'UE a superare la crisi?*, Il Mulino, Bologna, 2014, 32; DEAKIN, *op. cit.*, 558.

<sup>1038</sup> Per una lettura dei programmi di sostegno economico, con riferimento ai singoli Paesi interessati, v. la pagina web [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/assistance\\_eu\\_ms/intergovernmental\\_support/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/intergovernmental_support/index_en.htm)

<sup>1039</sup> La base giuridica è rappresentata dal nuovo paragrafo dell'art. 136 Tfue, aggiunto a seguito della revisione semplificata adottata dal Consiglio europeo del 25 marzo 2011, per cui gli stati membri possono istituire meccanismi di stabilità per salvaguardare la zona euro, concedendo assistenza finanziaria sulla base di una rigorosa condizionalità: v. PINELLI, *op. cit.*, 236; GIUBBONI, *op. cit.*, 139.

<sup>1040</sup> Peraltro ritenuta incerta: *contra* BAYLOS GRAU, *Modello sociale e governance economica. Uno sguardo dal sud Europa*, in *Lav. dir.*, 2013, 586; *pro* PINELLI, *op. cit.*, 232.

l'incidenza su istituti del diritto sociale sottratti alle competenze dell'Ue e appannaggio degli stati nazionali<sup>1041</sup>. È il caso, appunto, dell'istituto della retribuzione e delle sue fonti di regolazione (il contratto collettivo *in primis*), sul quale è germinata una strategia europea *sui generis*, attraverso canali non istituzionalizzati e, in ultima analisi, al di fuori delle stesse competenze riconosciute dai Trattati Ue<sup>1042</sup>.

### 3.1. Il primo obiettivo: reindirizzare in senso competitivo (affievolendo le tutele) le dinamiche retributive nel lavoro privato

I piani di austerità retributiva la cui attuazione è stata richiesta, in termini di condizionalità, agli Stati in difficoltà finanziaria coinvolgono, come detto, sia il lavoro privato sia l'impiego pubblico.

Sul primo versante, si palesa un intento di reazione agli effetti squisitamente recessivi della crisi, tali da esigere strumenti atti a favorire la riduzione del costo del lavoro, da una parte, e il più intenso legame dei salari con i tassi di produttività, dall'altra.

Relativamente alla riduzione del costo del lavoro, le determinazioni contenute nei MoU tendono visibilmente ad affievolire le tutele salariali di base.

Imposte inizialmente all'Irlanda – ma per un breve tratto di tempo, dato che il rapido miglioramento della congiuntura economica ha favorito, con il consenso della *Trojka*, la soppressione del vincolo – misure di consistente riduzione salariale sono state adottate dalla Grecia, in virtù dell'accordo con la *Trojka*, nell'ambito di un pacchetto di leggi del 2012: si è imposta, a partire dal 2013, una decurtazione del salario minimo pari al 22% (misura che sale al 32% per i minori di 25 anni), con relativo congelamento sino al 2016. Prima di allora, il salario minimo aveva subito un primo blocco nel 2011, mentre era aumentato di poco nel 2012. Si aggiunga che la *Trojka* ha ottenuto dalle autorità elleniche la rimodulazione del meccanismo di determinazione del salario minimo, prima affidato interamente all'accordo fra le parti sociali: una legge ha così previsto che, a partire dal 1° aprile 2013 – ma in verità l'avvio è posticipato al 2016, visto il congelamento pluriennale della misura in vigore – la misura del salario minimo sia fissata mediante atto governativo, previa consultazione delle parti sociali, in modo da sottoporre l'istituto a un più rigoroso controllo da parte dei poteri pubblici<sup>1043</sup>.

Misure, ancora una volta concordate con la *Trojka*, di parziale congelamento del salario minimo sono state altresì introdotte in Spagna, con il blocco del *salario mínimo interprofesional* nel 2012 e nel 2014 a fronte di incrementi assai contenuti per il 2011 e il 2013.

In Portogallo, invece, si è imposto il blocco totale del salario minimo nel quadriennio 2011-2014<sup>1044</sup>.

<sup>1041</sup> GIUBBONI, *op. cit.*, 140.

<sup>1042</sup> DEAKIN, *op. cit.*, 558.

<sup>1043</sup> V. IOANNOU, *Recasting Greek Industrial Relations: Internal Devaluation in Light of the Economic Crisis and European Integration*, in *International Journ. Comp. Labour Law*, 2012, vol. 28, n. 2, 213; KOUKIADAKI, KRETSOS, *Opening Pandora's Box: the Sovereign Debt Crisis and Labour Market Regulation in Greece*, in *Ind. Law Journal*, 2012, vol. 41, n. 3.

<sup>1044</sup> Sui casi nazionali v. i rapporti EUROFOUND, *Developments in collectively agreed pay 2013*, Dublin, 2014, 33 ss.; *Id.*, *Changes to wage-setting mechanisms in the context of the crisis and the EU's new economic governance regime*, Dublin, 2014, 13 ss.; v. anche KILPATRICK,

Non meno rilevanti appaiono le prescrizioni che provengono dagli organismi sovranazionali in tema di fonti di regolazione del salario. Qui la «condizionalità» ha riguardato principalmente lo spostamento del baricentro della contrattazione collettiva dal livello nazionale a quello aziendale, ritenuto più prossimo alle condizioni da regolare e dunque più confacente a un modello che mira a stimolare la produttività per dare impulso alla ripresa economica<sup>1045</sup>. Misure di questo tipo hanno interessato trasversalmente tutti i c.d. Piigs: dall'Irlanda al Portogallo, dalla Grecia alla Spagna sino all'Italia, in attuazione, in questo caso, della lettera della Bce dell'agosto 2011<sup>1046</sup>: pressoché dovunque si è assistito a un significativo *trend* centrifugo della contrattazione in materia retributiva<sup>1047</sup>.

### 3.2. Il secondo obiettivo: ridurre il costo del lavoro nel settore pubblico

L'altro versante sul quale le prescrizioni della *Trojka* vanno ad incidere è quello delle retribuzioni dei dipendenti pubblici.

L'esperienza nazionale più significativa, sotto questo profilo, è ancora una volta quella della Grecia, in cui si registra, a seguito della pluralità di interventi legislativi emergenziali del 2010 e 2011, una riduzione dei livelli stipendiali complessivi compresa fra il 12% e il 30%, con abolizione dei meccanismi di rivalutazione automatica.

In Irlanda, con la legge finanziaria per l'anno 2010 si è proceduto a una riduzione media degli stipendi pubblici del 7,5% e correlativo congelamento fino al 2014.

In Spagna il *Real Decreto-ley* n. 8 del 2010 ha introdotto decurtazioni in una misura media del 5%, penalizzando maggiormente gli alti funzionari e i dirigenti, per i quali le riduzioni sono state più elevate (fra l'8% e il 15%).

In Portogallo sono state approvate, a partire dal 2011 e sino al 2014, svariate misure di decurtazione delle retribuzioni dei funzionari pubblici: in particolare, dopo un primo intervento contenuto nella manovra finanziaria del 2011, con cui si è prevista la riduzione dei trattamenti retributivi superiori a € 1500 «mediante applicazione di aliquote progressive da 3,5% al 10%»<sup>1048</sup>, la legge di bilancio per il 2014 ha rafforzato la misura di austerità, sottoponendo le retribuzioni superiori a 675 € a un taglio – anch'esso progressivo all'incrementare del reddito – compreso fra il 2,5% e il 12%<sup>1049</sup>. Con le manovre finanziarie intermedie erano state inoltre introdotte ulteriori misure di

DE WITTE (a cura di), *Social Rights in Crisis in the Eurozone: the Role of Fundamental Rights Challenges*, EUI Workshop Papers, 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2428855###](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2428855###)

<sup>1045</sup> Per una serrata critica v. DEAKIN, *op. cit.*, 560, secondo il quale l'enfasi sulla contrattazione collettiva decentrata rischia di essere controproducente, atteso che i vantaggi sono limitati al breve periodo, mentre nel medio-lungo periodo il decentramento contrattuale determina un decremento della produttività.

<sup>1046</sup> Cfr. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della Bce al governo italiano*, in Rivista AIC, 2014, n. 1, <http://www.rivistaaic.it/>.

<sup>1047</sup> Cfr. il già menzionato rapporto EUROFOUND, *Developments in collectively agreed pay 2013*, cit.

<sup>1048</sup> MONTEIRO FERNANDES, *L'austerità e l'«uguaglianza proporzionale». Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in Lav. dir., 2013, 343.

<sup>1049</sup> Una misura analoga era stata applicata ai pensionati: con la manovra per il 2013 era stato infatti introdotto un contributo di solidarietà straordinario compreso fra il 3,5% e il 10% per le pensioni superiori a € 1350.

sterilizzazione delle mensilità differite (tredicesima e quattordicesima mensilità) e della retribuzione per il periodo feriale<sup>1050</sup>.

L'Italia, pur non avendo dato corso alla decurtazione per via legale delle retribuzioni dei dipendenti pubblici<sup>1051</sup> – soluzione peraltro tecnicamente impraticabile, quantomeno per quella parte del personale titolare di uno statuto giuridico “privatizzato”, con conseguente attribuzione ai contratti collettivi di comparto della competenza esclusiva in materia retributiva – ha optato per un non meno incisivo provvedimento di congelamento pluriennale delle dinamiche retributive, che si sostanzia nel testo del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122, cui si connette il successivo disposto del d.p.r. 4 settembre 2013, n. 122<sup>1052</sup>.

Le misure adottate appaiono così articolate: a) per il personale pubblico contrattualizzato si è imposto il blocco della contrattazione collettiva per un triennio (2011-2013), prorogato mediante la richiamata fonte regolamentare anche per il 2014, con conseguente cristallizzazione del trattamento economico ai livelli del 2010, senza successivi recuperi<sup>1053</sup>; a ciò si aggiunge il blocco delle progressioni economiche e la previsione secondo la quale le progressioni di carriera hanno effetto, nell'ambito del quadriennio indicato, ai soli fini economici<sup>1054</sup>; b) per il personale pubblico non contrattualizzato di cui all'art. 3 d. lgs. n. 165 del 2011 – pur in un contesto di articolazione regolativa derivante dalle peculiarità di alcune categorie (con riflessi sui giudicati costituzionali: v. *infra*, par. 4.2) – si è proceduto, sempre con riferimento al triennio 2011-2013, ma con estensione per via regolamentare al 2014, al blocco degli adeguamenti automatici al costo della vita, nonché dei meccanismi di progressione economica previsti dai rispettivi ordinamenti, sempre con esclusione di successivo recupero<sup>1055</sup>.

Tali previsioni hanno determinato un significativo abbattimento del valore reale delle retribuzioni nel pubblico impiego, come attestato dalle ultime relazioni della Corte dei conti<sup>1056</sup>, dalle quali emerge anche un chiaro monito circa l'insostenibilità di ulteriori proroghe delle politiche di blocco<sup>1057</sup>.

<sup>1050</sup> V. ancora MONTEIRO FERNANDES, *op. cit.*, 346.

<sup>1051</sup> In verità un simile provvedimento è stato adottato con riferimento alle retribuzioni dei dirigenti e dell'alto personale amministrativo di importo superiore a 90.000 euro, prevedendosi, all'art. 9, comma 2, d. l. n. 78 del 2010, una decurtazione del 5% per la parte fino a 150.000 euro, nonché del 10% per la parte eccedente 150.000 euro. La misura è stata peraltro dichiarata incostituzionale da Corte Cost. 11 ottobre 2012, n. 223, confermata dalla successiva sentenza 19 dicembre 2012, n. 294 e dall'ord. 16 maggio 2014, n. 133.

<sup>1052</sup> Adottato in attuazione dell'art. 16, comma, 1, d. l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111.

<sup>1053</sup> Art. 9, commi 1 e 17, d. l. n. 78 del 2010.

<sup>1054</sup> Art. 9, comma 21, d. l. n. 78 del 2010.

<sup>1055</sup> Art. 9, comma 22, d. l. n. 78 del 2010.

<sup>1056</sup> Cfr. CORTE DEI CONTI, *Rapporto 2014 sul coordinamento della finanza pubblica*, Roma; ID., *Relazione 2013 sul costo del lavoro pubblico*, Roma. Sulla consistente entità dei “risparmi” di spesa dovuti ai blocchi retributivi, oltre che al contenimento del c.d. *turn over*, nel triennio 2011-2013 v. anche il recente rapporto Istat sui “Conti e gli aggregati economici per le amministrazioni pubbliche 1990-2013”, pubblicato il 3 ottobre 2014 e disponibile alla pagina web <http://www.istat.it/it/archivio/133278> (per un resoconto puntuale v. inoltre l'articolo di L. GRION, *Contratti e turn over fermi. Gli statali perdono 8 miliardi, 5000 euro a testa*, in *La Repubblica*, 6 ottobre 2014).

<sup>1057</sup> Blocco che, invece, sembra destinato a perpetuarsi – stante l'acclarata penuria dei *budget* di spesa aggravata dal perpetuarsi del periodo di stagnazione economica, emersa dai recenti dati sul PIL italiano – anche per l'anno 2015, come annunciato dal Ministro della pubblica amministrazione Marianna Madia nella conferenza stampa del 3 settembre u.s. (la notizia è riportata, fra gli altri, dal

Nel frattempo, però, le organizzazioni sindacali e/o i lavoratori *uti singuli* hanno avviato, nelle sedi giudiziali, una strategia di contrasto avverso le misure di austerità che incidono sui diritti sociali e, in special modo, sul diritto alla retribuzione. Si vedrà ora come e con quali esiti.

#### 4. Il vaglio giudiziale di conformità delle misure che incidono sul diritto alla retribuzione rispetto alle Carte dei diritti sociali fondamentali: da Lussemburgo a Strasburgo, passando per le Corti nazionali

Contrariamente a quanto è accaduto in occasione di più risalenti stagioni emergenziali (v. *supra* par. 1), la reazione in sede giudiziale alle misure di austerità retributiva non è circoscritta ad un ambito strettamente nazionale. La costruzione del *multilevel constitutionalism* e la conseguente moltiplicazione delle sedi di tutela giurisdizionale<sup>1058</sup> hanno consentito, infatti, di mettere a punto strategie di difesa plurilivello. Tale modalità è stata esplicitamente pianificata dalla Confederazione europea dei sindacati con un documento che, in specifico riferimento alla vertenzialità avverso le misure di *austerity* incidenti sui diritti sociali, distingue tre livelli di azione: dinanzi alle Corti nazionali; dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea; nonché, una volta esauriti gli strumenti vertenziali nazionali, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>1059</sup>.

##### 4.1. I giudizi dinanzi alle Corti dell'Unione europea: una tappa senza esito

Vale la pena evidenziare, *in primis*, la posizione agnostica della Corte di giustizia dell'Ue, chiamata in causa con riferimento alla conformità delle misure di riduzione delle retribuzioni dei dipendenti pubblici, adottate in Portogallo con la manovra finanziaria per l'anno 2011 (su cui *supra* par. 3), ai principi di cui agli artt. 20, 21, par. 1 e 31, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue<sup>1060</sup>.

Alla Corte è stato chiesto di valutare se le decurtazioni retributive siano conformi al principio di non discriminazione, essendo rivolte esclusivamente ai lavoratori pubblici e non a quelli del settore privato, nonché al principio di dignità ed equità delle condizioni di lavoro. Essa si è però dichiarata «manifestamente incompetente» a pronunciarsi, non ravvisando nelle misure contestate alcun elemento di collegamento con il diritto dell'Unione europea<sup>1061</sup>, analogamente a quanto avvenuto in esito a una questione pregiudiziale sollevata dal tribunale del lavoro rumeno,

sito [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com)). L'annuncio ha suscitato la piccata reazione delle organizzazioni sindacali, con particolare riferimento a quelle del comparto sicurezza, per il quale sono state "promesse" possibili misure in deroga che, al momento in cui si scrive, non risultano ancora compiutamente definite.

<sup>1058</sup> Da ultimo in tema RUGGERI, *L'integrazione europea attraverso i diritti e il "valore" della Costituzione*, 11 giugno 2014, [www.federallismi.it](http://www.federallismi.it).

<sup>1059</sup> V. il documento redatto dalla CONFEDERAZIONE EUROPEA DEI SINDACATI, *Contestare le misure di austerità attraverso la via vertenziale (documento di orientamento)*, 2013, <http://www.fpcgil.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/27229>.

<sup>1060</sup> Più nello specifico, la questione di interpretazione dinanzi alla Corte di Lussemburgo è stata sollevata a seguito della dichiarazione di legittimità costituzionale delle medesime misure da parte del *Tribunal Constitucional* portoghese. Va rimarcato sin d'ora peraltro come la giurisprudenza del TC portoghese muterà progressivamente, sino alle più recenti pronunzie del 2013 e 2014 orientate in senso assai più garantista per i lavoratori (v. *infra* par. 4.2).

<sup>1061</sup> Corte giust. Ue, ord. 7 marzo 2013, causa C-128/12, *Sindicato do Bancários do Norte c. Banco Português de Negócios*. Analoga questione pregiudiziale, ancora pendente, è stata sollevata dinanzi ai giudici di Lussemburgo dal Tribunale del lavoro di Porto, 29 maggio 2012, causa C-264/12, *Sindicato Nacional do Profissionais de Seguros e Afins*.

in relazione a un pacchetto di norme volte a ridurre i trattamenti economici degli appartenenti alle forze di polizia, per finalità di risanamento dei conti pubblici<sup>1062</sup>.

Non diversa sorte è toccata ai ricorsi proposti dinanzi al Tribunale dell'Ue dal sindacato greco dei funzionari pubblici, unitamente ad alcuni dipendenti della p.a., avverso le numerose decisioni con cui, fra il 2010 e il 2011, il Consiglio dell'Ue imponeva allo stato ellenico di assumere urgenti misure di correzione del *deficit*, ivi compresi interventi di riduzione delle retribuzioni nel pubblico impiego. Con due ordinanze gemelle, il Tribunale ha dichiarato irricevibili i ricorsi in quanto le disposizioni comunitarie oggetto di contestazione manifestavano un contenuto generale, richiedente misure nazionali di implementazione caratterizzate da ampia discrezionalità delle autorità greche<sup>1063</sup>.

#### 4.2. Le misure di contenimento delle retribuzioni dei dipendenti pubblici dinanzi alle Corti nazionali: gli esiti del bilanciamento fra il diritto al reddito e l'interesse generale al risanamento economico-finanziario

La parte preponderante del contenzioso ha assunto pertanto carattere nazionale<sup>1064</sup>, risultando particolarmente rimarchevoli i giudizi dinanzi alle Corti supreme, con diretto coinvolgimento, in Italia e in Portogallo, delle Corti costituzionali. Ancorché non sia possibile definire un quadro unitario, pure a causa delle differenze fra i sistemi statali di giurisdizione, è opportuno soffermarsi su talune declinazioni nazionali della «giurisprudenza sulla crisi»<sup>1065</sup>: quella italiana in primo luogo, cui si raccordano le risultanze delle alte Corti di Grecia e Portogallo.

(A) In Italia, dal 2012 in avanti, ha preso progressivamente forma un cospicuo *corpus* di pronunzie della Corte costituzionale. Si è sottoposto a scrutinio la conformità a svariati principi costituzionali delle sopra menzionate misure di blocco delle retribuzioni dei dipendenti pubblici, con riferimento sia al personale non contrattualizzato<sup>1066</sup> sia, con una recente pronunzia, a quello contrattualizzato<sup>1067</sup>.

Per cogliere il «dato di fondo» della giurisprudenza in parola<sup>1068</sup> occorre rifarsi alle motivazioni di Corte cost. n. 310/2013, cui sostanzialmente si uniformano le successive sentenze nn. 154/2014

<sup>1062</sup> Corte giust. Ue, ord. 14 dicembre 2011, causa C-434/11, *Corpul Național al Polițiștilor c. MAI e altri*; di recente, ancora sul profilo di incompetenza *ratione materiae*, in materia di libera circolazione delle merci, v. Corte giust. Ue, 8 maggio 2014, causa C-483/12, *Pelckmans Turnhout NV*. In dottrina, cfr. BARNARD, *The Charter, the Court and the Crisis*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, 2013, n. 18, 10-11, <http://www.law.cam.ac.uk/ssrn/>; SCIARRA, *Social law in the wake of the crisis*, cit., 14.

<sup>1063</sup> Trib. Ue, ord. 27 novembre 2012, causa T-215/11, *ADEDY e altri c. Consiglio dell'Ue*; ord. 27 novembre 2012, causa T-541/10, *ADEDY e altri c. Consiglio dell'Ue*.

<sup>1064</sup> FONTANA, *Diritti sociali e mercato nella giurisprudenza europea*, in Caruso, Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna, 2014, di prossima pubblicazione.

<sup>1065</sup> ABBATE, *Le Corti e la crisi: la giurisprudenza dei "PIIGS"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, n. 1.

<sup>1066</sup> Corte Cost. 11 ottobre 2012, n. 223 (personale della magistratura); 12 dicembre 2013, n. 304 (personale del corpo diplomatico); 17 dicembre 2013, n. 310 (professori e ricercatori universitari); 23 gennaio 2014, n. 7 (funzionari della Banca d'Italia e dell'AGCOM); 4 giugno 2014, n. 154 (militari della guardia di finanza).

<sup>1067</sup> Corte Cost. 9 luglio 2014, n. 219 (personale ATA della scuola); questioni di legittimità costituzionale, ancora pendenti, sono state inoltre sollevate, sempre con riferimento al personale contrattualizzato, da Trib. Ravenna 28 febbraio 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 1301, con nota di RICCI; Trib. Roma 27 novembre 2013, leggibile alla pagina web [www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=366](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=366).

<sup>1068</sup> LO FARO, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 281.

e 219/2014, oltre all'ord. n. 113/2014. Tali pronunzie, pur riguardando specifiche categorie di dipendenti pubblici, paiono infatti delineare la trama argomentativa generale, a fronte di altri giudizi, di cui si dirà fra poco, che rivestono rilevanza casistica, facendo leva sulla più accentuata peculiarità dei casi analizzati.

Il giudizio di costituzionalità delle misure sui blocchi retributivi – da considerarsi in parte di «coordinamento della finanza pubblica» e in parte di regolazione dell'ordinamento civile (v. Corte cost. n. 215/2012) – è condotto dalla Corte avendo riguardo a una pluralità di principi di cui si prospetta la violazione (artt. 2, 3, 36, 97 Cost.) nonché al principio dell'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica. La valutazione giudiziale è svolta alla luce delle «condizioni di legittimità di tali meccanismi di risparmio della spesa pubblica» individuate dalla giurisprudenza costituzionale sul «decreto Amato» (v. *supra*, par. 1), la più rilevante delle quali implica il «carattere eccezionale, transeunte, non arbitrario e consentaneo allo scopo prefissato, nonché temporalmente limitato, dei sacrifici richiesti» oltre che la sussistenza «di esigenze di contenimento della spesa». Il *test* di ragionevolezza delle misure di legge ha esito positivo. La Corte ritiene infatti che esse siano da considerarsi proporzionate alle finalità di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, pur comportando sacrifici gravosi, giustificati tuttavia dall'incombere di una situazione di gravissima crisi economica.

In questo contesto, un passaggio cruciale attiene alla riformulazione del parametro di «ragionevolezza dello sviluppo temporale delle misure»: la Corte, aggiornando la propria opinione sul punto (ancorché, come detto in precedenza, i vincoli di integrazione economica europea erano già penetrati nel giudizio di razionalità delle manovre di contenimento del costo del lavoro pubblico: v. ancora *supra* par. 1) rileva che, sotto tale profilo, «non ci si può esimere dal considerare l'evoluzione che è intervenuta nel complessivo quadro giuridico-economico nazionale ed europeo» (par. 13.4). Ne deriva che, anche in ragione dei vincoli di osservanza degli obblighi di equilibrio di bilancio, introdotti in Italia in attuazione del c.d. *Fiscal Compact*, occorre adottare misure di risparmio di spesa strutturali che possono richiedere, come nel caso di specie, «periodi, certo definiti, ma più lunghi rispetto a quelli presi in considerazione» dalla giurisprudenza sulla manovra economica del 1992, «in ragione delle attuali prospettive pluriennali del ciclo di bilancio» (par. 13.5).

Fra le altre affermazioni, si segnala il rigetto della questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost., proponendosi il noto *refrain* secondo cui il giudizio di insufficienza della retribuzione va formulato con riferimento al trattamento economico nel suo complesso, e non avendo riguardo a singole voci dello stesso<sup>1069</sup>.

A diversa conclusione è giunta la Corte costituzionale nelle sentenze n. 223/2012 (sul personale di magistratura) e n. 7/2014 (sul personale della Banca d'Italia). La declaratoria di incostituzionalità delle misure di blocco retributivo è principalmente ancorata, in un caso, al principio di tutela dell'indipendenza dei magistrati (art. 104 Cost.) e, nell'altro, all'autodichia dei funzionari della Banca d'Italia, in seno all'ordinamento della Bce.

<sup>1069</sup> V. in tal senso Cass. 19 gennaio 2009, n. 1173; 8 gennaio 2009, n. 162; Cons. Stato, sez. VI., 16 febbraio 2011, n. 972; sez. III, 24 novembre 2010, n. 3383.



Pur senza dilungarsi sul punto, pare evidente l'irragionevole differenziazione che con ciò viene a determinarsi, sicché alcune categorie "sfuggono" ai sacrifici imposti dal dovere di solidarietà generale, in forza del dubbio nesso istituito fra la materia retributiva e i principi di indipendenza e autonomia di determinati "corpi" dello Stato<sup>1070</sup>.

(B) Il fulcro del *judicial reasoning* della Corte costituzionale – al netto degli effetti asimmetrici prodotti dalla giurisprudenza di tipo casistico da ultimo menzionata – lo si ritrova in termini consimili nella giurisprudenza del Consiglio di Stato greco in ordine alla legittimità delle misure di contenimento delle retribuzioni nella p.a. Con sentenza n. 668/2012, in particolare, il collegio amministrativo ha individuato nell'eccezionale contingenza economica della Grecia la giustificazione per l'adozione di misure sì gravose, ma ritenute necessarie e proporzionate<sup>1071</sup>.

(C) Una strada simile sembrava avere originariamente intrapreso anche il *Tribunal Constitucional* del Portogallo. Con una prima sentenza (n. 396/2011) si era infatti riconosciuta la legittimità costituzionale della manovra finanziaria per il 2011, ritenendosi preponderante l'esigenza di stabilità dei conti e la conseguente osservanza degli impegni contratti con gli organismi sovranazionali allo scopo di ricevere il necessario sostegno economico, con conseguente legittimità delle misure di affievolimento dei diritti retributivi.

Senonché, con le sentenze successive è andato maturando un orientamento che, alla luce della complessiva evoluzione della situazione economica portoghese e, soprattutto, sulla scorta di una valutazione cumulativa – e non atomistica – delle misure adottate dal Portogallo nelle varie manovre finanziarie<sup>1072</sup>, ritiene affette da profili di incostituzionalità, per violazione dei principi di eguaglianza e proporzionalità, alcune delle misure adottate in corso d'opera e orientate all'attuazione degli impegni contratti con la *Trojka* (sent. nn. 353/2012 e 187/2013<sup>1073</sup> nonché sent. n. 862/2013<sup>1074</sup>). Tale evoluzione della giurisprudenza è confermata dalla declaratoria di incostituzionalità del taglio delle retribuzioni dei dipendenti pubblici che guadagnano oltre i € 675, contenuta nella manovra per il 2014, sancita con la sentenza del *Tribunal Constitucional* di Lisbona n. 413/2014<sup>1075</sup>.

<sup>1070</sup> Riferimenti in tal senso in COCCONI, *La frammentazione del sistema retributivo nel pubblico impiego*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 679 ss. L'articolata motivazione di Corte Cost. n. 223/12 ha peraltro dato adito a diverse opinioni critiche – che in questa sede non saranno analizzate partitamente – su profili ulteriori rispetto a quello qui individuato: oltre a RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata*, cit., 84 ss., v. ABBATE, *Ancora in materia di misure anti-crisi. Il distinguishing della Corte* (nota a sent. Corte Cost. n. 310/2013), 2 aprile 2014, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); LO FARO, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali*, cit.; FERRANTE, *Diritto al giusto salario e lavoro pubblico, ovvero del fascino dell'antico*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 29 gennaio 2014, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); MIRIELLO, *La sentenza n. 310 del 2013 della Corte Costituzionale e l'adeguamento retributivo dei docenti universitari: quantum mutatus ab illo*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 15 aprile 2014, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>1071</sup> ABBATE, *Le Corti e la crisi: la giurisprudenza dei "PIIGS"*, cit., 526.

<sup>1072</sup> PAMPALONE, *C'è un giudice a Lisbona. Il Tribunal Constitucional di fronte alla crisi economica*, 25 giugno 2014, 18, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>1073</sup> Sulle quali ABBATE, *Le Corti e la crisi: la giurisprudenza dei "PIIGS"*, cit., 516 ss.; COELHO, CARO DE SOUSA, *"La morte dei mille tagli". Nota sulla decisione della Corte Costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 527.

<sup>1074</sup> Su cui PAMPALONE, *op. cit.*

<sup>1075</sup> Cenni in SCIARRA, *Social law in the wake of the crisis*, cit., 15.



#### 4.3. L'opinione della Corte europea dei diritti dell'uomo: eccezionalità della situazione di crisi e proporzionalità "condizionata" delle decurtazioni retributive nel lavoro pubblico

La mancata soddisfazione delle pretese giudiziarie in ambito nazionale ha determinato, in alcuni casi, il ricorso, in seno al Consiglio d'Europa, ad un ulteriore grado di giudizio, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. In assenza, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di norme a tutela dei diritti sociali, per costante giurisprudenza l'impugnativa si fonda sulla violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1 allegato alla Convenzione, che riconosce il diritto di ognuno al rispetto dei propri beni, fatto salvo il ricorrere di presupposti di pubblico interesse che ne giustifichino delle limitazioni. La percezione di salari e trattamenti pensionistici (*pecuniary rights*) viene ritenuta, secondo tale interpretazione, assimilabile alla proprietà di un bene materiale, configurando di conseguenza la competenza della Corte a pronunciarsi sulla legittimità di misure statali limitative di diritti patrimoniali a contenuto sociale<sup>1076</sup>.

Il caso senza dubbio più significativo sul quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi riguarda, ancora una volta, le draconiane misure di decurtazione degli stipendi dei dipendenti pubblici adottate dalla Grecia nel 2010. Con la sentenza *Koufaki e ADEDY*<sup>1077</sup> la Corte Edu propone un articolato ragionamento fondato sul criterio di bilanciamento fra la tutela del diritto alla retribuzione (desumibile, come detto, da una lettura estesa del diritto civile alla proprietà dei beni) e gli obiettivi di contrasto alla crisi e di risanamento finanziario, bilanciamento già ampiamente praticato, come si è rilevato in precedenza, dalle Corti costituzionali nazionali. Atteso che le limitazioni al diritto riconosciuto dall'art. 1 del citato Protocollo sono lecite se sorrette dal perseguimento della «utilità pubblica» e che questa nozione deve considerarsi in senso ampio (par. 39 delle motivazioni), la Corte di Strasburgo precisa che, in contingenze economiche contrassegnate da uno stato di emergenza, com'è quella attuale, gli Stati vantano consistenti margini di discrezionalità nella formulazione dei provvedimenti di politica economica. In questo quadro, la Corte ritiene che le misure adottate, in quanto accompagnate da misure di parziale compensazione dei tagli, non siano sproporzionate né eccessive rispetto all'obiettivo perseguito, verificandone pertanto il profilo di legittimità (par. 49)<sup>1078</sup>.

Analogo *iter* argomentativo sorregge la successiva sentenza *Da Conceicao Mateus e Santos Juanuario*<sup>1079</sup>, relativa alla conformità all'art. 1 del Protocollo delle disposizioni di legge finanziaria portoghese che riducono l'ammontare dei trattamenti di pensione. La Corte, dopo avere nuovamente rimarcato il carattere di particolare gravità della crisi e l'esigenza inderogabile, da parte dello Stato, di adottare misure di riequilibrio del bilancio pubblico anche incidenti sui diritti sociali, statuisce che la condizione di legittimità di tali misure debba individuarsi, nel caso di specie, nella sussistenza del loro carattere transitorio «sia in termini temporali che quantitativi»: ne consegue

<sup>1076</sup> Cfr. ROMEO, *La garanzia dei diritti sociali tra "autosufficienza nazionale" e tutela sovranazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2013, 401 ss.; SONELLI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1453.

<sup>1077</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 7 maggio 2013, nn. 57665/12 e 57657/12, *Koufaki e ADEDY c. Grecia*.

<sup>1078</sup> V. TULKENS, *The European Convention on Human Rights and the Economic Crisis: the Issue of Poverty*, EUI WP AEL 2013/8, 3, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/11397/browse?value=TULKENS%2C+Fran%C3%A7oise&type=author>.

<sup>1079</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 8 ottobre 2013, nn. 62235/12 e 57725/12, *Da Conceicao Mateus e Santos Juanuario*, su cui diffusamente BORELLI, *Corte EDU versus Troika. Cronaca di una sconfitta annunciata, oppure no?*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 365.

che, anche in questo caso, le misure di riduzione dei redditi (da pensione) possano positivamente superare il *test* di proporzionalità<sup>1080</sup>.

## 5. Per concludere

Nel contesto della crisi di nuovo conio, gli Stati indebitati e colpiti dalla recessione hanno messo in campo, anche in ragione dei rilevanti condizionamenti imposti *ab externo*, un ventaglio di iniziative senza precedenti, che hanno inciso in senso fortemente *destruens* sul diritto alla retribuzione.

La risposta giudiziale, pur di ampio respiro in quanto coinvolge le alte Corti nazionali e sovranazionali, è stata ispirata a sostanziale prudenza. Utilizzando il duttile strumento del giudizio di proporzionalità<sup>1081</sup>, sia le Corti nazionali sia la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno operato un bilanciamento dinamico fra gli interessi in gioco, così da favorire l'adattamento flessibile dei sistemi giuridici – e dei diritti sociali ivi riconosciuti – alle difficili sfide poste da una crisi particolarmente virulenta e dagli effetti non convenzionali. L'operazione si è avvalsa dei principi generali dell'ordinamento costituzionale, mentre paiono relegate ai margini le regole costituzionali direttamente fondative del diritto alla giusta retribuzione, come dimostra il modo assai sbrigativo con cui la Corte costituzionale italiana si è sbarazzata delle censure sollevate ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost. (con ciò distanziandosi dalla precedente giurisprudenza degli anni ottanta e novanta), emulata dal Tribunale costituzionale portoghese, che mai entra, nella sua pur cospicua giurisprudenza, nel merito delle censure riguardanti la violazione dell'art. 59 della Costituzione portoghese.

Certo, non si può giungere ad affermare che il *core* del diritto alla retribuzione venga svuotato dalle misure adottate per fronteggiare l'emergenza economico-finanziaria<sup>1082</sup>: in fondo, le più recenti prese di posizione del Tribunale costituzionale del Portogallo (in specie con la sent. n. 413/2014) e il richiamo della Corte costituzionale italiana (sent. n. 310/13) all'esigenza che le misure di blocco salariale siano comunque contenute entro «tempi definiti», ancorché più estesi rispetto alle crisi di vecchio conio, fanno salvi il «contenuto essenziale» del diritto<sup>1083</sup>. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo mostra di ancorare il giudizio di proporzionalità delle misure di decurtazione stipendiale o previdenziale, per verificarne la funzionalità rispetto al diritto alla proprietà dei beni, al carattere *non incondizionato* delle medesime, o perché oggetto di qualche

<sup>1080</sup> Va segnalato che, nel caso italiano, a seguito delle sentenze con le quali la Corte costituzionale ha confermato la legittimità delle misure di blocco retributivo, il personale delle forze armate e i docenti universitari hanno presentato ricorso alla Corte di Strasburgo per la violazione del diritto al possesso dei beni e del divieto di discriminazione fra categorie di dipendenti pubblici (ne dà notizia il 19 luglio 2014 il sito [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com)). Alla luce dei giudicati formati in materia, non è azzardato pronosticare l'esito negativo dei ricorsi.

<sup>1081</sup> V. ampiamente CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 111/14, 14 ss. (di prossima pubblicazione in Caruso B., Fontana G. (a cura di), *Lavoro e diritti nella crisi europea*, cit.); l'a. affina una tesi già oggetto di parziale elaborazione: v. ID., *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 257 ss.

<sup>1082</sup> Così DEAKIN, *op. cit.*, 561.

<sup>1083</sup> Sull'attitudine del principio di proporzionalità a delimitare in positivo il contenuto essenziale dei diritti fondamentali v. ancora CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea*, cit., 15.

compensazione (sent. *Koufaki*) oppure perché, in linea con il *judicial reasoning* delle Corti costituzionali nazionali, ragionevolmente delimitate sotto il profilo quantitativo e della protrazione temporale delle misure (sent. *Da Conceicao Mateus e Santos Juanuario*).

Ebbene, in attesa che il faticoso miglioramento del quadro economico favorisca un (invero non facile) ritorno a condizioni di tendenziale normalità delle dinamiche retributive anche nei territori dell'eurozona maggiormente esposti a rischi economici e finanziari, è fuor di dubbio che occorra cominciare a ragionare sul prossimo futuro.

A partire da una considerazione circa la «doppia lezione» che la crisi ha impartito. Da una parte, la consapevolezza che una risposta forte al dipanarsi della crisi era inevitabile e che ciò abbia, già nel breve termine, prodotto benefici *choc* sul piano macroeconomico e della stabilizzazione dei conti<sup>1084</sup>; dall'altro, il fatto, altrettanto visibile, che la strategia dell'austerità, nella parte in cui colpisce il diritto al reddito dei lavoratori, crea tensioni sociali e genera effetti controintuitivi, contribuendo a diminuire significativamente il potere d'acquisto delle classi medio-basse, come testimonia la spirale deflattiva in cui l'economia europea, specie dei paesi euro mediterranei, sembra viepiù avvitarsi<sup>1085</sup>.

Perché ciò non trascinasse nello sgretolamento di segmenti essenziali dei modelli sociali (nazionali ed europeo) urge un'iniziativa politico-istituzionale che metta in agenda la questione salariale. Le proposte avanzate in occasione della recente campagna elettorale per il rinnovo del Parlamento europeo dalle due principali compagini ivi presenti (Partito popolare e Partito socialista europeo), specie sull'esigenza di un salario minimo «diffuso» a livello europeo e non più tangibile dalle politiche di austerità promosse da autorità non democraticamente elette<sup>1086</sup> vanno in tale direzione. Talune iniziative nazionali, come la recente approvazione (il 3 luglio 2014) della legge sul salario minimo garantito in Germania<sup>1087</sup> o, per altro verso, il varo, in Italia<sup>1088</sup>, in Spagna<sup>1089</sup> e anche in Grecia<sup>1090</sup>, di manovre economiche che, pur attraverso la leva fiscale, mirano a redistribuire redditi al lavoro dipendente, sono ugualmente apprezzabili.

Serve tuttavia mettere a punto un'innovativa e più organica strategia comune in materia salariale che s'intrecci proficuamente con le politiche di coordinamento e di sorveglianza economica, consentendo peraltro di ovviare all'originario «difetto di competenza» dell'Ue in materia retributiva<sup>1091</sup>. È un percorso non facile, che abbisogna di lungimirante capacità di ingegneria istituzionale. Si vedrà se, a partire dal «semestre italiano»<sup>1092</sup>, potrà scaturire qualche proposta in questa direzione.

<sup>1084</sup> Cfr. GIDDENS, *Potente e turbolenta. Quale futuro per l'Europa?*, Il Saggiatore, Roma, 2014, 63; v. anche SCIARRA *Social law in the wake of the crisis*, cit., 15, la quale, con riferimento al caso portoghese, parla di una «*success story*» per la *Trojka*; tuttavia, sulle conseguenze socialmente deteriori della «cura» imposta dalla *Trojka*, con riferimento al caso portoghese, v. BORELLI, *op. cit.*, 366.

<sup>1085</sup> Cfr. TABELLINI, *Riforme radicali per la svolta in Europa*, 25 luglio 2014, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com); BOERI, *L'incubo dei prezzi a crescita zero*, in *La Repubblica*, 13 agosto 2014, 25.

<sup>1086</sup> V. l'intervista a JUNKER, in [www.larepubblica.it](http://www.larepubblica.it), 14 luglio 2014.

<sup>1087</sup> GOLDIN, *Salario minimo e riforma delle pensioni. Così Berlino aiuta la domanda*, in *Rassegna sindacale*, 2014, n. 33, 15.

<sup>1088</sup> D. l. 24 aprile 2014, n. 66, conv. in l. 23 giugno 2014, n. 89, sul c.d. «bonus di 80 euro» messo in atto dal governo Renzi.

<sup>1089</sup> *Programa de estabilidad y plan nacional de reformas 2014*, <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/>.

<sup>1090</sup> V. l'articolo di DA ROLD, «Ad Atene la Finanziaria della svolta», in *Il sole 24 ore*, 7 ottobre 2014, 8.

<sup>1091</sup> Cenni in proposito in DEAKIN, *op. cit.*, 560; SCHIEK, *The EU Constitution of Social Governance in an Economic Crisis: in Defence of a Transnational Dimension to Social Europe*, in *Maastricht Journ. of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, n. 2, 185.

<sup>1092</sup> V. TREU, *Semestre europeo: dalla presidenza italiana svolta su crescita e lotta alla povertà*, 26 luglio 2014, [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it).

## BIBLIOGRAFIA

ABBIAIE T., *Le Corti e la crisi: la giurisprudenza dei "PIIGS"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, n. 1, 515.

ABBIAIE T., *Ancora in materia di misure anti-crisi. Il distinguishing della Corte* (nota a sent. Corte Cost. n. 310/2013), 2 aprile 2014, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

ALLEGRI G., BRONZINI G., *Sogno europeo o incubo?*, Fazi editore, Roma, 2014.

AMATO G., *Un amore difficile*, in G. Amato e E. Galli della Loggia, *Europa perduta?*, Il Mulino, Bologna, 2104, 9.

BARNARD C., *The Charter, the Court and the Crisis*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, 2013, n. 18, <http://www.law.cam.ac.uk/ssrn/>

BARNARD C., *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective*, in *Ind. Law Journal*, 2012, vol. 41, n. 1, 98.

BAYLOS GRAU A., *Modello sociale e governance economica. Uno sguardo dal sud Europa*, in *Lav. dir.*, 2013, 587.

BELLOMO S., *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle giornate di studio Aidlass su "Clausole generali e diritto del lavoro", Roma, Univ. La Sapienza, 29 e 30 maggio 2014, <http://www.aidlass.it/convegni/convegni/documenti-1/giornate-di-studio-aidla-prof-bellomo.pdf>.

BOERI T., *L'incubo dei prezzi a crescita zero*, in *La Repubblica*, 13 agosto 2014, 25.

BONARDI O., *La nuova governance sociale europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 257.

BORDOGNA L., *La regolazione del lavoro nel capitalismo che cambia: fosche prospettive?*, in *Stato e mercato*, 2012, 15.

BORDOGNA L., *Le relazioni industriali in Italia dall'accordo Lama-Agnelli alla riforma della scala mobile*, in F. Malgeri e L. Paggi (a cura di), *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta. vol. III. Partiti e organizzazioni di massa*, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2013, p. 189.

BORELLI S., *Corte EDU versus Troika. Cronaca di una sconfitta annunciata, oppure no?*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 363.

CARUSO B., *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 111/14 (di prossima pubblicazione in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna, 2014).

CARUSO B., *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un "manifesto ermeneutico"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 245.

CATAUDELLA M.C., *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze di mercato*, Giappichelli, Torino, 2013.

CELLA G.P., *L'azione sindacale nella crisi italiana*, in L. Graziano e S. Tarrow (a cura di), *La crisi italiana. vol. I. Formazione del regime repubblicano e società civile*, Einaudi, Torino, 1979, 271.

CHITI E., *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2013, 1.

COCCONI M., *La frammentazione del sistema retributivo nel pubblico impiego*, in Giorn. dir. amm., 2014, 679.

COELHO G., CARO DE SOUSA P., *“La morte dei mille tagli”. Nota sulla decisione della Corte Costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2013, 527.

COLOMBO A., *Tempi decisivi. Natura e retorica delle crisi internazionali*, Feltrinelli, Milano, 2014.

D'ANTONA M., *Il Protocollo sul costo del lavoro e “l'autunno freddo” dell'occupazione*, in Riv. it. dir. lav., I, 1993, 411.

DEAKIN S., *Labour Standards, Social Rights and the Markets: “In derogability Reconsidered”*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2013, 549.

FANTACCI L., PAPETTI A., *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2013, fasc. 2.

FERRANTE V., *Diritto al giusto salario e lavoro pubblico, ovvero del fascino dell'antico*, in Forum dei Quaderni Costituzionali, 29 gennaio 2014, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

FONTANA G., *Diritti sociali e mercato nella giurisprudenza europea*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna, 2014, di prossima pubblicazione.

FRANZINI M., GRANAGLIA E., RAITANO M., *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi?*, Il Mulino, Bologna, 2014.

GALLI DELLA LOGGIA E., *Gli errori e la speranza*, in G. Amato e E. Galli della Loggia, *Europa perduta?*, Il Mulino, Bologna, 2014, 73.

GALLINO L., *Più democrazia vuol dire più welfare*, in MicroMega, 2014, n. 3, 34.

GALLINO L., *Il colpo di stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, Torino, 2013.

GIDDENS A., *Potente e turbolenta. Quale futuro per l'Europa?*, Il Saggiatore, Roma, 2014.

GIOVANNELLI A., *Vincoli europei e decisione di bilancio*, in Quad. cost., 2013, 933.

GIUBBONI S., *Diritto e politica nella crisi del “modello sociale europeo”*, in Politiche sociali, 2014, 133.

GOLDIN R., *Salario minimo e riforma delle pensioni. Così Berlino aiuta la domanda*, in Rassegna sindacale, 2014, n. 33, 15.

GORRIERI E., *La giungla retributiva*, Il Mulino, Bologna, 1972.

IOANNOU C.A., *Recasting Greek Industrial Relations: Internal Devaluation in Light of the Economic Crisis and European Integration*, in International Journ. Comp. Labour Law, 2012, vol. 28, n. 2, 199.

KILPATRICK C., DE WITTE B. (eds.), *Social Rights in Crisis in the Eurozone: the Role of Fundamental Rights Challenges*, EUI Workshop Papers, 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2428855###](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2428855###)

KOUKIADAKI A., KRETSOS L., *Opening Pandora's Box: the Sovereign Debt Crisis and Labour Market Regulation in Greece*, in *Ind. Law Journal*, 2012, vol. 41, n. 3, 276.

LO FARO A., *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 215.

LO FARO A., *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 279.

MAGATTI M., *La grande contrazione. I fallimenti della libertà e le vie del suo riscatto*, Feltrinelli, Milano 2012.

MAGATTI M., GHERARDI L., *Una nuova prosperità. Quattro vie per una crescita integrale*, Feltrinelli, Milano, 2014.

MENY Y., *L'Unione europea: too big to fail?*, in *Il Mulino*, 2014, 183.

MIRIELLO C., *La sentenza n. 310 del 2013 della Corte Costituzionale e l'adeguamento retributivo dei docenti universitari: quantum mutatus ab illo*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 15 aprile 2014, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

MOLA L., *Profili di compatibilità delle misure di austerità con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in G. Adinolfi e M. Vellano (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro. Profili giuridici*, Giappichelli, Torino, 2012, 81.

MONTEIRO FERNANDES A., *L'austerità e l' "uguaglianza proporzionale". Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *Lav. dir.*, 2013, 339.

MORRONE A., *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2013, 357.

OFFE C., *L'Europa in trappola. Riuscirà l'UE a superare la crisi?*, Il Mulino, Bologna, 2014.

OLIVITO E., *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della Bce al governo italiano*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 1, <http://www.rivistaaic.it/>.

PAMPALONE E. I., *C'è un giudice a Lisbona. Il Tribunal Constitucional di fronte alla crisi economica*, 25 giugno 2014, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

PALIER B., *Social policy paradigms, welfare state reforms and the crisis*, in *Stato e mercato*, 2013, 37.

PINELLI C., *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, 231.

RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli, Torino, 2012.

RICCI G., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. dir.*, 2011, 635.

RIFKIN J., *Il sogno europeo*, Mondadori, Milano, 2004.

ROMEO G., *La garanzia dei diritti sociali tra "autosufficienza nazionale" e tutela sovranazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2013, 387.

RUGGERI A., *L'integrazione europea attraverso i diritti e il "valore" della Costituzione*, 11 giugno 2014, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

SALAZAR C., *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rassegna parlamentare*, 2013, 785.

SARACENO C., *Le nuove geometrie delle diseguaglianze*, in *La Repubblica*, 29 giugno 2014, 20.

SCHIEK D., *The EU Constitution of Social Governance in an Economic Crisis: in Defence of a Trans-national Dimension to Social Europe*, in *Maastricht Journ. of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, n. 2, 185.

SCIARRA S., *Social law in the wake of the crisis*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 108/14.

SCIARRA S., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, Bari, 2013.

SONELLI S., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1439.

STIGLITZ J. E., *Il prezzo della diseguaglianza. Come la società di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino, 2013.

TABELLINI G., *Riforme radicali per la svolta in Europa*, 25 luglio 2014, [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com).

TOSI P., *La retribuzione nel diritto del lavoro dell'emergenza*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 511.

TREU T., *Semestre europeo: dalla presidenza italiana svolta su crescita e lotta alla povertà*, 26 luglio 2014, [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it).

TULKENS F., *The European Convention on Human Rights and the Economic Crisis: the Issue of Poverty*, EUI WP AEL 2013/8, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/11397/browse?value=TULKENS%2C+Fran%20oise&type=author>.

TURONE S., *Storia del sindacato in Italia*, Laterza, Bari, 1975.

## La nozione di “esigibilità” negli accordi FIAT e la funzione negoziale del diritto di sciopero\*

Silvia Magnifico

|                                                                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La nozione esigibilità negli accordi Fiat: oltre l'esecuzione del contratto.                                                              | 285 |
| 2. La responsabilità delle organizzazioni sindacali per il mancato rispetto degli impegni contrattuali.                                      | 288 |
| 3. La responsabilità delle organizzazioni sindacali per l'illegittimità dei comportamenti individuali e collettivi imputabili ai lavoratori. | 292 |
| 4. Il rapporto tra le clausole di responsabilità e le clausole integrative (di inscindibilità).                                              | 296 |
| 5. Clausole di tregua o clausole di esigibilità? Nuove soluzioni ad antiche questioni.                                                       | 299 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 225/2014



## 1. La nozione esigibilità negli accordi Fiat: oltre l'esecuzione del contratto.

Il caso Fiat, rimosso lo *shock* subito dal nostro sistema delle relazioni industriali<sup>1093</sup> per il recesso dell'azienda da Confindustria con conseguente introduzione di un nuovo modello di contrattazione sindacale, ha avuto il merito di ricondurre l'attenzione della dottrina sul tema delle clausole di tregua o di pace sindacale<sup>1094</sup>.

In realtà, molte sono state le questioni controverse legate alle vicende dei contratti collettivi stipulati per i dipendenti degli stabilimenti di Pomigliano e Mirafiori<sup>1095</sup>, ora confluiti nel contratto collettivo specifico di primo livello<sup>1096</sup> [di seguito: Ccsl], tuttavia le clausole integrative e di responsabilità contenute nel punto 9 e nel punto 12 del Ccsl Fiat, vuoi per la loro potenziale incidenza sulle posizioni dei lavoratori, vuoi per la singolarità del loro contenuto, rappresentano i profili su cui si è concentrato il dibattito dottrinale.

La clausola 9 (clausola integrativa/di inscindibilità), superata la dichiarazione d'apertura che evidenzia il carattere correlato e inscindibile di tutte le disposizioni del contratto collettivo<sup>1097</sup>, prende in esame le violazioni contrattuali poste in essere dal singolo lavoratore e le relative conseguenze disciplinari. Su questa disposizione si sono cumulati gli strali maggiori di una parte della dottrina, per la paventata assimilazione dell'esercizio del diritto di sciopero - mercé la dichiarazione di inscindibilità d'esordio - ad una qualsivoglia violazione contrattuale.

<sup>1093</sup> V. P. Tosi, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro. Il sistema collettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 1089; M. Brollo, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 1095. Copiosa è ormai la letteratura sul tema: cfr. tra gli altri, V. Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'“archetipo” Fiat di Pomigliano*, in *Rass. sind. quad.*, 3, p. 340; F. Carinci, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n. 113/2010; L. Corazza, *Tregua sindacale, governo del conflitto e competitività internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, pp. 617 ss.; R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, pp. 799 ss.; P. Ichino, *Appunti di un giurista su Pomigliano*, in <http://www.lavoce.info>, 18 giugno 2010; F. Liso, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pp. 321 ss.; M. Magnani, *Gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, in *Iustitia*, 1, pp. 11 ss.; L. Mariucci, *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *Lav. dir.*, 2011, 2, pp. 241 ss.; E.M. Mastinu, *La regolamentazione contrattuale del conflitto sindacale. Vecchi problemi e nuove tendenze*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 2, pp. 371 ss.; R. Pessi, *La contrattazione in deroga. Il caso Pomigliano*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, pp. 119 ss.; T. Treu, *L'accordo di Pomigliano e gli sviluppi futuri*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 7, p. 3.

<sup>1094</sup> Sulla distinzione terminologica si rinvia alle argomentazioni di G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*. Giuffrè, Milano, 1963, pp. 84-85.

<sup>1095</sup> Il riferimento è all'accordo aziendale per i dipendenti dello stabilimento di Pomigliano siglato il 15 giugno 2010 da Fiat Group Spa, Unione industriali di Napoli e dalla Fim, Uilm e Fismic nazionali e di Napoli; all'accordo aziendale per i dipendenti dello stabilimento di Mirafiori, siglato il 23 dicembre 2010 da Fiat Group Spa, Unione industriali di Torino e dalla Fim, Uilm, Fismic, Ugl nazionali e di Torino, e dall'associazione capi e quadri Fiat; all'accordo aziendale di Fabbrica Italia Pomigliano, autodefinitosi contratto specifico di primo livello, siglato il 29 dicembre 2010 da Fiat Spa, Fim, Uilm, Fismic, nazionali e di Napoli e dall'associazione capi e quadri Fiat destinato a sostituire il contratto collettivo dei metalmeccanici per tutte le aziende del gruppo Fiat auto. Il nuovo contratto collettivo specifico di primo livello, siglato nella sua stesura definitiva da Fiat Spa, Fim, Uilm, Fismic, Ugl metalmeccanici e dall'associazione Quadri e Capi Fiat è stato esteso in data 13 dicembre 2011 a tutti gli stabilimenti del gruppo Fiat in Italia. A tale ultimo contratto, in vigore dal 1 dicembre 2012, e alla numerazione delle clausole ivi contenuta, si farà riferimento nel presente commento. Per una prima ricostruzione specifica degli accordi Fiat si rinvia a R. De Luca Tamajo, *I quattro accordi collettivi del Gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, pp. 113 ss.

<sup>1096</sup> V. Trib Torino, 14 settembre 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1360, che ne ha riconosciuto la natura di contratto di primo livello.

<sup>1097</sup> Cfr. art. 9 “Le disposizioni del presente contratto collettivo integrano la regolamentazione dei contratti individuali di lavoro al cui interno sono da considerarsi correlate e inscindibili...”; art. 12 “Il presente contratto collettivo costituisce un insieme integrato sicché tutte le sue clausole sono correlate ed inscindibili tra loro...”.

La clausola 12 (clausola di responsabilità) d'altro canto, vede come soggetti destinatari le Oo.Ss. firmatarie e/o le Rsa, per le quali stabilisce una estesa assunzione di responsabilità in ipotesi di inosservanza propria o altrui (imputabile ai lavoratori) degli impegni assunti: in ambedue i casi l'Azienda si potrà svincolare dagli obblighi in materia di contributi sindacali e permessi di natura contrattuale.

L'obiettivo delle clausole di responsabilità negli accordi Fiat è molto ambizioso: *impegnare le parti alla fedeltà all'Accordo*<sup>1098</sup>, risultato impensabile senza una condivisione di fondo delle pattuizioni raggiunte dai sindacati e per loro tramite dai dipendenti i quali potrebbero porre in essere, con lo sciopero (ma anche al di fuori di esso<sup>1099</sup>), comportamenti idonei ad *inficiare lo spirito che anima* lo scambio contrattuale<sup>1100</sup>.

In altre parole, sindacati e azienda si prefiggono di assicurare per l'intera durata del contratto, *la stabilità e la reciproca affidabilità dei rapporti sindacali e la programmabilità della resa produttiva*<sup>1101</sup>, scopo che ha consentito alle Oo.Ss. – in ambito negoziale<sup>1102</sup> – di ridare lustro a quelle formule che più di un autore ha definito essere divenute ormai *mere clausole di stile*<sup>1103</sup>.

In realtà, la clausola integrativa prevista al punto 9, come più di un interprete ha posto in luce, sembra fuoriuscire da una tradizionale configurazione delle clausole di pace<sup>1104</sup>, poiché *sposta i termini dell'impegno di tregua sul piano del rapporto di lavoro e prevede la possibilità per l'azienda di ricorrere al potere disciplinare*<sup>1105</sup>, con le dovute riserve rispetto alle future concrete modalità di applicazione<sup>1106</sup>.

Diversamente, la clausola di responsabilità, soprattutto nella prima parte del punto 12, presenta sostanziali affinità con la clausola di tregua propriamente detta considerata l'identità di struttura e dei soggetti collettivi destinatari, salvo una essenziale difformità quanto all'oggetto e al regime sanzionatorio.

<sup>1098</sup> Si esprime in tal senso R. Del Punta, *Note su Pomigliano*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 2, p. 513.

<sup>1099</sup> V. A. Maresca, intervento al convegno *La rappresentatività sindacale: problemi e prospettive*, presso ABI, Palazzo Altieri, Roma, 3 marzo 2014, il quale annovera (a titolo esemplificativo), anche il semplice esercizio del diritto di assemblea -se posto in essere in maniera ostruzionistica -fra i comportamenti idonei ad ostacolare il raggiungimento di una piena esigibilità degli impegni assunti; in giur. v. Cass. 29 dicembre 2013, n. 23528, in *www.diritto.it*, 3 gennaio 2014, in merito ad una vicenda che ha visto coinvolto un lavoratore rifiutatosi di sostituire il collega assente. Secondo la Corte di legittimità, tale comportamento, considerata l'espressa previsione della contrattazione collettiva, va ricondotto nell'ambito della fattispecie illegittima di "sciopero delle mansioni".

<sup>1100</sup> V. Ccsl Fiat, punto 12, seconda parte.

<sup>1101</sup> Così R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano...*, cit., p. 799.

<sup>1102</sup> V. P. Ichino, *Appunti di un giurista su Pomigliano...*, cit., che insiste sulla efficacia da attribuire alle clausole di tregua anche nei confronti dei singoli lavoratori per non privare i lavoratori stessi e il sindacato che li rappresenta della principale "moneta di scambio" di cui essi dispongono al tavolo delle trattative.

<sup>1103</sup> Così si esprime G. Pino, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 63; v. anche G. Ghezzi, *La responsabilità...*, cit., p. 436, che richiamando Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, le definisce *concetti di presentazione*.

<sup>1104</sup> Per una visione d'insieme sull'argomento si rinvia a L. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo*, Franco Angeli, Milano, 2012; in senso analogo F. Liso, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Dir. lav. rel. Ind.*, 2011, 2, n. 130, p. 338.

<sup>1105</sup> Così L. Corazza, *Clausole di responsabilità e patti di tregua sindacale negli accordi Fiat*, in *Economia & Lavoro*, 2011, p. 118.

<sup>1106</sup> V. G. Pino, *Uno studio su Gino Giugni...*, cit., p. 55.

Preme sottolineare tuttavia, come la peculiarità della clausola di responsabilità degli accordi Fiat non risieda nell'apparato sanzionatorio sopra ricordato, bensì in quella "esigibilità" degli impegni assunti che assicura la tenuta del contratto non solo di fronte all'inadempimento (inteso quale patologia dell'esecuzione), ma di fronte allo sciopero, *rectius* a quel determinato sciopero che vanifichi la realizzazione dello scambio negoziale<sup>1107</sup>. In breve, l'esigibilità negli accordi in esame è il modo più idoneo a rafforzare il contenuto del contratto onde ottenerne la piena realizzazione.

È bene premettere come tale nozione nelle clausole in esame non debba confondersi in nessun caso con quella di efficacia soggettiva del contratto, le cui connesse problematiche rappresentano un ostacolo apparentemente superato nel Ccsl Fiat, laddove non si dubiti della legittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 8 della legge n. 148/2011<sup>1108</sup>.

Allo stesso modo, se non si voglia esser tacciati di utilizzo improprio del termine<sup>1109</sup>, il concetto di esigibilità<sup>1110</sup> non deve assumere connotazioni civilistiche estranee alla sua reale portata: esso si pone oltre la nozione civilistica di mera esecuzione del contratto<sup>1111</sup>, dal momento che, se dovesse coincidere con l'adempimento, si risolverebbe in clausola vuota, quasi un obbligo ad obbligarsi.

Negli accordi FIAT, promotori di un sistema escludente di relazioni industriali, l'esigibilità si muove di pari passo con una funzione negoziale del diritto di sciopero<sup>1112</sup>: anche uno sciopero politico, ovvero su materie non oggetto di regolazione contrattuale, incidendo sullo scambio specifico voluto dalle parti sociali, potrebbe vanificare l'equilibrio raggiunto (a titolo esemplificativo, si pensi ad uno sciopero politico indetto nella giornata del sabato, quando siano state concordate quote esenti di straordinario<sup>1113</sup>).

Il vincolo preteso dalle classiche clausole di tregua, invece, appare di più ampia portata, concretandosi in un generico *impegno testualmente assunto dalle associazioni che stipulano il contratto collettivo, di non promuovere scioperi, o comunque di non ricorrere all'azione diretta per conseguire la modificazione del contratto stesso ante tempus*<sup>1114</sup>.

<sup>1107</sup> Così A. Maresca, Intervento al convegno *La rappresentatività sindacale...*, cit.

<sup>1108</sup> V. A. Riccio, *Clausola di responsabilità e clausola di inscindibilità: previsioni, anomalie e suggestioni*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, I, p. 131 il quale richiama la legge n. 148/2011 per evidenziare come i vincoli stabiliti dal contratto aziendale Fiat, approvato anteriormente all'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 (di seguito: A.I. 2011), dovrebbero estendere la loro efficacia anche nei confronti dei lavoratori dissenzienti e non iscritti ai sindacati stipulanti, stante la formulazione letterale del citato art. 8.

<sup>1109</sup> Si esprime in tal senso M.V. Ballestrero, *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *Lav. Dir.*, 2011, 2, p. 272.

<sup>1110</sup> V. di recente, L. Corazza, *Il conflitto collettivo nel Testo Unico sulla rappresentanza: prime note*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 1, p. 3, che sottolinea efficacemente come la parola esigibilità venga richiamata *come un mantra in tutti i recenti accordi, quasi fosse un riassunto di tutto ciò che manca al sistema italiano di relazioni industriali: regole sulla rappresentanza; governo del conflitto collettivo, tecniche di risoluzione delle controversie collettive; partecipazione dei lavoratori alle decisioni dell'impresa*.

<sup>1111</sup> V. A. Maresca, *Relazione Master diritto del lavoro*, Università di Roma, Sapienza, 8 febbraio 2014, secondo cui l'esecuzione del contratto rientra tra gli obblighi civilistici in capo alle parti, normalmente sottesi alla pattuizione di un contratto: avrebbe dunque un sapore pleonastico impegnarsi ad eseguire quanto già concordato.

<sup>1112</sup> V. E. Ghera, *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo)*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, II, pp. 243 ss., che precisa come sia più corretto il riferimento ad una disciplina negoziale delle clausole di tregua più che del diritto di sciopero.

<sup>1113</sup> R. De Luca, *Accordo di Pomigliano...*, cit., p. 806.

<sup>1114</sup> V. G. Ghezzi, *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, 1972, p. 423.

In più la dimensione temporale nelle clausole Fiat è assente (salvo voler identificare tale argine di tempo, con l'intera durata del contratto stesso<sup>1115</sup>): a fronte di un impegno attuale “*a tempo indeterminato*”<sup>1116</sup> a non contestare i contenuti dell'accordo ricorrendo ad azioni dirette<sup>1117</sup>, corrisponde un futuro rilancio della produttività aziendale<sup>1118</sup>; pertanto anche sotto tale profilo, si ravvisano dei profili distintivi rispetto alle classiche clausole di tregua.

Per cercare di definire dunque la reale portata delle clausole Fiat bisogna comprendere se quelle *parti di un testo giuridico che servono a modificare o specificare le disposizioni di un testo più ampio*<sup>1119</sup> - possano rappresentare una ulteriore tipologia di clausole<sup>1120</sup> o defluiscono in una articolata sottospecie delle ben note clausole di pace sindacale.

## 2. La responsabilità delle organizzazioni sindacali per il mancato rispetto degli impegni contrattuali.

In base alle norme di attuazione dell'art. 55 del R.D.1 luglio 1926, n. 1130, il sindacato nel periodo corporativo era responsabile: «1) dell'inadempimento degli obblighi assunti in proprio nel contratto collettivo; 2) dell'inadempimento del contratto collettivo da parte dei singoli che vi sono vincolati, solo in quanto [il sindacato] abbia omesso di fare quanto è in suo potere per ottenerne l'osservanza; 3) dell'inadempimento stesso, quando nel contratto collettivo abbia garantito l'esecuzione di esso, in qualità di “fideiussore solidale”<sup>1121</sup>».

A distanza di quasi un secolo, ritroviamo nella clausola di responsabilità ex art. 12 del Ccsl Fiat una formulazione analoga a quanto disciplinato nei punti 1 e 2 delle norme di attuazione sopra richiamate, anche se il fine della piena esigibilità dell'accordo cui aspira la attuale contrattazione collettiva specifica di primo livello prescinde dal *superiore interesse della produzione nazionale*, posto in luce dal contratto corporativo<sup>1122</sup>.

<sup>1115</sup> Cfr. punto 10 del Ccsl Fiat: “*Decorrenza e durata*”.

<sup>1116</sup> Si esprime così M. Roccella, in *Dalla scala mobile a Pomigliano*, in *Lav. dir.*, 2011, 2, p. 429, ricordando come gli stabilimenti di Pomigliano e Mirafiori allo stato siano ancora fermi con lavoratori sospesi in cassa integrazione. L'oggetto dello scambio consiste per l'autore, in *concessioni certe da parte sindacale a fronte di promesse di investimenti che forse produrranno effetti fra un paio d'anni...*

<sup>1117</sup> Vd. ancora R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano...*, cit., p. 808.

<sup>1118</sup> Vd. F. Carinci, *Se quarant'anni...*, cit., p. 21.

<sup>1119</sup> V. Dizionario Garzanti della lingua italiana, 1981, voce: “*clausola*”.

<sup>1120</sup> V. G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 24 ss., per una esaustiva elencazione delle tipologie di clausole presenti nel contratto collettivo.

<sup>1121</sup> V. V. De Giorgi, *La responsabilità dell'associazione sindacale per l'esecuzione del contratto collettivo di lavoro*, 1933, Vallecchi, Firenze, p. 36. Naturalmente siamo nel periodo corporativo e il sindacato è un ente pubblico, lo sciopero è un reato e le norme del contratto collettivo hanno una efficacia *erga omnes*, ma una certa analogia tra le clausole Fiat e tale disposizione emerge vieppiù, approfondendo la responsabilità cd. istituzionale del sindacato corporativo.

<sup>1122</sup> V. G. Pino, *Uno studio su Gino Giugni ...*, cit., p. 48, che distingue l'interesse generale cui è finalizzata l'azione *iure proprio* del sindacato e della contrattazione collettiva, dal superiore interesse della produzione nazionale, *che nell'ordinamento corporativo esprimeva qualcosa di estraneo al pluralismo sindacale*, p. 48; v. altresì L. Corazza, *Il nuovo conflitto...*, cit., p. 63, che esclude la diffusione delle clausole di tregua sindacale nel periodo corporativo, considerata la criminalizzazione del diritto di sciopero *illis temporibus*.

Parallelismi a parte, ai fini della presente analisi, è bene evidenziare i caratteri salienti della prima parte della clausola di responsabilità degli accordi Fiat, tesa a decretare la responsabilità delle organizzazioni sindacali<sup>1123</sup> per il mancato rispetto degli impegni contrattuali assunti.

L'*incipit* della disposizione sembra superare la *summa divisio*<sup>1124</sup> fra parte obbligatoria e parte normativa<sup>1125</sup> del contratto collettivo, in virtù della *reductio ad unitatem* delle varie clausole<sup>1126</sup> del Ccsl Fiat operata dalla dichiarazione d'esordio: *"il presente contratto collettivo costituisce un insieme integrato, sicché tutte le sue clausole sono correlate ed inscindibili tra loro"*<sup>1127</sup>.

Parte della dottrina<sup>1128</sup>, tuttavia, sminuisce tale commistione rimarcando la presenza nella maggioranza dei contratti collettivi di analoghe norme tese a sottolineare la inscindibilità dei punti di un contratto.

In realtà, questo *dictum* d'apertura esplicita la sua ragion d'essere nel prosieguo della clausola 12, ai sensi della quale il *"mancato rispetto degli impegni ivi assunti dalle Oo.Ss. firmatarie e/o dalle Rsa ovvero comportamenti idonei a rendere inesigibili le condizioni stabilite con il presente contratto collettivo e i conseguenti diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti all'Azienda dal presente contratto collettivo, posti in essere dalle Oo.Ss. Firmatarie e/o dalle Rsa, anche a livello di singoli dirigenti, libera l'Azienda da obblighi derivanti dal presente contratto collettivo in materia di contributi sindacali e permessi sindacali retribuiti.."* oltre ad esonerarla dalla concessione di permessi sindacali aggiuntivi rispetto a quelli legali.

Tale formulazione testuale presente nel Ccsl Fiat, appare pressoché identica negli accordi di Pomigliano e Mirafiori in esame<sup>1129</sup>, eccezion fatta per una rilevante modifica.

In questi ultimi contratti, la conseguenza di comportamenti individuali o collettivi posti in essere in violazione delle clausole del contratto o tali da rendere inesigibile quanto da esso disposto,

<sup>1123</sup> Per una compiuta analisi della responsabilità delle organizzazioni sindacali, si rinvia a G. Santoro Passarelli, *La responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, pp. 20 ss.

<sup>1124</sup> V. L. Corazza, *ibidem*, p. 68 ss.

<sup>1125</sup> V. G. Pino, *ibidem*, p. 39, il quale, richiamando G. Giugni, sottolinea come *l'evoluzione del contratto collettivo nell'ordinamento intersindacale, anche in funzione di regolamentazione del conflitto, conduca ad un necessario ridimensionamento della tradizionale distinzione tra parte normativa e obbligatoria*.

<sup>1126</sup> Critico su questa operazione L. Mariucci, *Back to the future...cit.*, p. 246, che parla di *"normativizzazione"* della parte obbligatoria del contratto collettivo.

<sup>1127</sup> V. in origine H. Sinzheimer, *Der korporative Arbeitsnormen Vertrag*, I, Leipzig, 1907-1908, p. 258, che per primo teorizzò la funzione obbligatoria e normativa (oltre che endoassociativa) del contratto collettivo, 1907; G. Pera, *Sulle clausole di pace sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1964, I, p. 303, sulla relatività della distinzione tra parte normativa e parte obbligatoria del contratto collettivo; parla invece di costituzionalizzazione della divisione, G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 4 ss., argomentando dal valore costituzionale del diritto di sciopero; V. G. Giugni, in *Istituto diritto del lavoro dell'Università di Firenze, La categoria e la contrattazione collettiva*, Milano, 1963, p. 341, che distingue invece tra clausole statiche e clausole dinamiche del contratto collettivo; v. altresì L. Mariucci, *ibidem*, p. 249, che reputa tale ripartizione intangibile perché *costituzionalizzata dal primo comma dell'art. 39 ancor prima che dall'art. 40 Cost.*.

<sup>1128</sup> Per tutti si rinvia a P. Chieco, *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n. 117/2011, p. 9.

<sup>1129</sup> Cfr. la prima parte della clausola 13 dell'accordo di Pomigliano e della clausola 1 dell'accordo di Mirafiori; anche la dichiarazione d'apertura è identica nei contratti di Pomigliano, Mirafiori e nel Ccsl Fiat.

comporta per l'azienda una generica “liberazione dagli obblighi derivanti dal presente accordo<sup>1130</sup>” o “dalla eventuale intesa<sup>1131</sup>”, cui si affianca - quale sanzione ulteriore - la liberazione in materia di contributi e permessi.

Nell'attuale Ccsl Fiat, la prima ipotesi sanzionatoria è stata cancellata e permane la sola disposizione incidente sui diritti convenzionali spettanti alle organizzazioni sindacali. Alcuni Autori<sup>1132</sup> hanno osservato come la clausola risolutiva dell'intero accordo, non più presente nel Ccsl Fiat, rappresenti solo una formula di maniera che *sarebbe comunque stata neutralizzata dalle finalità comuni delle parti*<sup>1133</sup>; altri hanno sottolineato il potenziale svantaggio che si sarebbe prodotto proprio a carico di quella parte a presidio della quale era stata posta<sup>1134</sup>.

Quel che è certo è che la responsabilità contrattuale delle organizzazioni sindacali resta nell'ambito dell'ordinamento intersindacale<sup>1135</sup> (anche a livello di singoli dirigenti), e viene sancita per rendere effettivo l'impegno dei sindacati ad astenersi dalla proclamazione di scioperi o altre iniziative, che possano alterare quello specifico risultato contrattuale.

La prima parte del punto 12, secondo parte della dottrina<sup>1136</sup>, è strutturata al pari di una *classica clausola di tregua relativa a sanzione tipizzata* contraddistinta dalla presa d'atto dell'*ineffettività della “sanzione” del risarcimento del danno*<sup>1137</sup>.

Con tale formula, viene richiesta al sindacato una riduzione del tasso di conflittualità in uscita<sup>1138</sup>, poiché se concluso l'accordo la conflittualità non si riduce, la funzione compositiva del contratto fallisce<sup>1139</sup>.

Ciò non tanto (o non solo) per riportare in auge quella risalente e autorevole ricostruzione dottrina<sup>1140</sup>, fautrice di un implicito dovere di pace sindacale di matrice germanica<sup>1141</sup> immanente alla stipulazione del contratto, quanto per salvaguardare quel progetto di scambio comune - *sempur ampiamente sbilanciato a favore della Azienda*<sup>1142</sup> - e dunque l'affidabilità del contratto collettivo.

<sup>1130</sup> Testualmente, clausola 1, prima parte, accordo Mirafiori.

<sup>1131</sup> Testualmente, clausola 13, prima parte, accordo Pomigliano.

<sup>1132</sup> Così la intende F. Carinci, *Se quarant'anni ...*, cit., p. 13; contra F. Scarpelli, *Pomigliano: variazioni sul tema*, *Dir. lav. merc.*, 2010, 2, p. 523, che vede in tale formulazione un riferimento alle sole poche clausole che prevedono obblighi per l'impresa (ad esempio in materia di formazione).

<sup>1133</sup> Si esprime in tal senso Z. Grandi, *Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano. Opinioni a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, I, pp. 375 ss.

<sup>1134</sup> V. L. Mariucci, *Prime note sul caso Fiat: anomalia o modello?*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, I, *Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori, diritto sindacale e relazioni industriali*, Jovene, Napoli, 2011, p. 323.

<sup>1135</sup> V. G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960.

<sup>1136</sup> V. L. Corazza, *Il nuovo conflitto ...*, cit., p. 51.

<sup>1137</sup> Così L. Nogler, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n. 183/2013 p. 15.

<sup>1138</sup> V. L. Corazza, *Il nuovo conflitto...*, cit., p. 12, secondo cui invece un conflitto in entrata è fisiologico.

<sup>1139</sup> V. in tal senso, G.P. Cella, T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, p. 14.

<sup>1140</sup> V. ancora F. Santoro Passarelli, *Pacta sunt servanda*, in *Mass. giur. Lav.*, 1971, p. 374.

<sup>1141</sup> V. ancora G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale ...*, cit., pp. 83 ss.

<sup>1142</sup> Si esprime così G. Ferraro, *Le relazioni industriali dopo “Mirafiori”*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, pp. 119 ss.

All'uopo il circoscritto regime sanzionatorio stabilito nella prima parte della clausola di responsabilità al punto 12, viene considerato legittimo dalla dottrina maggioritaria<sup>1143</sup>, salvo isolate voci di segno contrario<sup>1144</sup> che vedono nell' implicito impegno a non proclamare/sostenere un sciopero da parte del sindacato, una abiura al proprio ruolo peculiare, in contrasto con la stessa *ratio* sottesa all'art. 39 Cost.

I sostenitori della bontà di tale meccanismo<sup>1145</sup> negano per tale via una lesione del diritto di sciopero costituzionalmente garantito, anzi, avvalendosi del principio di libertà sindacale sancito nel primo comma dell'art. 39 Cost., ritengono lecito che *organizzazioni sindacali libere stipulino un accordo per disciplinare le condizioni essenziali di un progetto e, contestualmente, il venir meno delle stesse*, ammettendo dunque una regolamentazione del conflitto collettivo per via contrattuale, stante la natura relativa della riserva di legge contenuta nell'art. 40 Cost.

In sintesi, per mezzo della sottoscrizione di clausole di tregua o di esigibilità, il sindacato assume un ruolo di *interlocutore affidabile*<sup>1146</sup> (anziché di antagonista scorretto), in grado di incanalare il dissenso o i malumori dei dipendenti verso una *governance* stabile delle relazioni industriali all'interno dell'azienda.

Il principio di effettività denota dunque questa prima parte della clausola 12 del Ccsl Fiat<sup>1147</sup>, il cui meccanismo sanzionatorio previsto in caso di violazione degli impegni assunti dalle organizzazioni sindacali è limitato in via esclusiva all'area di diritti di fonte contrattuale e non legislativa.

Perplessità sono state avanzate sulla incisiva sanzione che prevede la sospensione della riscossione dei contributi sindacali<sup>1148</sup>, poiché dopo l'abrogazione del meccanismo di riscossione automatica ex art. 26 commi 2 e 3, Stat. Lav. ad opera del referendum del 1995, le regole di analogo tenore, previste in genere dai contratti collettivi per garantire al sindacato di riscuotere in via automatica i contributi, cedono qui il posto alla loro versione ablativa.

<sup>1143</sup> Tra gli altri, cfr., L. Mariucci, *Back to the future...*, cit., p. 245, che ritiene legittimo rafforzare tali obblighi per i sindacati; A. Riccio, *Clausola di responsabilità ...*, cit., p. 121; R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano ...*, cit., p. 807; R. Pessi, *La contrattazione in deroga. Il "caso" Pomigliano*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 6, p. 1128.

<sup>1144</sup> V. in tal senso, M.V. Ballestrero, *Astuzie e ingenuità...*, cit., pp. 269 ss., che pone l'esempio di un regime concordato per via pattizia, rivelatosi poi oltremodo oneroso per il lavoratori, modificabile dunque solo con lo strumento dello sciopero: il sindacato non ponendolo in essere (e, prescindendo dalla questione sulla titolarità sul diritto di sciopero) si renderebbe complice di tale stortura, ben potendo essere additato di violazione dell'art. 40 Cost., per omissione di un "atto dovuto"; in senso analogo, V. Bavaro, *Contrattazione collettiva...*, cit., pp. 337 ss.

<sup>1145</sup> Fra gli altri, V. G. Proia, *Clausole di responsabilità e clausole integrative*, AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, I, Jovene, Napoli, 2011, p. 557.

<sup>1146</sup> Cfr. L. Corazza, *Il nuovo conflitto...*, cit., p. 12.

<sup>1147</sup> Parte della dottrina, fra cui R. De Luca Tamajo, *I quattro accordi ...*, cit., p. 119, definisce la clausola di responsabilità, quanto alla sua natura, clausola di tregua sindacale "relativa" poiché limitata al rispetto delle modalità lavorative previste nello stesso accordo. Sul tema dovere di pace relativa-assoluta si rinvia ancora una volta alla fondamentale monografia di G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale...*, cit.

<sup>1148</sup> Cfr. P. Chieco, *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale ...*, cit., p. 3, che richiama sul punto la posizione di V. Bavaro, *Contratti Fiat. Ispirazione per un nuovo modello*, in *www.ildiaridellavoro.it*, 17.01.2011, secondo cui tale sanzione si rivelerebbe inefficace poiché *farebbe venir meno l'obbligo contrattuale ma lascerebbe in piedi quello legale*; analogamente M.V. Ballestrero, *Diritto sindacale*, Giapichelli, Torino, 2010, p. 158.



Resta da valutare la natura della sanzione prevista dalla prima parte della clausola: a fronte di chi individua in essa una penale con funzione sanzionatoria<sup>1149</sup> (art. 1382 cod. civ.) ovvero una forfezzazione del danno subito dalla azienda per la violazione delle clausole di responsabilità, poi di contralto vi è chi la configura come una sanzione illegittimamente irrogata dall'azienda (e non da un organismo terzo quale è la Commissione di garanzia nella disciplina dello sciopero nei servizi essenziali) per una lesione di interessi propri, concretantesi in una arbitraria soppressione *tout court* di diritti<sup>1150</sup>.

Questa ultima tesi non tiene in debito conto né della natura contrattuale delle situazioni di vantaggio convenute (e quindi della loro disponibilità nella sfera dei contraenti) né della volontà delle parti sociali che hanno sottoscritto l'intesa<sup>1151</sup>.

Concorda dunque la dottrina prevalente nel riconoscere alle sanzioni di tipo collettivo e sindacale, *la linea più utile e feconda da perseguire per assicurare la cd. "esigibilità" dei contratti collettivi*<sup>1152</sup>, pur non assegnando a tale clausola una accezione né una terminologia diversa dalle classiche clausole di tregua o di pace sindacale<sup>1153</sup>.

### 3. La responsabilità delle organizzazioni sindacali per l'illegittimità dei comportamenti individuali e collettivi imputabili ai lavoratori.

Nella seconda parte dell'art. 12 Ccsl Fiat, le organizzazioni sindacali stipulanti e/o le Rsa non rispondono più solo per comportamenti propri, ma vengono chiamate in causa anche per *"comportamenti individuali e/o collettivi, dei lavoratori idonei a violare, in tutto o in parte e in misura significativa, le clausole del presente contratto collettivo ovvero a rendere inesigibili i diritti o l'esercizio dei poteri riconosciuti da esso alla Azienda, facendo venir meno l'interesse aziendale alla permanenza dello scambio contrattuale ed inficiando lo spirito che lo anima"*.

In tale ipotesi, la garanzia prestata dalle organizzazioni sindacali supera l'ambito afferente alle proprie iniziative conflittuali, al punto che la semplice indifferenza<sup>1154</sup> nei confronti di uno sciopero è idonea a configurare una responsabilità in capo alle organizzazioni sindacali.

<sup>1149</sup> V. A. Riccio, *Clausola di responsabilità...*, cit., p. 121; R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano...*, cit., p. 808.

<sup>1150</sup> In tal senso M.V. Ballestrero, *op. cit.*, p. 275 che non ritiene ipotizzabile una responsabilità solidale estesa anche agli altri sindacati firmatari, quando a violare il patto sia una sola organizzazione sindacale.

<sup>1151</sup> Così A. Riccio, *op. ult. cit.*, p. 122.

<sup>1152</sup> Si esprime in tal senso L. Mariucci, *Back to the future...*, cit., p. 246; *contra* L. Corazza, *Clausole di responsabilità e patti di tregua sindacale negli accordi Fiat*, in *Economia & Lavoro*, 2011, p. 123, per la quale le clausole di tregua adottate negli accordi Fiat non rappresentano un efficace strumento di governo del conflitto.

<sup>1153</sup> V. *ex multis*, G. Proia, *Clausole di responsabilità e clausole integrative*, AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, I, Jovene, Napoli, 2011, pp. 553 ss., che le definisce *qualcosa di simile alle classiche clausole di tregua sindacale*, ma poi aggiunge che *c'è qualcosa di più e di diverso*; nello stesso senso, A. Riccio, *op. cit.*, p. 119; per R. Pessi, *La contrattazione in deroga...*, cit., p. 1128, la clausola di responsabilità è tecnicamente una clausola di tregua sindacale.

<sup>1154</sup> Si esprime con questo termine M. Magnani, *Gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, in *Iustitia*, 1, p. 17.



I comportamenti illegittimi presi in considerazione nella seconda parte della clausola 12, per i quali sono responsabili le organizzazioni sindacali firmatarie, sono quelli posti in essere autonomamente dai lavoratori, non conseguenti ad eventuali violazioni degli impegni assunti dai sindacati medesimi<sup>1155</sup>.

Una prima applicazione di tale meccanismo può rinvenirsi nella singolare regolazione della responsabilità<sup>1156</sup>, presente nel punto 4 del Protocollo del 23 luglio 1993, nel quale per violazioni delle clausole di tregua *i sindacati erano responsabilizzati nei confronti dei dipendenti* mentre negli accordi Fiat *sono i dipendenti ad essere responsabilizzati di fronte al sindacato*<sup>1157</sup>.

Parimenti nell'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, troviamo una timida anticipazione delle clausole di responsabilità<sup>1158</sup>, seppur gli impegni ivi previsti con diverso sistema rimediale, sono delimitati al breve periodo immediatamente antecedente e subito susseguente la scadenza del contratto collettivo<sup>1159</sup>.

In linea di massima però, gli accordi stipulati sia a livello interconfederale che di categoria<sup>1160</sup> sino al Ccsl Fiat, non hanno dimostrato in sede di applicazione una concreta efficacia delle clausole di tregua ivi inserite, anche a causa dell'assenza di un adeguato apparato sanzionatorio a loro presidio.

Va precisato in ogni modo che nelle clausole Fiat, la questione della *scarsa effettività o esigibilità degli impegni contrattuali assunti dalla parte sindacale*<sup>1161</sup> riscontrata da più voci nella realtà fattuale, non viene collegata ad una presa di posizione sulla titolarità del diritto di sciopero. Invero un'azione diretta imputabile ai lavoratori, in grado di alterare la produttività aziendale, è comunque sanzionabile colpendo le Oo.Ss. nell'ambito delle proprie prerogative sindacali, indipendentemente dalla matrice individuale, collettiva o congiunta cui si voglia rapportare la titolarità del diritto di sciopero.

Secondo questa linea interpretativa<sup>1162</sup>, la responsabilità delle organizzazioni sindacali nella seconda parte della clausola configura una sorta di responsabilità oggettiva in capo ai sindacati<sup>1163</sup>,

<sup>1155</sup> V. in tal senso P. Chieco, *Accordi Fiat...*, cit., p. 5.

<sup>1156</sup> Critici all'epoca nei confronti di questo accordo, che imputava ai soggetti individuali (lavoratori e datori) le conseguenze di una violazione dei soggetti collettivi, P. Alleva, *L'accordo del 23 luglio 1993: un'analisi critica*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, p. 243; G. Ghezzi, *Considerazioni sull'accordo fra governo e parti sociali del 23 luglio 1993*, in *Politica del diritto*, 1994, p. 15; M. Roccella, *Azione sindacale e politica dei redditi: appunti sull'accordo triangolare del 23 luglio 1993*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, p. 272.

<sup>1157</sup> Così si esprime condivisibilmente, E.M. Mastinu, *La regolamentazione contrattuale...*, cit., p. 401.

<sup>1158</sup> Così F. Carinci, *Se quarant'anni...*, cit., p. 19. che definisce tuttavia tale meccanismo, un *dovere di pace del tutto disarmato*.

<sup>1159</sup> Così R. Pessi, *La contrattazione in deroga...*, cit., p. 1128.

<sup>1160</sup> Per una approfondita analisi dei vari accordi interconfederali in attuazione dell'Accordo quadro 2009, si rinvia a L. Bellardi, *L'attuazione dell'Accordo quadro: pluralità dei sistemi contrattuali ed eterogenesi dei fini. Alcune note di sintesi*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2010, p. 387.

<sup>1161</sup> Così, R. De Luca, in *Accordo di Pomigliano...*, cit., p. 806.

<sup>1162</sup> Si esprime in tal senso V. Bavaro, *Contrattazione collettiva ...*, cit., p. 346.

<sup>1163</sup> V. F. Scarpelli, *Pomigliano: variazioni sul tema*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 2, p. 524; L. Mariucci, *Back to the future...*, cit., p. 246.

stante l'intangibile titolarità individuale del diritto di sciopero<sup>1164</sup> ritenuta ormai intrinseca al dettato costituzionale.

Non convince la tesi di chi<sup>1165</sup> ravveda in tale parte della clausola, un impegno anche per i singoli lavoratori come conseguenza del vincolo associativo, argomentando che *se la proclamazione dello sciopero è illegittima per violazione di un patto di tregua...lo è anche l'adesione del lavoratore a quello sciopero*: necessita all'uopo un'esplicita volizione in tal senso<sup>1166</sup> del tutto assente nelle clausole Fiat.

Le organizzazioni sindacali dunque, novelle vestali del buon andamento del ciclo produttivo, rispondono per sé, per i propri iscritti e financo per i non iscritti che aderiscano ad uno sciopero illegittimo o rendano inesigibili i diritti o l'esercizio dei poteri attribuiti all'Azienda dall'accordo<sup>1167</sup>.

Questa imputabilità una e trina prevista in capo ai sindacati, viene - da parte di autorevole dottrina<sup>1168</sup> - ricondotta nell'alveo delle obbligazioni di risultato, dal momento che le Oo.Ss. devono garantire non solo di aver fatto quanto è in loro potere per ottenere l'osservanza del contratto collettivo (cd. obbligazione di mezzi), ma rispondono anche di condotte inadempienti altrui, avendo *ab origine* assicurato la corretta e leale esecuzione dell'accordo<sup>1169</sup>.

Non sembra corretto peraltro definire tale assunzione di responsabilità quale dovere esteso di influenza, a cagione della evidente difficoltà di ampliare il raggio di azione dei sindacati sino alla sfera di incidenza dei lavoratori non iscritti<sup>1170</sup>.

Per tale ampia assunzione di responsabilità, l'entità della violazione presa in considerazione deve assumere i caratteri di una «misura significativa», essendo richiesta qui *una soglia di punibilità più alta*<sup>1171</sup>.

Le parti, dunque, pur adottando una formulazione generica<sup>1172</sup> hanno voluto per il riconoscimento di tale traslata imputabilità, un qualcosa di più grave rispetto alle violazioni descritte nel

<sup>1164</sup> Conferma questa intenzione R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano...*, cit., p. 810.

<sup>1165</sup> P. Ichino, *Appunti di un giurista su Pomigliano...*, cit.; G. Pino, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo...*, cit, p. 54; M. Tiraboschi, *L'accordo Fiat di Pomigliano nel quadro delle nuove relazioni industriali*, in *Guida lav.*, 2010, 28, p. 14.

<sup>1166</sup> Cfr. Cass., 16 febbraio 1998, n. 1600 in *Not. giur. lav.*, 1998, p. 267; in dottrina, v. F. Liso, *Appunti su alcuni profili ...*, cit., p. 338.

<sup>1167</sup> Convergono sull'identificazione dei lavoratori fra gli altri, F. Scarpelli, *Pomigliano...*cit., p. 524; R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano...*, cit., p. 810; M. Lai, *L'accordo di Pomigliano: la contrattazione collettiva tra decentramento, responsabilità e partecipazione*, in *www.centrostudi.cisl.it*, p. 6.

<sup>1168</sup> V. F. Carinci, op. cit. p. 19, che sottolinea la trasformazione, ad opera di questa parte della clausola, di un obbligo di mezzi in un obbligo di risultato nascente in capo ai sindacati per comportamenti dei lavoratori in violazione dell'accordo.

<sup>1169</sup> V. A. Maresca, *Il ccnl dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 739, sui doveri di buona fede e correttezza, seppur se in riferimento alle clausole di esigibilità del P.I. 2013.

<sup>1170</sup> In tal senso, R. De Luca Tamajo, op. cit., p. 809.

<sup>1171</sup> Così, P. Chieco, *Accordi Fiat...*, cit., p. 6.

<sup>1172</sup> Critico F. Scarpelli, op. cit., p. 524, si interroga sulla difficoltà di misurare l'entità della violazione; in senso analogo A. Riccio, *Clausola di responsabilità ...*, cit., p. 123.

primo periodo dell'art. 12, una sorta di *non scarsa importanza dell'inadempimento*<sup>1173</sup>, quasi che il comportamento in contrasto del lavoratore sia originato da una ingiustificabile inerzia degli agenti sindacali, poco abili nel dissuadere i singoli da un'azione collettiva.

Verificandosi tale evenienza, viene meno l'interesse aziendale alla permanenza dello scambio contrattuale, risulta enfaticamente inficiato lo spirito che lo anima, e, di conseguenza, è consentito alla azienda, non più risolvere il contratto per inadempimento (come poteva avvenire nei contratti precedenti di Pomigliano e Mirafiori<sup>1174</sup>), bensì affrancarsi dagli obblighi contrattuali in materia di contributi sindacali e permessi retribuiti/aggiuntivi previsti dal contratto collettivo.

Alcuni autori hanno identificato in questa struttura sanzionatoria lo schema civilistico della promessa del fatto di un terzo<sup>1175</sup> ex art. 1381 cod. civ.; altra dottrina configura l'impegno delle organizzazioni sindacali quale *sottoposizione del diritto ai permessi e ai contributi a una condizione risolutiva rappresentata dall'avverarsi dei comportamenti stigmatizzati nella clausola*<sup>1176</sup>; altri autori ancora, la assimilano a una condizione sospensiva<sup>1177</sup>.

Quel che emerge con nitore è la *differenziazione formale e sostanziale dei soggetti e dei comportamenti*<sup>1178</sup> che cagiona tuttavia la applicazione delle medesime sanzioni collettive previste nella prima parte.

In linea generale, dunque, e *a fortiori* dopo la espunzione di quella clausola risolutiva espressa<sup>1179</sup> presente nei precedenti accordi di Pomigliano e Mirafiori (eliminazione che si riverbera nella seconda parte della clausola), viene riconosciuta la validità di fondo di questa seconda parte della clausola che sancisce la responsabilità delle stesse Oo.Ss. e/o Rsa firmatarie (della prima parte) per i comportamenti illegittimi (o comunque incompatibili con le finalità prefissatesi dalle parti a livello contrattuale) posti in essere da un singolo o da un gruppo<sup>1180</sup>.

<sup>1173</sup> V. ancora, P. Chieco, *ibidem*, p. 6; v. altresì, G. Proia, *Clausole di responsabilità...cit.*, p. 555, che giustifica la drastica sanzione risolutiva dell'intero accordo -dapprima prevista nei contratti di Pomigliano e Mirafiori -sulla base di tale significatività dell'inadempimento -escludendo che una violazione così importante possa avere come conseguenza la sospensione dei permessi sindacali; in senso analogo, v. F. Carinci, *op. cit.* p. 14.

<sup>1174</sup> Cfr. la prima parte della clausola 13 del contratto di Pomigliano e la prima parte della clausola 1 del contratto di Mirafiori, dove letteralmente è previsto che sia i comportamenti imputabili alle Ooss., sia quelli individuali o collettivi dei lavoratori "*libera[no] l'Azienda dagli obblighi derivanti dal presente accordo nonché da quelli contrattuali in materia di contributi sindacali, permessi sindacali...*"

<sup>1175</sup> Si esprime in tal senso P. Chieco, *op. ult. Cit.*, p. 7.

<sup>1176</sup> Così R. De Luca Tamajo, *I quattro accordi...*, *cit.*, p. 119, poiché nella seconda parte della clausola 12 come nella condizione risolutiva di diritto privato, *al verificarsi di eventi futuri, incerti ed in ultima analisi indipendenti dal volere delle parti... perdono efficacia le pattuizioni concernenti i diritti in questione.*

<sup>1177</sup> In questo senso, A. Maresca, Intervento al Convegno presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Sapienza di Roma, 29 novembre 2011, *La regolazione del conflitto. Le prospettive in Italia e le esperienze in ambito comunitario.*

<sup>1178</sup> Così, P. Chieco, *Accordi Fiat...*, *cit.*, p. 6.

<sup>1179</sup> V. F. Carinci, *Se quarant'anni...*, *cit.*, p. 21, che definisce la clausola risolutiva espressa *un deterrente del tutto paralizzante*; M. Miscione, *Le relazioni sindacali dopo gli accordi di Pomigliano e Mirafiori*, in *Lav giur.*, 2011, 4, p. 338 che rileva la nullità delle clausole di responsabilità (versione Pomigliano/Mirafiori) argomentando che *una condizione risolutiva potrebbe far cadere l'intero contratto e non solo le parti favorevoli all'una o all'altra parte* richiamando a sostegno giurisprudenza di legittimità (Cass. 22 novembre 2010, n. 23614, *Mass. giust. civ.* 2010, 11, p. 1490.)

<sup>1180</sup> In tal senso F. Carinci, *ibidem*, p. 20; v. anche L. Mariucci, *Back to the future...*, *cit.* p. 246, che ne prospetta la scarsa praticabilità o elevata improbabilità d'utilizzo.

Le organizzazioni sindacali che hanno accettato e ratificato l'accordo<sup>1181</sup>, a livello interconfederale e nazionale, hanno comunque scelto di assumersi la responsabilità anche per le violazioni dei lavoratori iscritti o meno e ciò, prescindendo da ogni valutazione sul merito di tale opzione, resta un fatto legittimo non discutibile<sup>1182</sup>.

L'effetto paradossale posto in luce da acuta dottrina<sup>1183</sup>, va rinvenuto nella ininfluenza di questa disposizione verso associazioni sindacali non firmatarie (quale ad esempio, la Fiom) che potrebbero promuovere una azione collettiva facendo ricadere gli effetti sanzionatori sulle organizzazioni sindacali stipulanti.

In conclusione, alle organizzazioni sindacali è richiesto un impegno oneroso in cambio del quale si offre il mantenimento degli stabilimenti *in loco*<sup>1184</sup>: non c'è violazione del diritto di sciopero, bensì un'*autolimitazione concordata in vista di un obiettivo comune*<sup>1185</sup>.

#### 4. Il rapporto tra le clausole di responsabilità e le clausole integrative (di inscindibilità).

Le clausole integrative del contratto individuale di lavoro, che succedono in sequenza la clausola di responsabilità negli accordi di Pomigliano e Mirafiori<sup>1186</sup>, vengono riproposte nel Ccsl Fiat sotto la diversa titolazione "*Inscindibilità delle disposizioni contrattuali*" nella clausola 9, di identico contenuto e mutata collocazione.

Con tale disposizione "*le parti convengono che le clausole del presente accordo integrano la regolamentazione dei contratti individuali di lavoro al cui interno sono da considerare correlate e inscindibili, sicché la violazione da parte del singolo lavoratore di una di esse costituisce infrazione disciplinare di cui agli elenchi, secondo gradualità, degli articoli contrattuali relativi ai provvedimenti disciplinari conservativi e ai licenziamenti per mancanze e comporta il venir meno dell'efficacia nei suoi confronti delle altre clausole*".

Suscita più d'una perplessità il primo alinea della disposizione che sembra evocare quella teoria della incorporazione del contratto collettivo nel contratto individuale, respinta unanimemente da giurisprudenza e dottrina<sup>1187</sup>.

Secondo la formulazione letterale del testo, tutte le clausole del contratto collettivo, quindi anche quelle relative alla parte obbligatoria (normalmente vincolante solo per le Oo.Ss. firmatarie), ven-

<sup>1181</sup> In tal senso, M. Miscione, *ibidem*, p. 348.

<sup>1182</sup> Dello stesso avviso, L. Mariucci, *Prime note sul caso Fiat...*, cit., p. 323.

<sup>1183</sup> Si esprime così F. Scarpelli, *Pomigliano...*, cit., p. 524.

<sup>1184</sup> Cfr. T. Treu, *Le relazioni industriali nell'era della globalizzazione: gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, in *www.bollettinoadapt.it*, 18 settembre 2012, che assimila gli accordi Fiat ai *concession bargaining* di matrice statunitense, nei quali a causa delle difficoltà aziendali, è inevitabile per i sindacati accettare accordi concessivi, cioè peggiorativi rispetto alle condizioni preesistenti. I *concession bargaining* si differenziano dagli accordi in deroga che implicano la divergenza delle intese aziendali rispetto a fonti nazionali o comunque sovraordinate.

<sup>1185</sup> Vd. in tal senso T. Treu, *L'accordo di Pomigliano e gli sviluppi futuri*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2010, p. 1.

<sup>1186</sup> V. clausola 14, Accordo di Pomigliano del 15 giugno 2010; clausola 2, Accordo di Mirafiori del 23 dicembre 2010.

<sup>1187</sup> V. per tutti A. Maresca, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1983, p. 685.

gono traslate nel contratto individuale, trasferendo dunque il complesso delle obbligazioni contrattuali (comprese le clausole di tregua/esigibilità) *dal piano della responsabilità contrattuale intersindacale a quello della responsabilità disciplinare*<sup>1188</sup>.

Ciò ha acceso un vivo dibattito in ordine alla potenziale equiparazione dell'esercizio del diritto di sciopero ad un inadempimento contrattuale perseguibile disciplinarmente sino al licenziamento<sup>1189</sup>, complice la stretta sequenza clausole di responsabilità - clausole integrative, presente negli accordi di Pomigliano e Mirafiori.

Il risultato di tale innesto, potrebbe consentire all'azienda di usare il proprio potere disciplinare per sanzionare un lavoratore che avesse, a titolo esemplificativo, aderito ad uno sciopero illegittimo proclamato dalle Oo.Ss. firmatarie, stante l'inclusione della clausola di responsabilità nel proprio patrimonio contrattuale individuale.

Tale interpretazione, avallata da una parte della dottrina<sup>1190</sup> che propende per una titolarità collettiva (o doppia) del diritto di sciopero, considera le clausole di tregua efficaci e vincolanti<sup>1191</sup> anche per i singoli lavoratori e non esclude che la violazione oggetto della presente disposizione possa consistere nella adesione di un singolo ad uno sciopero illegittimo<sup>1192</sup>.

La tesi minoritaria suesposta è stata duramente criticata poiché - affermatasi da tempo come prevalente la teoria della titolarità individuale ad esercizio collettivo del diritto di sciopero<sup>1193</sup> - è da ritenersi invalido qualsiasi atto che comporti la dismissione anche temporanea o parziale del diritto di sciopero<sup>1194</sup>.

Questo *tentativo di attrarre l'obbligo di tregua nella parte normativa del contratto collettivo*<sup>1195</sup> viene invece sconfessato esplicitamente dalla dizione letterale dell'Accordo del 10 gennaio 2014

<sup>1188</sup> V. E. M. Mastinu, *La regolamentazione contrattuale...*, cit., p. 401.

<sup>1189</sup> In tal senso M. Roccella, *Dalla scala mobile...*, cit., p. 429, secondo il quale con tale meccanismo, si sacrificerebbero *sull'altare del mercato e della competizione globale le ragioni di un diritto fondamentale*; in senso analogo, tra gli altri, L. Mariucci, *Note su un accordo singolare*, in *www.lavoce.info*, 21 giugno 2010; V. Bavaro, *Contrattazione collettiva...*, cit., pp. 337 ss.; Z. Grandi, *Le relazioni...*, cit., p. 376.

<sup>1190</sup> P. Ichino, *Appunti di un giurista...*, cit.; M. Tiraboschi, *L'accordo Fiat...*, cit., pp. 14 ss.; R. Del Punta, *Note su Pomigliano...*, cit., pp. 505 ss.; G. Pino, *Uno studio...*, cit., p. 55, che se da un lato riconosce l'impossibilità attuale di far valere un diverso sistema di responsabilità coinvolgente i singoli lavoratori, dall'altro ne auspica l'applicabilità in futuro, pur limitandosi ad ammettere l'eventualità di sanzioni di tipo retributivo.

<sup>1191</sup> V. M. Magnani, *Gli effetti dell'accordo...*, cit., p. 17, che non esclude la possibilità di attribuire una valenza normativa ad una potenziale clausola di tregua, lasciando illeso il dettato costituzionale dell'art. 40 Cost. e richiama a proprio sostegno risalente giurisprudenza di legittimità: Cass. 10 febbraio 1971, n. 357, in *Foro it.*, 1971, pp. 887 ss.

<sup>1192</sup> V. P. Ichino, *Appunti sull'accordo proposto dalla Fiat per lo stabilimento di Pomigliano*, in *www.pietroichino.it*, 15 giugno 2010, che sottolinea anche come la *pretesa inefficacia della clausola di tregua nei confronti dei singoli lavoratori priverebbe i lavoratori stessi e il sindacato che li rappresenta della principale moneta di scambio di cui essi dispongono al tavolo delle trattative*; contra, L. Mariucci, *Botta e risposta con L. Mariucci sulla clausola di tregua*, in *www.pietroichino.it*, 27 giugno 2010, che fonda la tesi della inopponibilità della clausola di tregua ai singoli lavoratori sull'art. 39 Cost., ancor prima che sull'art. 40 Cost.

<sup>1193</sup> V. V. Simi, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1956.

<sup>1194</sup> V. E. M. Mastinu, *La regolamentazione...*, cit., p. 403.

<sup>1195</sup> Si esprime così, L. Valente, *Rappresentanza sindacale: l'accordo tra le parti sociali*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, n. 8, p. 461.

(di seguito:T.U. 2014), in cui è ribadita l'efficacia solo obbligatoria delle clausole di tregua (oltreché sanzionatorie<sup>1196</sup>) pattuite nei contratti collettivi aziendali<sup>1197</sup>.

Invero, nella clausola 9 del Ccsl Fiat la nuova denominazione e la diversa collocazione, lasciano intendere che le parti in tal modo abbiano voluto prender le distanze oltre che dalla clausola di responsabilità anche da un'interpretazione estensiva della stessa, al punto che, attenta dottrina<sup>1198</sup>, già all'indomani del primo contratto siglato a Pomigliano<sup>1199</sup>, si perita di precisare che *questo coinvolgimento del singolo nell'impegno assunto dal sindacato forse era nell'intendimento originario sotteso al punto 15*, ma che tale clausola in realtà mira a sanzionare solo comportamenti individuali ostruzionistici o di inadempimento non “coperti” da sciopero<sup>1200</sup>.

Potrebbe tornare utile altresì, leggere la seconda parte della clausola

14 Ccsl Fiat, attraverso le lenti degli artt. 1367-8 cod. civ., al fine di escludere che la “violazione del singolo lavoratore” menzionata nel punto 9, possa corrispondere ad uno sciopero contro l'accordo: non v'è dubbio difatti che, per tali “comportamenti individuali e/o collettivi dei lavoratori”, rispondano le Oo.Ss. firmatarie e le Rsa, ai sensi del secondo alinea del punto 12 Ccsl Fiat<sup>1201</sup>.

La maggior parte degli Autori<sup>1202</sup> conviene dunque sugli effetti deterrenti di tale clausola, mentre respinge una diversa interpretazione del punto 9, includente una riconduzione dell'esercizio di sciopero nell'ambito delle infrazioni disciplinari<sup>1203</sup>.

In ogni caso, l'incorporazione contestata condurrebbe ad un risultato superfluo quando non addirittura controproducente per l'azienda: inutile, poiché è ovvio che un contratto collettivo (aziendale) integri un rapporto individuale di lavoro<sup>1204</sup> (e dunque, qualora si violi una norma del contratto si incorre per ciò solo in una responsabilità disciplinare sanzionabile secondo il principio di proporzionalità<sup>1205</sup>); svantaggioso per l'impresa, dal momento che l'immutabilità della regolamentazione incorporata nel contratto individuale, può essere modificata in futuro solo con il consenso dei singoli lavoratori<sup>1206</sup>.

<sup>1196</sup> V. T.U. 2014, parte quarta, secondo cui le clausole sanzionatorie degli obblighi di raffreddamento o tregua, previste nella contrattazione aziendale, saranno vincolanti per “le Oo.Ss. espressioni delle confederazioni firmatarie dell'Accordo Interconfederale 2014 o per le Oo.Ss. che ad esso abbiano formalmente aderito e non per i singoli lavoratori”.

<sup>1197</sup> V. V. Angiolini, *www.cgil.it, Parere, Testo Unico sulla Rappresentanza, convenuto da Confindustria-Cgil, Cisl e Uil il 10 gennaio 2014*, che esclude profili di incostituzionalità in merito alla disciplina pattizia del citato T.U. 2014.

<sup>1198</sup> V. R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano ...*, cit., p. 810.

<sup>1199</sup> Ci si riferisce al contratto collettivo aziendale del 15 giugno 2010.

<sup>1200</sup> V. altresì, L. Nogler, *La titolarità congiunta...*, cit., pp. 16-17, che chiosa sull'espressione “non coperti da sciopero” preferendole “non coperti dall'art. 40 Cost”. L'Autore al termine del suo approfondito saggio, prospetta una scarsa utilità della clausola di inscindibilità.

<sup>1201</sup> V. E.M. Mastinu, *La regolamentazione...*, cit., p. 402; R. Del Punta, *Note su Pomigliano...*, cit., p. 514; A. Riccio, *Clausola di responsabilità...*, cit., p. 132.

<sup>1202</sup> Tra i tanti M. Roccella, *Dalla scala mobile...*, cit., pp. 428 ss.; F. Carinci, *Se quarant'anni...*, cit., p. 22; P. Tosi, *Lo shock di Pomigliano...*, cit., p. 1094.

<sup>1203</sup> Di questo avviso anche F. Liso, *Appunti su alcuni profili...*, cit., p. 340, che ammette tuttavia una possibile convivenza della titolarità individuale del diritto di sciopero con una disciplina negoziale a livello collettivo.

<sup>1204</sup> Si esprime così V. Bavaro, *Contrattazione collettiva...*, cit., p. 346.

<sup>1205</sup> V. ancora V. Bavaro, *Rassegna giuridico-sindacale...*, cit., p. 323.

<sup>1206</sup> Così R. Pessi, *La contrattazione in deroga...*, cit., p. 1127; dello stesso avviso, F. Liso, *ibidem*, p. 338.

In conclusione la struttura della clausola 9, sia qualora si rinvenga nell'oggetto un inadempimento inesatto o parziale della prestazione lavorativa<sup>1207</sup>, sia quando la violazione menzionata si limiti ad individuare quei comportamenti ostruzionistici del lavoratore sul piano individuale<sup>1208</sup>, non sembra inquadrabile nel tradizionale schema delle clausole di tregua (e meno che mai in una illegittima riduzione dell'esercizio del diritto di sciopero<sup>1209</sup>).

Secondo un insegnamento classico<sup>1210</sup> le clausole di tregua dovrebbero palesare l'intenzione di limitare il diritto di sciopero in modo esplicito, mentre la formulazione della clausola 9 Ccsl Fiat è vaga e generica; di conseguenza non può essere riferita al diritto di sciopero anche in base alla sua interpretazione letterale<sup>1211</sup>.

Tantomeno è possibile ricondurre la disposizione in commento, laddove se ne voglia riconoscere la genesi, ad una clausola di esigibilità del contratto, dal momento che - oltre il diverso oggetto - quest'ultima ha per destinatari diretti gli agenti sindacali e non i singoli lavoratori (se non di riflesso).

Non sono mancate invece le critiche di chi ha ravvisato in tale disposizione una chiara elusione dei requisiti minimi del procedimento disciplinare, giacché *far riferimento non all'elenco delle infrazioni così come è, ma come sarebbe se ricomprendesse tutte quelle relative a violazioni delle clausole dell'accordo* stride con i noti principi di certezza delle trasgressioni e proporzionalità delle sanzioni<sup>1212</sup>.

Meno diffidenti altri Autori che ravvisano nella formula contrattuale (*"infrazione disciplinare di cui agli elenchi secondo gradualità degli articoli contrattuali relativi ai provvedimenti disciplinari"*) un semplice rinvio, sebbene *contorto*, a quanto stabilito nel codice disciplinare e, allo stesso modo, considerano l'asserzione conclusiva del punto 9 - che preclude al soggetto inadempiente *"l'efficacia delle altre clausole"* - un monito vago e minaccioso, ma difficilmente attuabile, poiché una sanzione ulteriore si cumulerebbe con quella disciplinare ordinaria<sup>1213</sup>.

## 5. Clausole di tregua o clausole di esigibilità? Nuove soluzioni ad antiche questioni.

Volendo tratteggiare una sintesi conclusiva dalla analisi delle clausole di responsabilità Fiat, sembra evincersi una nozione di esigibilità del contratto distante dal generico impegno a non scioperare previsto nelle tipiche clausole di pace sindacali.

<sup>1207</sup> V. M. Magnani, *Gli effetti dell'accordo...*, cit., p. 17; contra, V. Bavaro, *Rassegna giuridico...*, cit., pp. 313 ss.

<sup>1208</sup> V. R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano...*, cit., p. 810.

<sup>1209</sup> Trae queste condivisibili conclusioni, P. Chieco, *Accordi Fiat...*, cit., p. 8, che ribadisce una "normalità" della clausola integrativa, richiamando le clausole di inscindibilità delle disposizioni contrattuali contenute in genere nei contratti collettivi nazionali di lavoro.

<sup>1210</sup> V.G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, p. 148; in giur., v. Cass. 16 febbraio 1998, n. 1600, in *Not. giur. lav.*, 1998, p. 267.

<sup>1211</sup> V. in tal senso F. Liso, *Appunti su alcuni...*, cit., pp. 338 ss.

<sup>1212</sup> Così si esprime F. Carinci, *Se quarant'anni...*, cit., p. 22; in senso analogo, v. Z. Grandi, *Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano...*, cit., p. 378.

<sup>1213</sup> Così V. P. Chieco, *Accordi Fiat...*, cit., p. 10.

L'esigibilità dunque nei contratti Fiat, rappresenta un *quid pluris* anche rispetto alla mera esecuzione di un contratto, qualcosa che tenta di garantire una reciproca soddisfazione degli oneri assunti con la stipula e che rifugge da arbitrari sommovimenti della regola del *rebus sic stantibus*<sup>1214</sup> nella sua accezione più lata.

Giova sottolineare la presenza del termine "esigibilità" anche nella premessa dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011<sup>1215</sup>; come parimenti la stessa *formula imaginifica*<sup>1216</sup> ricorre nel Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013<sup>1217</sup>; infine, nel recente Testo Unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014<sup>1218</sup> il concetto di esigibilità, più volte richiamato, è sostenuto da un apparato sanzionatorio e compositivo (da realizzare ad opera dei futuri contratti collettivi nazionali e aziendali), che ne lascia presagire una più realistica solidità<sup>1219</sup>.

Per le ragioni suesposte dunque, le clausole di responsabilità/esigibilità meriterebbero un diverso inquadramento rispetto a quelle clausole di tregua *dagli effetti sbiaditi, che erano contenute in passato nella contrattazione di livello interconfederale*<sup>1220</sup> delle quali conservano solo una fievole similitudine.

Forse l'angolo visuale dal quale partire, dovrebbe porsi al di là di una titolarità esclusivamente individuale del diritto di sciopero<sup>1221</sup> al fine di ottenere, attraverso le clausole di esigibilità, ciò che le vetuste clausole di tregua non sono riuscite a conseguire: *la tenuta sul piano delle relazioni industriali di quanto pattuito con il contratto collettivo, che non può più limitarsi a chiudere il conflitto in atto ma deve offrire garanzie e stabilità in ordine al futuro svolgimento delle relazioni industriali stesse*<sup>1222</sup>.

<sup>1214</sup> V. G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale...*, cit., p. 96.

<sup>1215</sup> Nell' A.I. 2011, si sottolinea l'essenzialità di un sistema di relazioni sindacali e contrattuali finalizzato a garantire "affidabilità e rispetto delle regole stabilite" nell'ambito della contrattazione collettiva, ma la mancata previsione di una sanzione esplicita in ipotesi di caso di violazione, rende la clausola 6, poco più che un blando avvertimento per le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie.

<sup>1216</sup> La definisce così A. Maresca, *Il ccnl dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 739.

<sup>1217</sup> V. A. Viscomi, *Prime note sul Protocollo 31 maggio 2013*, in *Riv. it. dir. lav.* 2013, I, p. 772, che sottolinea la terminologia usata nel P.I. 2013, a proposito di esigibilità degli impegni assunti dalle parti volte a non promuovere iniziative "di contrasto" e non "in contrasto" rispetto agli accordi definiti.

<sup>1218</sup> Con il T.U. 2014, sottoscritto da Cgil, Cisl UIL cui hanno aderito successivamente Cisl, Ugl e Confsal, le parti hanno definito le regole per la rappresentanza sindacale, la procedura della negoziazione e la gestione della contrattazione collettiva nazionale e aziendale.

<sup>1219</sup> V. ancora A. Maresca, *Il ccnl dopo il Protocollo ...*, cit., p. 739, per il quale il concetto di esigibilità nel P.I. 2013, (ergo nel T.U. 2014), richiama quella distinzione privatistica tra esercizio e realizzazione del diritto, secondo cui la posizione convenzionale dell'avente diritto diverge da quella sostanziale del fruitore del diritto in grado di vedere soddisfatto il proprio interesse mezzo la realizzazione dell'accordo.

<sup>1220</sup> Si esprime così, L. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo...*, cit., p. 59.

<sup>1221</sup> Questo è l'auspicio che proviene da più autori, fra i quali G. Pino, *Uno studio...*, cit., pp. 25 ss.; L. Nogler, *La titolarità congiunta...*, cit.; L. Corazza, *Il conflitto ...*, cit.

<sup>1222</sup> V. L. Corazza, *ibidem*, p. 87 secondo cui quella azione diretta di contrasto agli impegni assunti difficilmente potrà arrestarsi in un ambito di contrattazione separata, poiché lo sciopero può essere sempre proclamato da quel sindacato che non ha firmato l'accordo (es. Fiom); e ciò, anche laddove il sindacato stipulante reputi la piena l'esigibilità del contratto uno strumento di accrescimento del proprio potere contrattuale.



Un breve cenno va rivolto infine al meccanismo di composizione delle questioni inerenti l'applicazione delle clausole del contratto collettivo previsto negli accordi Fiat<sup>1223</sup>, arricchito nell'ultima versione del Ccsl Fiat, dai punti 14 e 15 (*"Raffreddamento delle controversie collettive"*<sup>1224</sup> e *"Conciliazione e arbitrato delle controversie individuali"*).

Va precisato tuttavia, come, in assenza di componimento della controversia da parte della Commissione, l'Azienda applicherà quanto stabilito nella clausola di responsabilità, *in una prospettiva più sanzionatoria che conciliativa*<sup>1225</sup>.

Appare del tutto residuale poi, nel sistema Fiat, il ricorso all'istituto dell'arbitrato che non oltrepassa i limiti di una generica possibilità, timidamente menzionata nell'ultima parte della clausola 14 Ccsl<sup>1226</sup>.

Maggiormente definito invece, appare l'attuale sistema di risoluzione delle controversie collettive presente nell'Accordo del 10 gennaio 2014<sup>1227</sup>, che disciplina in regime transitorio, il deferimento delle controversie ad un organismo terzo (collegio arbitrale) con funzioni decisorie.

---

<sup>1223</sup> V. sul punto, L. Corazza, *Il nuovo conflitto...*, cit., p. 176, che precisa come al punto 16 dell'accordo di Pomigliano del 15 giugno 2010 e, con identica formulazione negli accordi di Mirafiori del 23 dicembre 2010; di Pomigliano del 29 dicembre 2010 e nella premessa del Ccsl Fiat, fosse prevista solo l'operatività della Commissione paritetica di conciliazione *"sede preferenziale e privilegiata per esaminare le eventuali specifiche situazioni che concretizzano il mancato rispetto degli impegni assunti dalle Oo.Ss. firmatarie del presente contratto collettivo nonché per esaminare l'operatività delle conseguenze..."*.

<sup>1224</sup> Va rimarcata la clausola di tregua prevista nel punto 14: *"durante lo svolgimento e sino al termine delle suddette procedure le parti non assumeranno iniziative unilaterali né procederanno ad azioni dirette"*.

<sup>1225</sup> Cfr. L. Corazza, *ibidem*, p. 176.

<sup>1226</sup> V. in tal senso, L. Corazza, *ibidem*, p. 178; dello stesso autore, *Clausole di responsabilità...*, cit., p. 124.

<sup>1227</sup> Cfr. T.U. 2014, parte quarta, *"Clausole transitorie e finali"*, secondo cui *"eventuali comportamenti non conformi agli accordi saranno presi in esame per l'adozione di misure da applicarsi nei confronti delle Oo.Ss e dei datori di lavoro in caso di inadempimento degli obblighi assunti"*.

## Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi\*

Alessandro Garilli

- |                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'insuccesso della riforma del 2012.                                                                          | 303 |
| 2. Verso una riforma strutturale del diritto del lavoro (il Jobs Act): avanti tutta con incertezza.              | 304 |
| 3. Le innovazioni alla disciplina del contratto a tempo determinato e alla somministrazione a tempo determinato. | 307 |
| 4. Il possibile contrasto con la disciplina dell'Unione europea.                                                 | 310 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 226/2014

## 1. L'insuccesso della riforma del 2012.

La legge n. 92 del 2012 (riforma Fornero) intendeva affrontare il gravissimo problema della disoccupazione con una serie di misure rivolte a riequilibrare il rapporto tra flessibilità in entrata e in uscita. Sul primo versante, la legge si prefiggeva l'obiettivo di contenere le forme contrattuali di lavoro subordinato precario e di lavoro economicamente dipendente<sup>1228</sup>. Sul secondo, essa procedeva ad una revisione della disciplina dei licenziamenti, con particolare riguardo all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, riducendo la reintegrazione ad alcuni casi di licenziamento illegittimo ed estendendo la tutela di tipo indennitario. Nel contempo, in una prospettiva di "flessicurezza"<sup>1229</sup> (flessibilità nel rapporto di lavoro accompagnata però da una tutela del reddito e da opportunità di lavoro), la legge avviava una radicale riforma degli ammortizzatori sociali, trasformando l'indennità di disoccupazione nell'Aspi, con un ambito di applicazione più ampio (ma non ancora generale) e prevedendo correttivi alla cassa integrazioni guadagni nonché la cessazione definitiva di quella in deroga e dell'indennità di mobilità entro il 2016. Tuttavia, il disegno riformatore è stato oggetto di forti critiche, sia nel merito che nella tecnica normativa.

Se la giurisprudenza ha dovuto affrontare gli oscuri nodi interpretativi del novellato art. 18, pervenendo a soluzioni contraddittorie<sup>1230</sup>, il perdurare della crisi economico-finanziaria del Paese ha determinato un'ulteriore caduta dei tassi di occupazione con un acuirsi del lavoro precario: il contratto a termine è oggi utilizzato nelle assunzioni dei lavoratori in rapporto di oltre due terzi rispetto al tipo standard a tempo indeterminato (v. l'analisi di impatto della legge, contenuta nel Quaderno n. 1 a cura del Comitato scientifico e del Comitato tecnico, costituiti presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali)<sup>1231</sup>. Anche sul fronte degli ammortizzatori l'intento del legislatore si è arenato di fronte all'incremento vertiginoso della cig, anche in deroga, utilizzata per fronteggiare un sempre più crescente numero di crisi aziendali<sup>1232</sup>.

In definitiva, il quadro del mercato del lavoro è scoraggiante e le ricette fin qui utilizzate non hanno prodotto i risultati sperati.

<sup>1228</sup> Per una valutazione generale, cfr. T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 1 ss.; S. SCIARRA, *Flessibilità e politiche attive del lavoro, note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, *ivi*, 2013, 471; L. MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Lav. dir.*, 2012, 415; U. ROMAGNOLI, *La transizione infinita verso la flessibilità buona*, *ivi*, 2013, 155; F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Suppl. a *Dir. Prat. Lav.*, Milano, 2012, 93 ss.

<sup>1229</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2012, 141; M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 527; M. V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, 441 ss.; F. TROS, *La flexicurity in Europa: può sopravvivere a una doppia crisi?*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 377; J. HEYES, *Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity*, in *European journal of industrial relations*, 2013, 71 ss.

<sup>1230</sup> D. DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 156 ss.; ID, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: aggiornamento*, *ivi*, 2014, 3 ss.; M. FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 338 ss.; S. CAPONETTI, *Orientamenti giurisprudenziali sul rito Fornero*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 620 ss.

<sup>1231</sup> Per ulteriori riferimenti statistici cfr. E. MANDRONE, M. MAROCCO, D. RADICCHIA, *Il lavoro precario dopo la crisi*, in *www.la-voce.info*, 22 luglio 2014.

<sup>1232</sup> Cfr. i dati elaborati dall'Osservatorio Cig della Cgil Nazionale, nel rapporto di maggio 2014, consultabili sul sito *www.cgil.it*, secondo cui le ore di cassa integrazione sarebbero state poco meno di mezzo miliardo nei primi cinque mesi dell'anno 2014 ed avrebbero coinvolto circa 570 mila lavoratori, con una perdita di reddito di 1,8 miliardi di euro.

## 2. Verso una riforma strutturale del diritto del lavoro (il Jobs Act): avanti tutta con incertezza.

Nel 2014 viene nominato presidente del Consiglio dei Ministri Matteo Renzi: si tratta del terzo governo nato su indicazione del Presidente della Repubblica. Ma questa volta il suo programma di legislatura è assai ambizioso rispetto ai precedenti perché intende attuare una serie di riforme strutturali che dovrebbero cambiare il volto del Paese. E così, accanto alle riforme costituzionali (trasformazione del Senato in Camera delle Regioni e fine del bicameralismo perfetto, ridimensionamento dell'assetto semifederalista dello Stato), a quella elettorale (per garantire stabilità di governo), dell'istruzione e della pubblica amministrazione (sarebbe la quarta riforma nel giro di vent'anni), priorità assoluta viene data ad una profonda revisione dell'intero sistema normativo che compone il diritto del lavoro. Le linee di politica economica in cui ci si muove sono quelle tracciate già nel 2011 (per l'Italia con una famosa e discussa lettera-raccomandazione dell'agosto indirizzata al Presidente del consiglio Berlusconi) dalla c.d. Troika (perché composta dalla Banca centrale europea, dalla Commissione europea e dal Fondo monetario internazionale) per il salvataggio dei paesi in zona euro il cui debito pubblico è fuori controllo: austerità finanziaria e flessibilità del mercato del lavoro<sup>1233</sup>. Si tratta di una ricetta da molti contestata perché ritenuta incapace di offrire sviluppo e causa di stagflazione (deflazione e contrazione dei consumi). Ad essa si contrappone il modello neokeynesiano che indica negli investimenti pubblici produttivi (specie nei settori ad alta innovazione) la soluzione della crisi, e che è stato seguito con risultati positivi negli Stati Uniti e nel Giappone<sup>1234</sup>.

Pareggio di bilancio e fiscal compact finora non sono regole messe seriamente in discussione a livello di Unione Europea, e per di più nel nostro Paese esse sono state costituzionalizzate (artt. 81 Cost., nel testo sostituito dall'art. 1, legge cost. 20 aprile 2012, n. 1; art. 97, comma 1, inserito dall'art. 2 della legge cit.; art. 5, legge cit.)<sup>1235</sup>. Il che rende estremamente difficile intervenire per migliorare le condizioni economico- sociali, e soprattutto occupazionali, attraverso misure rivolte ad incrementare la domanda (investimenti nei settori produttivi, riduzione del carico fiscale e incentivi alle imprese), mentre più agevole, e compatibile con la politica finanziaria europea, risulta operare sul versante dell'offerta di lavoro e quindi sulla flessibilità del rapporto.

A questo riguardo il governo ha agito su due fronti. Uno, settoriale e di immediata vigenza, con un decreto legge (d.l. 20 marzo 2014, n. 34, conv. nella legge 16 maggio 2014, n. 78) sul contratto

<sup>1233</sup> Cfr. A. ALESINA, ALBERTO, C. FAVERO, F. GIAVAZZI, *The Output Effect of Fiscal Consolidations*, Harvard, 2014; in *scholar.harvard.edu*; A. ALESINA, *The kindest cuts*, in <http://www.city-journal.org>, 2012; R. PEROTTI, *The "Austerity Myth": Gain without Pain?*, in A. ALESINA, F. GIAVAZZI, *Fiscal Policy after the Financial Crisis*, University of Chicago Press, NBER, 2013, 307 ss.; C. COTTARELLI, L. JARAMILLO, *Walking Hand in Hand: Fiscal Policy and Growth in Advanced Economies*, IMF Working Paper, 2012, n. 137, Washington, International Monetary Fund.

<sup>1234</sup> Cfr. AA. VV. *Lettera degli economisti contro le politiche di austerità*, 15 giugno 2010, in *economia e politica*, *Rivista online di critica della politica economica*; L. PANDOLFI, *Dal referendum anti austerità la spinta per ripensare l'Europa*, *ivi*, 28 luglio 2014; R. REAL-FONZO, *Deregolamentare per crescere? Epl, quota salari e occupazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 487 ss.; O. BLANCHARD, D. LEIGH, *Growth Forecast Errors and Fiscal Multipliers*, IMF Working Paper, 2013, Washington, International Monetary Fund.

<sup>1235</sup> F. CARINCI, *Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico)*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 655 ss.

a termine e l'apprendistato (e contenente anche semplificazioni documentali di regolarità contributiva e per l'accesso ai contratti di solidarietà)<sup>1236</sup>. Il contratto a tempo determinato viene liberalizzato attraverso la soppressione del principio di giustificazione causale (v. *infra*); per l'apprendistato si semplifica il contenuto del piano formativo, si riduce la condizione per l'assunzione di nuovi apprendisti e si contiene il costo della retribuzione.

L'altro fronte è contenuto in un disegno di legge delega (Atto Senato n. 1428, comunicato alla Presidenza il 3 aprile 2014, nella vulgata informativa detto Jobs Act), tanto ambizioso quanto generico su alcuni punti qualificanti, che intende affrontare il tema dell'occupazione con una serie di interventi, realizzati attraverso l'esercizio di apposite deleghe, in una pluralità di settori cruciali del diritto del lavoro e della sicurezza sociale. Il testo approvato dal Senato il 9 ottobre 2014 ha subito due rimaneggiamenti a seguito di emendamenti presentati dal governo prima in commissione lavoro e poi in aula<sup>1237</sup>. Gli obiettivi indicati possono così sintetizzarsi: 1) assicurare tutele uniformi contro la disoccupazione involontaria, legate alla storia contributiva dei lavoratori, razionalizzare la disciplina dell'integrazione salariale, collegare il sussidio ad attività a beneficio delle comunità locali; 2) garantire, mediante la costituzione di un'agenzia nazionale per l'occupazione, la fruizione dei servizi essenziali su tutto il territorio in materia di politiche attive del lavoro ed assicurare l'esercizio unitario delle relative funzioni amministrative; 3) semplificare e razionalizzare le procedure e gli adempimenti di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro allo scopo di ridurre gli adempimenti a carico delle imprese e dei lavoratori; 4) riordinare e semplificare le tipologie contrattuali esistenti mediante la redazione di un testo organico di disciplina che preveda "per le nuove assunzioni un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio"; 5) "promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma privilegiata di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti"; 6) rivedere la disciplina delle mansioni di cui all'art. 2103 c.c., con possibilità di modifiche *in peius* delle stesse in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale; 7) modificare l'art. 4 dello statuto dei lavoratori sulla disciplina dei controlli a distanza ("contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori"); 8) estendere le ipotesi di lavoro accessorio per le attività discontinue e occasionali, elevando i limiti di reddito attualmente previsti; 9) applicare il salario minimo ai rapporti di lavoro subordinato e a quelli "di collaborazione coordinata e continuativa" (non è chiaro se ci si riferisca a tutte le forme di lavoro economicamente dipendente) nei settori non regolati dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (e previa consultazione con le stesse); 10) introdurre un'agenzia unica per le ispezioni del lavoro, che assorba i servizi ispettivi del Ministero del lavoro, dell'Inps e dell'Inail; 11) infine, garantire adeguato

<sup>1236</sup> Cfr. in generale, F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I*, in *Adapt labour studies e-book series*, n. 30/2014; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese. Prime interpretazioni e valutazioni di sistema*, in *Adapt labour studies e-Book series*, n. 22/2014 e ID. (a cura di), *Jobs Act - Le misure per favorire il rilancio dell'occupazione, riformare il mercato del lavoro ed il sistema delle tutele*, *Adapt labour studies e-Book series*, n. 21/2014; L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporti di lavoro tra articolazione tipologica e Flessibilizzazione funzionale*, in W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 213/2014; M. MISCIONE, *Il 'Jobs Act' del Governo Renzi su contratti a termine ed apprendistato*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), del 26/03/2014.

<sup>1237</sup> La cronaca completa dell'iter parlamentare è consultabile sul sito [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).

sostegno alla genitorialità, attraverso strumenti volti a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

La logica su cui si muove il provvedimento è quella (aggiornata) già tracciata dal Libro bianco sul mercato del lavoro presentato nel 2001, che vuole coniugare la flessibilità del rapporto di lavoro con misure di politiche attive nel mercato del lavoro e tutela del reddito di tipo universale in favore dei disoccupati (la flessicurezza di cui si è detto)<sup>1238</sup>. Sotto il secondo aspetto, che rappresenta il punto dolente del sistema regolativo del mercato del lavoro italiano, che marca la distanza con gli altri paesi del centro Europa, occorre ricordare che i tentativi di riforma prospettati nell'ultimo ventennio non hanno sortito effetti, risolvendosi in meri annunci e petizioni di principio, e scontrandosi con il problema del costo dell'operazione. V'è poi da dire che le politiche attive (servizi all'impiego e formazione professionale) con la riforma del titolo V della Costituzione sono state affidate in massima parte alle regioni, con risultati in generale insoddisfacenti e disastrosi nelle aree del Mezzogiorno. Da qui l'idea di un'agenzia nazionale che individui uno standard comune di servizi e garantisca l'unitarietà dell'azione amministrativa. Progetto ambizioso che però richiederebbe nuove risorse finanziarie e una revisione dell'assetto costituzionale dei rapporti Stato – regioni.

L'intervento di immediata applicazione è invece quello contenuto al punto 4), attorno al quale si è incentrato il dibattito tra le forze politiche e la comunità lavoristica. Con esso si intende attuare la proposta formulata dalla dottrina (Boeri – Garibaldi, Ichino) già da alcuni anni, di introdurre nell'ordinamento un nuovo tipo contrattuale a tempo indeterminato e a protezione crescente<sup>1239</sup>. In essa è previsto che il percorso si articoli in due fasi: la prima, di inserimento del lavoratore, di durata triennale, in cui il licenziamento illegittimo viene sanzionato con un'indennità variabile a seconda della durata del rapporto (5 giorni lavorativi per ogni mese di anzianità aziendale), ad eccezione di quello discriminatorio per il quale è mantenuta la reintegrazione; la seconda che scatta al termine del terzo anno, in cui è garantita l'applicazione della disciplina vigente in ordine alla tutela contro il licenziamento illegittimo. La discussione successiva alla presentazione del disegno di legge delega si è incentrata sulla reintegrazione nel posto di lavoro, che alcune forze politiche all'interno della stessa maggioranza di governo – e lo stesso Presidente del Consiglio – vorrebbero limitare al licenziamento discriminatorio e forse a quello disciplinare previa individuazione delle fattispecie rilevanti da tipizzare, lasciando fuori le ipotesi di licenziamento economico (non è chiaro se solo individuale o anche collettivo). Il dibattito ha assunto forti tinte ideologiche che vanno ben al di là della concreta utilità della soppressione della norma al fine di favorire l'incremento di contratti a tempo indeterminato. Resta anche incerto se il contratto a tutele crescenti debba essere unico e sostitutivo di tutte le altre tipologie di rapporto, e in particolare del nuovo modello di contratto a termine, o se le forme esistenti vengano semplificate, ma parzialmente mantenute. Non è infine chiaro se la nuova disciplina troverà applicazione al settore del

<sup>1238</sup> Cfr. F. CARINCI e M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002.

<sup>1239</sup> Cfr. T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti*, Milano, 2008; P. ICHINO, *La fine del regime di job property*, in *Mondo-peraio*, 10 settembre 2014 e *amplius* ID., *Inchiesta sul lavoro*, Milano, 2011; F. CARINCI, *Provaci ancora Sam: ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 3 ss.; A. RICCOBONO, *Il dibattito su flessibilità e rimodulazione delle tutele. La modernizzazione del diritto del lavoro tra crisi economica e possibili percorsi di riforma*, in G. LOY, *Diritto del lavoro e crisi economica*, Roma 2011, 179 ss.

lavoro pubblico. La delega, infatti, non contiene alcun riferimento alla possibile estensione al lavoro nelle p.a. della riforma delle tipologie contrattuali (e delle prospettate modifiche dell'art. 18 St. lav.) È auspicabile che anche su questo punto il testo definitivo sia più chiaro, per evitare che si riprospettino le incertezze già registrate con la l. n. 92/2012<sup>1240</sup>.

Trattandosi di un testo ancora in itinere in Parlamento e dall'esito finale non scontato, è impossibile formulare analisi e valutazioni approfondite. Si può però rilevare fin d'ora, senza entrare nel merito dei singoli punti, che qualora il testo venisse approvato nella sua attuale versione, si profilerebbe una possibile incostituzionalità della delega per violazione dell'art. 76 Cost. Il testo infatti non contiene una formulazione rigorosa dei principi e criteri direttivi a cui dovrebbero informarsi i decreti legislativi. È carente inoltre una puntuale definizione degli "oggetti" da regolare. I settori di intervento sono indicati genericamente, più per obiettivi che per istituti e fonti regolative. E l'incostituzionalità potrebbe estendersi anche ai decreti delegati<sup>1241</sup>. Il caso più eclatante riguarda le annunciate modifiche alla disciplina della reintegrazione, di cui non v'è traccia nella delega approvata dal Senato. L'espressione "tutele crescenti" è infatti troppo vaga per ritenere che includa anche modifiche alla vigente regolamentazione dei licenziamenti.

### 3. Le innovazioni alla disciplina del contratto a tempo determinato e alla somministrazione a tempo determinato.

La mini-riforma attuata con il d.l. n. 34 del 2014 ha come dichiarato presupposto "la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare", e, almeno secondo le intenzioni, dovrebbe operare "nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratto di lavoro" (che quindi, contraddittoriamente con l'espressa esigenza di semplificazione espressa nella delega, verrebbero mantenute).

Passiamo in rassegna le modifiche più significative apportate al d.lgs. n. 368 del 2001, con l'avvertenza che le difficoltà interpretative sono conseguenza del fatto che non si è proceduto ad una completa riscrittura del decreto del 2001, ma si è continuato ad operare con interpolazioni nel corpo del testo base<sup>1242</sup>. Di seguito si farà riferimento alla numerazione indicata nel d.lgs. n. 368 del 2001 nel testo vigente.

a.- Viene eliminata, quale condizione legittimante la stipulazione dei contratti a termine e di somministrazione a tempo determinato, la c.d. causale prima contenuta nella norma generale "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili

<sup>1240</sup> F. CARINCI, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 247 ss.; A. BO-SCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 1000 ss.; A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012.

<sup>1241</sup> *Contra*, fra i costituzionalisti, l'opinione S. Ceccanti, in [www.stefanoceccanti.wordpress.com](http://www.stefanoceccanti.wordpress.com).

<sup>1242</sup> Per le modifiche antecedenti al d.l. n. 34/2014, cfr. Cfr. P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Napoli, 2013; L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della Flexicurity*, Giappichelli, 2012; V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2013.

all'ordinaria attività del datore di lavoro"<sup>1243</sup>. Eliminata la causale, "è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto... di durata non superiore a trentasei mesi, comprensivo di eventuali proroghe, per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276" (art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368 del 2001)<sup>1244</sup>. In tal modo viene meno l'onere a carico del datore di lavoro e dell'agenzia di somministrazione di giustificare l'assunzione a termine con l'esigenza di fare fronte a situazioni temporanee indicate in modo specifico.

b.- "Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni". Le proroghe sono ammesse fino ad un numero massimo di cinque, "indipendentemente dal numero dei rinnovi, a condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato" (art. 4, comma 1). La disposizione non si applica al contratto di somministrazione.

Si prospettano alcuni problemi interpretativi.

Anzitutto va sottolineata l'ambiguità della frase "indipendentemente dal numero dei rinnovi". L'avverbio usato è sinonimo di senza tenere conto, a prescindere, e quindi esso offre una doppia ed opposta lettura della frase. La si può intendere in senso inclusivo delle diverse ipotesi di proroghe e di rinnovi, con la conseguenza che il numero massimo di proroghe va calcolato complessivamente senza distinzione tra il caso di un solo contratto a termine prorogato (art. 1) e quello di una successione (rinnovi) di contratti nel rispetto delle interruzioni previste dalla legge (art. 5); oppure nel senso di riferire il limite delle proroghe a ciascun contratto, con la conseguenza che, nell'arco di trentasei mesi il numero delle proroghe non sarà limitato a cinque, ma ad un numero che potrà essere maggiore e variabile a seconda del numero dei rinnovi (fino a cinque proroghe per ciascun rinnovo). L'interpretazione più convincente è la prima, che consente una lettura della norma coerente con gli artt. 1, 4 e 5 del d.lgs. n. 368 del 2001 ed evita che il datore di lavoro possa ricorrere in frode alla legge ad interruzioni brevi per eludere il limite imposto alle proroghe (in questo senso si è espressa la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 18 del 30 luglio 2014)<sup>1245</sup>.

<sup>1243</sup> Cfr. L. MENGHINI, *Art. 2097 c.c. Durata del contratto di lavoro*, in O. CAGNASSO e A. VALLEBONA, (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro*, artt. 2060-2098, t. I, in E. GABRIELLI (diretto da), in *Commentario del codice civile*, Torino, 2013, 611 ss.; M. NICOLOSI, *L'opposizione del termine al contratto di lavoro subordinato: la natura temporanea della causali dopo la l. n. 133/2008*, in A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI, *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008*, n. 133, Torino, 3 ss.

<sup>1244</sup> M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 566 ss.; G. DI CORRADO, *Il contratto a tempo determinato tra causalità e acausalità*, *ivi*, 2014, 119 ss.; M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 212/2014; V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, in *Lavoro Welfare*, 2014, n. 4; L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2014.

<sup>1245</sup> Cfr. E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *Lav. Giur.*, 2014, n. 5, 434 ss.; P. ALBI, *Le modifiche al contratto a termine*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, cit., 109 ss.



L'altra questione riguarda il significato da attribuire all'espressione "stessa attività lavorativa". La locuzione era già contenuta nel testo previgente e risultava coerente con il principio di causalità del contratto, in quanto le ragioni oggettive e temporanee dovevano essere collegate alle mansioni a cui adibire il lavoratore. Secondo alcuni, venuto meno quel principio, non potrebbe più utilizzarsi il criterio del permanere della stessa esigenza temporanea che ha giustificato l'assunzione a termine. Pertanto, si propone di riferire la medesima attività non alla prestazione di lavoro, bensì al segmento dell'organizzazione imprenditoriale presso cui il lavoratore è stato utilizzato, pur mutando le mansioni<sup>1246</sup>. Tuttavia occorre tenere presente che la disposizione normativa fa espresso riferimento all'attività lavorativa non all'attività dell'impresa o di una sua parte. Quindi il punto di riferimento sono le mansioni. Ma queste devono essere identiche a quelle a cui è stato originariamente adibito il lavoratore o è possibile applicare l'art. 2103? Il riferimento alla stessa attività lavorativa e non alle "mansioni equivalenti", secondo la formula espressa nell'art. 5, comma 4 bis (su cui infra), farebbe propendere per la prima soluzione. Ma occorre tenere conto che, come ricordato, ai sensi dell'art. 1, comma, il lavoratore può essere assunto a termine senza causale per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, e quindi queste possono essere modificate dal datore di lavoro durante lo svolgimento del rapporto nei limiti dello *jus variandi*. Sembra pertanto preferibile ritenere che la medesima attività vada individuata nelle mansioni di assunzione o in quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte secondo le regole dettate dall'art. 2103 c.c. Questa è anche l'interpretazione della disposizione secondo la citata Circolare del Ministero del lavoro n. 18/ 2014.

c.- Accanto al contratto unico a tempo determinato, resta in vigore la disciplina della successione dei contratti a termine di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, con la possibilità per il datore di lavoro di utilizzare una pluralità di contratti a tempo determinato – nel rispetto degli intervalli di dieci o venti giorni – che, nell'ipotesi di "mansioni equivalenti" non possono (anche qui) superare complessivamente trentasei mesi, "comprensivi di proroghe e rinnovi, nonché dei periodi di lavoro in somministrazione, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un rapporto e l'altro". Sono fatte salve le deroghe introdotte dalla contrattazione collettiva.

In sostanza, con la riforma il regime delle proroghe del contratto unico e di successione di contratti è identico (quando si tratta di adibizione del lavoratore alla medesima attività" nel primo caso, e di "mansioni equivalenti" nel secondo; locuzioni che, come detto, si equivalgono); mentre la possibilità di ricorrere a una pluralità di contratti a termine con lo stesso lavoratore non è soggetta ad alcun limite temporale nel caso di suo utilizzo in mansioni diverse (salvo ovviamente il rispetto delle interruzioni).

d.- A fronte della eliminazione di ragioni oggettive giustificatrici dell'apposizione del termine, è introdotto un limite quantitativo: il numero complessivo dei contratti a tempo determinato – ma non di quelli di somministrazione a termine - deve essere contenuto entro il tetto del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Per le imprese che occupano fino a cinque dipendenti è però sempre possibile stipulare un contratto. È fatta salva la possibilità che i contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative individuino altri limiti quantitativi di utilizzazione

<sup>1246</sup> L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit.

dell'istituto; e sono altresì esclusi dall'applicazione della norma i casi esenti da limitazioni ai sensi dell'art. 10, comma 7 del d. lgs. n. 368 del 2001.

Mentre in precedenza nell'ipotesi di violazione dei limiti percentuali (allora rimessi interamente alla contrattazione collettiva) scattava, secondo costante orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte, Cass., 19 gennaio 2010, n. 839) la sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato, il nuovo testo del d. lgs. n. 368 del 2001 (art. 5, commi 4 *septies* e *octies*) si limita a prevedere una sanzione amministrativa (pari rispettivamente al venti o al cinquanta per cento della retribuzione per ciascun mese, o frazione superiore a 15 giorni di durata del rapporto, se il numero dei lavoratori assunti in violazione sia di uno o in misura superiore). È dubbio se tale sanzione sia esclusiva (come l'*intentio* legislativa lascia presumere) o si aggiunga a quella della conversione, che potrebbe trovare ancora applicazione secondo le regole del diritto comune (art. 1419, comma 2, c.c.)<sup>1247</sup>.

e.- Da ultimo, si introducono disposizioni per tutelare la maternità in base alle quali il relativo congedo di maternità di cui all'art. 16, comma 1, del T.U. n. 151 del 2001 concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza. Inoltre, alle lavoratrici in maternità, ai fini del diritto di precedenza, il *dies a quo* di decorrenza del periodo di dodici mesi entro i quali siano effettuate nuove assunzioni si calcola tenendo conto del congedo.

#### 4. Il possibile contrasto con la disciplina dell'Unione europea.

Questa disciplina ha suscitato perplessità sul piano della sua compatibilità con la direttiva 1999/70 CE (come interpretata dalla Corte di Giustizia)<sup>1248</sup>.

Anzitutto, occorre premettere che le modifiche al d.lgs. n. 368 del 2001 non hanno toccato la previsione del comma 01 dell'art. 1, secondo cui "il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro". La formula riproduce letteralmente quanto previsto al comma 2 del preambolo dell'accordo quadro tra le parti sociali, recepito nella direttiva. Inoltre, nei punti 6 e 7 delle considerazioni generali dell'accordo si aggiunge che il contratto a tempo indeterminato contribuisce "alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento" e che "l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi". Se è vero che il preambolo e le considerazioni generali non hanno diretto contenuto precettivo, è però opinione comune che queste parti trasfuse nella direttiva costituiscono uno strumento interpretativo degli enunciati normativi della direttiva medesima. Non a caso esse sono sempre riportate dalla Corte di giustizia nel "contesto normativo" posto a fondamento delle proprie decisioni.

Il dubbio che è stato sollevato riguarda la compatibilità con le prescrizioni comunitarie della sostituzione della fattispecie qualitativa (le ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine al contratto) con quella quantitativa e con i limiti alle proroghe e alle successioni (la percentuale di

<sup>1247</sup> Cfr. C. ALESSI, *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, cit., 90 ss.; A. BELLAVISTA, *Lavoro a termine e contrattazione collettiva*, in A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI, *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008*, n. 133, cit., 37 ss.

<sup>1248</sup> V. DE MICHELE, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014*, in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, cit., 29 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2014.

lavoratori a termine in rapporto a quelli a tempo indeterminato, il numero delle proroghe e il periodo massimo complessivo di durata dei contratti). Le opinioni sono contrastanti. Se si ha riguardo alla (sola) clausola 5 dell'accordo quadro, le innovazioni al d.lgs. n. 368 del 2001 non dovrebbero incorrere in censure.

Infatti, è pacifico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che le misure da adottare per prevenire gli abusi, indicate nella clausola 5, comma 1, sono tra loro alternative (per tutte, sent. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*; sent. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*)<sup>1249</sup>. Quindi ciascuno Stato può scegliere di indicare o a) le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo; o b) la durata massima dei contratti successivi; o c) il numero dei rinnovi dei contratti. Va precisato che con il lessema "rinnovo" la direttiva intende riferirsi sia alle proroghe che alle successioni (cfr. il 17° considerando della direttiva, secondo cui i termini utilizzati nell'accordo quadro non sono definiti precisamente e questo compito è demandato agli Stati membri secondo la legislazione o prassi nazionale). Di conseguenza, poiché nel nostro ordinamento sono state previste le ipotesi sub b) e c), la normativa europea è pienamente rispettata, non occorrendo (anche) la previsione di limiti qualitativi (le ragioni oggettive). Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza dell'UE, per il primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato non occorre alcuna giustificazione oggettiva (sent. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelikadi*; sent. 25 novembre 2005, causa C-144/04 *Mangold*)<sup>1250</sup>.

La disciplina italiana oggi in vigore, quale risulta dal combinato disposto del nuovo articolo 1 con le altre disposizioni non modificate del d.lgs. n. 368 del 2001, non si limita a consentire la acausalità del primo o unico contratto (come invece era previsto nel testo modificato dalla legge n. 92 del 2012), ma elimina il requisito delle ragioni obiettive per tutte le ipotesi di ricorso ai contratti a termine e di proroghe degli stessi, ponendo il solo limite del tetto massimo di 36 mesi (o di quello diverso previsto dai contratti collettivi). Tetto che peraltro riguarda un unico contratto, o più contratti in successione, ma solo nel caso di mansioni equivalenti.

Il dubbio sulla conformità alle regole e ai principi contenuti nella direttiva sta in ciò che la acausalità assunta a norma generale potrebbe porsi in contrasto con l'obiettivo perseguito dalla clausola 5, che mira a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di contratti a termine successivi (v. il ricordato punto 7 delle considerazioni generali). A tale proposito la Corte di Giustizia ha affermato il seguente principio: gli Stati membri beneficiano di un margine di discrezionalità nel conseguimento dell'obiettivo di prevenire gli abusi, e quindi nella scelta tra le misure elencate nella clausola 5, a condizione, tuttavia che essi garantiscano il risultato imposto dal diritto dell'Unione, cioè "l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato" (*Angelikadi*, cit, punto 94; sent. 10 marzo 2011, causa C-109/09, *Lufthansa*). E, secondo un orientamento della Corte, è contraria a tale principio una norma interna che autorizzi in modo generale ed astratto il ricorso a contratti a termine successivi (*Angelikadi*, punto 97), perché ciò consente al datore di lavoro di "soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli" (*Adeneler*, punto 104). In tal

<sup>1249</sup> C. giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, in *Foro It.*, 2007, IV, 72, con nota di RICCI; C. giust. 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino* e C-180/04, *Vassallo*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, 601, con nota di A. GABRIELE; C. giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, *ivi*, 2009, II, 58, con nota di RAIMONDI; C. giust. 26 gennaio 2012, C-586/10, *Kucuk*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 747, con nota di A. RICCOBONO.

<sup>1250</sup> C. giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelikadi*, *ivi*, 2009, 509, con nota di L. MENGHINI; C. giust. 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/2004, in *Foro It.*, 2006, n. 6, IV, 341, con nota di S. SCIARRA.

modo la tesi della acausalità viene ridimensionata dalla necessaria temporaneità delle esigenze poste a fondamento giustificativo dell'apposizione del termine al contratto. Ma nel sistema delineato dal legislatore italiano la temporaneità delle ragioni non è più richiesta e il contratto a termine diviene totalmente fungibile con quello a tempo indeterminato.

Deve però precisarsi che tale indirizzo ha riguardato prevalentemente il settore del lavoro pubblico dove i contratti a termine si protraggono per parecchi anni. Inoltre il principio di causalità/temporaneità potrebbe ritenersi temperato da una "legittima finalità di politica sociale" (Angelikadi, punto 96). Tale materia rientra nella competenza degli Stati membri; tuttavia ciò non comporta che la discrezionalità di cui questi godono possa risolversi nello svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale contenuto in una direttiva, essendo onere dello Stato provare che si tratta di un obiettivo "legittimo" e che lo strumento utilizzato sia "idoneo alla sua realizzazione". Nel caso che ci occupa il legislatore ha giustificato la novella al d.lgs. n. 368 del 2001 con la necessità di fronteggiare emergenze occupazionali e ridurre, al contempo, le forme anomale di precariato prive di tutela (false partite iva, false collaborazioni a progetto ecc.). Ma siffatta giustificazione non può che essere limitata nel tempo, come del resto affermato dallo stesso d.l. n. 34 del 2014, perché si tratta di una deroga al principio generale di prevenzione degli abusi in attesa di modificare l'intero impianto delle forme contrattuali in modo adeguato alle nuove esigenze del mercato del lavoro. E, sotto questo profilo, si pone pertanto il problema della compatibilità della disciplina con il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, il quale persegue le medesime finalità in un quadro però compatibile con la legislazione dell'Unione.

Occorre inoltre aggiungere una considerazione relativa alla coerenza interna all'ordinamento nazionale tra il nuovo regime del contratto a termine e l'introduzione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Se infatti un lavoratore può essere assunto a termine per tre anni con la possibilità per il datore di lavoro di utilizzare, all'interno del periodo, proroghe e rinnovi, lo stesso datore di lavoro potrà, allo scadere del triennio, fare ricorso al nuovo tipo contrattuale, privando così il lavoratore della tutela piena per ben sei anni. Il che, lungi dal favorire la stabilizzazione, si risolverebbe in un'accentuazione della precarizzazione del lavoro.

## Testo unico sulla rappresentanza\*

Bruno Caruso

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| 1. La ricognizione. Premessa: il TU tra simboli e fatti   | 314 |
| 2. La focalizzazione. Genesi, contenuti e semantica       | 315 |
| 3. I profili problematici. Inclusività/esclusività del TU | 318 |
| 3.1. Prime applicazioni giurisprudenziali                 | 319 |
| 3.2. L'ultimo miglio": dalle regole sindacali alla legge  | 320 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 227/2014

## 1. La ricognizione. Premessa: il TU tra simboli e fatti

Il Testo Unico sulla rappresentanza sindacale (di seguito TU) è il primo storico e organico tentativo delle grandi Confederazioni di darsi un apparato di regole ordinamentali mirato a trasformare le relazioni intersindacali da conflittuali, e distruttive, in razionalmente competitive se non cooperative. Laddove non ha potuto la razionalità cooperativa, ha potuto “la paura del baratro”; vale a dire la prospettiva, resa concreta dalla stagione degli accordi separati<sup>1251</sup>, di una implosione del sistema sindacale e di uno sbriciolamento del sistema contrattuale italiano, in larga misura basato sul principio del mutuo riconoscimento<sup>1252</sup>. Lo scenario ‘distruttivo’, mai realistico come nel ‘terribile triennio’ (2009-2011), era di una probabile caduta, repentina e inarrestabile, del peso rappresentativo e politico delle grandi Confederazioni (il rischio di avvicinarsi al modello francese caratterizzato da sindacati deboli e divisi ideologicamente incombeva pericolosamente). In tal senso il TU costituisce, sicuramente, un elemento in controtendenza rispetto alla crisi che l’universo sindacale, comunque, attraversa<sup>1253</sup>.

Se simbolicamente il TU rappresenta la rinuncia, anche di medio periodo, a ogni progetto (utopia?) di unità sindacale organica<sup>1254</sup>, esso segna, invero, sul piano dell’ordinamento intersindacale, l’approdo a un maturo progetto di governo del pluralismo intersindacale attraverso regole. L’ordinamento intersindacale si depura dai residui fattuali (i fatti normativi) ed entra a pieno titolo nel mondo più complesso, ma anche più certo e stabile, delle regole procedurali.

Questo sul piano della strategia e della politica sindacale.

Sul piano giuridico ordinamentale, il TU rappresenta la presa d’atto di due acquisizioni, una politica e una teorica, che hanno stentato ad affermarsi, negli anni, tra i gruppi dirigenti dei sindacati italiani, ma anche nella dottrina giuslavoristica di supporto; acquisizioni che vengono ora formalmente riconosciute e sigillate da un accordo che ha come caratteristica saliente di essere basato su procedure condivise. In primo luogo, la fine di quel che Massimo D’Antona aveva indicato come espressione saliente dell’opportunismo metodologico<sup>1255</sup>: la sublimazione delle regole di governo del pluralismo, ma anche della democrazia e della rappresentatività sindacale in una prassi mutevole, storicamente instabile e discontinua. La concezione giusta la quale, affinché l’ordinamento

<sup>1251</sup> Il riferimento – oltre che agli ampiamente noti contratti separati, senza la partecipazione della Fiom-Cgil, stipulati nel Gruppo Fiat – è agli accordi sulle “regole del gioco” conclusi a partire dal 2009 senza la partecipazione della Cgil (Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009; Accordo interconfederale del 15 aprile 2009 per l’attuazione dell’accordo-quadro sulla riforma degli assetti contrattuali e, più di recente, l’accordo contenente Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia del 16 novembre 2012).

<sup>1252</sup> Di recente, sull’argomento, cfr. Carinci, F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014, n. 2; Maio, V., *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, Padova, Cedam, 2013; Caruso, B., Alaimo, A., *Diritto sindacale*, Bologna, il Mulino, 2012.

<sup>1253</sup> Caruso, B., *“Costituzionalizzare” il sindacato. I sindacati italiani alla ricerca di regole: tra crisi di legittimità e ipertrofia pubblicista* (in corso di pubblicazione su *Lavoro e diritto*).

<sup>1254</sup> Per una puntuale ricostruzione storica del processo di unità sindacale, che si ferma prima della crisi del 2009, si v. Pessi, A., *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Torino, Giappichelli, 2007.

<sup>1255</sup> D’Antona, M., *L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCDP*, 1990, 213, ora in *Opere*, in Caruso, B., Sciarra, S. (a cura di), vol. I, *Scritti sul metodo*, Giuffrè, 2000.

intersindacale funzioni, sia sufficiente una prassi politica autoreferenziale (il reciproco riconoscimento degli attori).

In secondo luogo, il TU suggella l'acquisizione teorica, di altrettanto notevole portata, giusta la quale rappresentanza, rappresentatività ed efficacia (*rectius*, nell'ordinamento sindacale, esigibilità) degli accordi, costituiscono un processo circolare in cui tutti gli elementi si richiamano reciprocamente e l'uno si integra con l'altro<sup>1256</sup>, costituendo, ad un tempo, causa ed effetto l'uno dell'altro.

## 2. La focalizzazione. Genesi, contenuti e semantica

Il TU è definito tale perché incorpora tre testi antecedenti integrandoli, sistematizzandoli e, in qualche limitata misura, innovandoli: l'Accordo interconfederale del 28 giugno del 2011, il Protocollo di intesa sulla rappresentanza del 31 maggio 2013 e l'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 su elezioni e funzionamento delle RSU; in tal senso, con riferimento ai TU normativi, esso appartiene al modello innovativo piuttosto che di mera compilazione.

Il Testo Unico si compone di quattro parti; in ciascuna di esse, le parti sociali, lungi dal limitarsi a recepire e cristallizzare quanto previsto dai tre accordi precedenti, hanno introdotto, oltre a una complessiva razionalizzazione della precedente disciplina in tema di contrattazione e rappresentanza, significativi elementi di novità sostanziale.

A) Con riferimento alla prima parte (*Misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria*), infatti, il TU – con la predisposizione di previsioni in materia di misurazione e certificazione della rappresentatività e con il rinvio a successivi regolamenti di attuazione per alcuni profili di dettaglio – “riempie di contenuti” i riferimenti ai requisiti di rappresentatività minima, o soglia, per l'accesso alle trattative per i rinnovi dei contratti collettivi nazionali di categoria formulati dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e dal Protocollo del 31 maggio 2013.

La *misurazione e la certificazione della rappresentanza* (*rectius*, della rappresentatività sindacale) riguarda, in ragione dell'ambito di applicazione, solo i settori coperti: industria per le imprese rappresentate da Confindustria, con esclusione dunque di importanti settori privati quali il commercio, il credito, i servizi ed altri; ma anche di grandi imprese che hanno di recente optato, uscendo da Confindustria, per un contratto di primo livello, di ambito nazionale ma di impresa (per esempio Fiat), ovvero che da sempre hanno regolato i rapporti di lavoro con un contratto nazionale non di settore ma di *corporation* (per esempio, il contratto RAI, Rai Cinema, Rai Net, Rai Trade - S.p.a).

Già questo dato consente di rilevare che il Testo unico, pur coprendo un ambito settoriale ampio, tuttavia non ricomprende importanti settori produttivi ed imprese strategiche nel complessivo assetto delle relazioni industriali in Italia e ciò oggettivamente pone il problema della sua estensione attraverso accordi di ricezione, ovvero della sua generalizzazione attraverso la legge. Ciò per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'accordo.

<sup>1256</sup> V. Caruso, B., *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Franco Angeli, 1992; D'Antona, M., *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, p. 665.

Per quanto riguarda la misurazione della rappresentatività, il meccanismo della rilevazione del numero di deleghe e di voti, che coinvolge INPS e CNEL mediante convenzioni, serve a determinare la rappresentatività c.d. soglia o minima (5% di media dei due fattori di misurazione). Il criterio è corretto con riguardo alle situazioni in cui sono costituite RSA e *non* RSU, ovvero non sia presente alcuna forma di rappresentanza: in tal caso le deleghe sono contate due volte, una volta come deleghe per la media voti, e una seconda volta al posto dei voti, laddove, appunto, non si vota<sup>1257</sup>.

La misurazione della rappresentatività produce tre effetti: a) serve alla legittimazione a negoziare: chi raggiunge la soglia del 5% non può essere escluso dal tavolo negoziale<sup>1258</sup>; b) serve a identificare i sindacati a cui afferiscono le rappresentanze ex art. 19 Stat., con attribuzione dei diritti di cui al titolo III; criterio corretto, in ossequio alla sentenza della Corte n. 231/2013, con l'aggiunta del requisito della partecipazione alla negoziazione attraverso la definizione della piattaforma e l'inserimento nella delegazione trattante<sup>1259</sup>; c) serve a determinare la maggioranza del 50% +1 uno per la sottoscrizione del contratto collettivo nazionale e per la misurazione delle maggioranze relative alla piattaforme di rinnovo.

B) Nella parte seconda (*Regolamentazione delle rappresentanze in azienda*), le clausole del TU provvedono a una razionalizzazione delle regole sulla rappresentanza sindacale in azienda – riprendendo abbastanza puntualmente, per la maggioranza dei profili, le clausole dell'Accordo Interconfederale 20 dicembre 1993 e del Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013 – ed anche all'introduzione di una nuova sezione contenente regole generali sulle forme di rappresentanza in azienda. L'elemento di maggiore novità di questa parte riguarda la soppressione formale della clausola del terzo riservato (punto 2: composizione)<sup>1260</sup> - all'epoca molto criticata - che viene eliminata in ragione della logica "inclusiva e paritaria" che supporta il TU. Altra innovazione riguarda l'inserimento di una norma di generico auspicio di una adeguata rappresentanza di genere nella composizione degli organismi di rappresentanza.

Il plurale della rubrica (rappresentanze in azienda) si giustifica perché il TU non si occupa soltanto della regolamentazione delle RSU (alle cui modalità di costituzione, elezione e funzionamento sono dedicate due corpose sezioni della parte seconda: la II e la III), ma anche di RSA e dei rapporti tra RSA e RSU. In tal modo si codifica il doppio canale (virtuale) di rappresentanza all'italiana: a) la RSU, che rappresenta l'insieme dei lavoratori, in virtù della legittimazione elettorale derivante dalla competizione intersindacale; b) la RSA, terminale in azienda del sindacato territoriale più

<sup>1257</sup> «Il CNEL provvederà a sommare ai voti conseguiti da ciascuna organizzazione sindacale di categoria, il numero degli iscritti risultanti nelle unità produttive con più di 15 dipendenti ove siano presenti r.s.a. ovvero non sia presente alcuna forma di rappresentanza sindacale».

<sup>1258</sup> «Sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le Federazioni delle Organizzazioni Sindacali firmatarie del presente accordo e dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo del 31 maggio 2013, che abbiano, nell'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, una rappresentatività non inferiore al 5%».

<sup>1259</sup> Si legge, infatti, nella parte terza del TU che «ai fini del riconoscimento dei diritti sindacali previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 19 e ss. della legge 20 maggio 1970, n. 300, si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni che abbiano raggiunto il 5% di rappresentanza, secondo i criteri concordati nel presente accordo, e che abbiano partecipato alla negoziazione in quanto hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del Ccnl».

<sup>1260</sup> Ciò, sebbene il principio dell'abolizione del terzo riservato fosse stato già enunciato (ma non regolato, come è avvenuto con il TU) nel protocollo del 2013.



che dei lavoratori, di diretta nomina sindacale e senza alcuna connessione con l'effettiva (in termini numerici) rappresentatività. Ma le due forme non possono convivere, onde la virtualità del doppio canale. Il TU favorisce, infatti, la forma RSU soprattutto ribadendo il principio della rinuncia alla RSA (e alla costituzione di esse) nel caso di sua costituzione<sup>1261</sup>. Ma molte disposizioni danno comunque per scontata la possibilità che, vuoi per resistenze al processo unitario in azienda, vuoi per specificità aziendali, locali o settoriali ovvero altro, si preferisca la RSA alla RSU. In altri termini, la RSU come forma comune e prototipica di rappresentanza aziendale è incentivata, ma non certamente imposta. Considerate anche le ricadute regolative, in termini di maggiore complessità del doppio canale, con riguardo ai meccanismi di ripartizione dei diritti (permessi e indizione dell'assemblea retribuita), la scelta appare fin troppo timida. In tal senso si è persa una occasione per razionalizzare il sistema di rappresentanza in azienda, almeno sul versante sindacale.

C) La terza parte (*Titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale*) si occupa della sistematizzazione dei contenuti regolativi – che vengono quasi integralmente riproposti - dell'Accordo del 28 giugno 2011 e di quello del 31 maggio 2013 in ordine alle procedure di stipulazione e all'efficacia dei contratti collettivi (nazionali e aziendali).

Per efficacia della contrattazione collettiva si intende tecnicamente la legittimazione negoziale (v. *supra*) e l'efficacia soggettiva del contratto, ma nell'ottica tipica dell'ordinamento intersindacale e non ovviamente statuale: la legittimazione negoziale delle OO.SS. che superano una certa soglia di rappresentatività, per come regolata nella prima parte, si trasforma in un diritto delle stesse e in un correlativo obbligo datoriale. Tutto ciò, ovviamente, sul piano dei reciproci rapporti negoziali: la violazione della regola in questione darebbe luogo a un inadempimento contrattuale, sicuramente azionabile a tale titolo, ma non alla violazione di un diritto a base legale, rimediabile con gli strumenti che l'ordinamento statale predispone per la violazione di legge. La stessa efficace vincolante degli accordi va intesa come obbligazione associativa (responsabilità endoassociativa di natura disciplinare) e non va oltre il perimetro degli iscritti: non ha intrinseca e oggettiva portata vincolante (l'effetto *erga omnes*), non è, e non potrebbe mai essere, espressione di un potere pubblico coattivo attribuito dallo stato a soggetti privati.

D) Nella parte quarta (*Disposizioni relative alle clausole ed alle procedure di raffreddamento ed alle clausole sulle conseguenze degli inadempimenti*) si approfondiscono – rispetto a quanto regolato già nella terza parte del Protocollo del 31 maggio 2013 – i temi dell'effettività e dell'esigibilità dei contratti collettivi sottoscritti secondo le regole intersindacali unitarie, con un rinvio alla contrattazione collettiva di categoria in ordine alla definizione concreta delle clausole di raffreddamento e delle conseguenze sanzionatorie per comportamenti che impediscano la esigibilità delle intese contrattuali, ma anche con la previsione, in via esemplificativa, delle sanzioni che potranno essere introdotte dai CCNL. Alcune delle disposizioni più innovative del TU, ad ogni modo, sono contenute nell'ultima sezione *Clausole transitorie e finali*; con questa parte dell'accordo, infatti, si introducono regole volte a garantire l'esigibilità dei contratti nazionali, con la previsione – nelle more della definizione, ad opera dei CCNL, di regole di dettaglio in materia

<sup>1261</sup> Cfr. la clausola di salvaguardia ribadita nella Parte seconda (*Regolamentazione delle rappresentanze in azienda*), sezione prima del TU, secondo la quale «in ogni singola unità produttiva con più di quindici dipendenti dovrà essere adottata una sola forma di rappresentanza».

sanzionatoria – della sottoposizione di «eventuali comportamenti non conformi agli accordi» ad «una procedura arbitrale da svolgersi a livello confederale».

Pur occupandosi di rappresentatività sindacale, secondo lo schema della rappresentatività misurata (non induttiva o politico istituzionale), il TU reca il titolo “*sulla rappresentanza*” e non, come ci si poteva anche aspettare, “*sulla rappresentatività sindacale*”. Non si tratta di insipienza tecnica o del risultato del filtraggio semantico degli stessi concetti attraverso apparati ordinamentali diversi (l’ordinamento intersindacale e l’ordinamento statutale). Probabilmente si tratta di una scelta avveduta perché ambiziosa. Il TU prefigura, infatti, un modulo di rappresentanza tecnica basato sulla rappresentatività misurata (mix di deleghe e dati elettorali, mutuando il modello del pubblico impiego), onde si regola la rappresentanza attraverso la misurazione della capacità rappresentativa degli agenti negoziali.

Semanticamente, rispetto allo stile di accordi di altre stagioni sindacali, la prosa del TU non lascia spazio alcuno all’enfasi dei fini valoriali, dei macro-obiettivi, delle politiche palinogenetiche; ma è secca, positivamente arida e sufficientemente chiara, nella organizzazione linguistica di dispositivi tecnico-procedurali a volte oggettivamente complessi. Se un modello storico/comparato dovesse essere richiamato, la mente corre ai *TUC's Bridlington principles* dei sindacati inglesi predisposti anch’essi al governo dell’*inter-union competition*<sup>1262</sup>.

### 3. I profili problematici. Inclusività/esclusività del TU

Il TU ha pretesa di essere un sistema di regole inclusivo, una sorta di ‘offerta al pubblico’ per tutte le organizzazioni che non l’hanno sottoscritto ma intendono aderirvi, pertanto un sistema ‘aperto’ e non ‘chiuso’. Come tale apertura sia stata realizzata è già stato oggetto di critiche<sup>1263</sup>.

In estrema sintesi i requisiti di ammissibilità al sistema sono di tipo oggettivo e di tipo condizionale. Per ammissibilità al sistema si intende, innanzitutto, possibilità di partecipare al procedimento di elezione delle RSU, i cui risultati costituiscono una delle due “gambe” di misurazione della rappresentatività e, dunque, di possibile conquista sul campo della legittimazione negoziale (diritto a negoziare); ma l’ammissione al sistema e al procedimento elettorale costituisce anche la porta di accesso diretta ai diritti ex titolo III Stat. (se si partecipa alle elezioni delle RSU e si ottiene almeno un seggio, non occorre dimostrare la partecipazione alle trattative perché la RSU è organo per definizione trattante).

I requisiti oggettivi sono:

- a) Possedere lo status di organizzazione sindacale di categoria che, pur non avendo sottoscritto il TU, sia sottoscrittrice di un CCNL applicato all’unità produttiva nella quale si tengono le elezioni;
- b) In mancanza del precedente requisito, essere in possesso di una ‘soggettività giuridica minima’ (associazioni sindacali costituite con atto costitutivo e statuto).

<sup>1262</sup> Elgar, J. Simpson, R., *The TUC's Bridlington principles and interunion competition*, in *CEPDP, Discussion paper* (London School of Economics and Political Science. Centre for Economic Performance), 1993, n. 160.

<sup>1263</sup> Rilevi critici in Barbieri M., *Note critiche sul Testo Unico sulla rappresentanza sindacale*, in *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Zoppoli, A., Zoppoli, L., Delfino, M. (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 211. Si v. pure Viscomi, A., *L'adesione successiva alla disciplina pattizia. Brevi note sul Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014*, in *Diritti lavori mercati*, 2014, n. 1 p. 43 ss.

A tale ultimo requisito si aggiungono però altri criteri 'condizionali', in particolare:

- c) L'accettazione espressa, formale e integrale (senza riserve?) dei contenuti del TU e degli accordi precedenti in esso confluiti.
- d) La presentazione di liste con necessario corredo di firme (5% dei lavoratori aventi diritto nelle aziende con oltre 60 dipendenti, con almeno tre firme nelle aziende di dimensioni comprese tra 16 e 59 dipendenti).

Le vie di accesso al sistema di rappresentanza negoziale interconfederale e, attraverso questo viatico, al sistema dei diritti promozionali, sono pertanto abbastanza ampie, ma al contempo corredate da filtri 'razionalizzatori' (non può dirsi che il sistema sia predisposto a una vera e propria 'concentrazione' della rappresentanza).

Poiché il sistema, nel suo complesso, fa perno sul principio di maggioranza, declinato in varie regole e su soglie minime di accesso, appare evidente che i sindacati polvere (forti nella declamazione oppositoria, ma deboli nei numeri), ovvero sindacati ad ambito ristretto di rappresentanza (di ristretti gruppi professionali), potrebbero trovare difficoltà di inclusione. Per questi sindacati e per quelli che, comunque, rifiutino per principio di sottoporsi alle regole confederali (i sindacati che puntano tutto sulla libertà e non sono disposti ad autolimitarla in funzione di regole di democrazia procedurale) rimangono intatte le risorse del principio di libertà sindacale per come declinata contenutisticamente nei significati impliciti dell'art. 39, 1° comma, della Cost. e dell'art. 14 dello Statuto<sup>1264</sup>.

### 3.1. Prime applicazioni giurisprudenziali

Sotto il profilo della dialettica inclusività/esclusività, il TU è stato già oggetto di interessanti pronunce giurisprudenziali, allo stato, per quel che consta, inedite. Si fa riferimento a due ordinanze ex art. 700 c.p.c., conseguenti a decreti di sospensione *inaudita altera parte* delle procedure di elezione di RSU, a seguito di richieste avanzate da sindacati non firmatari del TU ed esclusi dalla partecipazione alle elezioni delle RSU.

Nel caso sottoposto al Tribunale di Ivrea<sup>1265</sup>, la Confederazione dei Cobas aveva condizionato l'accettazione integrale delle regole del TU alla riserva giusta la quale «*la presente adesione non costituisce rinuncia al diritto di agire in giudizio, avanti l'autorità giudiziaria ordinaria, per far accertare eventuali vizi di nullità, per contrarietà a norme di legge o di rango Costituzionali, delle disposizioni e previsioni contenute nell'Accordo Interconfederale*». Tale riserva espressa, contenuta nell'atto di adesione, aveva determinato la Commissione elettorale (interconfederale) a escludere il sindacato istante. «*Non puoi aderire ad un sistema e, al contempo, riservarti di contestarlo giudizialmente*», questa sostanzialmente la difesa dei confederali.

Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto ammissibile l'istanza di inclusione al sistema confederale avanzata dal sindacato di base ed ha avuto buon gioco nell'affermare il valore di mera clausola di

<sup>1264</sup> Si rinvia a Caruso, B., Alaimo, A., *Diritto sindacale* (cit.).

<sup>1265</sup> Trib. Ivrea 28 aprile 2014.

stile della riserva oggetto di controversia<sup>1266</sup>, come tale, insuscettibile di inficiare la piena adesione del sindacato autonomo al TU (ciò dal momento che eventuali ipotesi di nullità per contrasto con norme imperative o di rango costituzionale sarebbero comunque rilevabili dal giudice d'ufficio).

Di diverso tenore la decisione del Tribunale di Torino<sup>1267</sup>, nella quale si è, invece, affermata la legittimità dell'esclusione del Coordinamento Provinciale dell'USB lavoro privato da parte della Commissione elettorale. In questo caso, il sindacato ricorrente aveva avanzato la pretesa di partecipare alle elezioni delle RSU, pur in mancanza di una formale adesione al TU del 2014 e della sottoscrizione del contratto collettivo di categoria applicato all'azienda in questione ed in virtù di una pretesa applicabilità, anche alla USB ricorrente, del CCNL non sottoscritto, oltre che del possesso requisiti sostanziali per la partecipazione alle elezioni delle RSU (5% delle firme ecc.)<sup>1268</sup>.

Con la pronuncia di rigetto, i giudici di Torino mostrano di concepire, anche se con motivazioni ellittiche, il TU come un accordo che segna, dal punto di vista formale almeno, una piena discontinuità con i precedenti protocolli sulle RSU.

### 3.2. L'ultimo miglio": dalle regole sindacali alla legge

I casi prima indicati dimostrano come sia fondata l'acquisizione teorica, presente nella elaborazione giugnana e sviluppata compiutamente da Gaetano Vardaro<sup>1269</sup>, per cui anche un ordinamento intersindacale maturo e sviluppato in regole procedurali condivise, non si sottrae alla "responsabilità da contatto" con l'ordinamento statuale: nessun ordinamento volontario pone al riparo se stesso, dall'ibridazione, per via giudiziale, con l'ordinamento statuale<sup>1270</sup>. Le ragioni che suggeriscono di oltrepassare il Rubicone della regolazione meramente volontaria e di dirigersi verso il mondo ignoto (ma non barbarico) della legge sindacale nel settore privato, sono state snocciolate altrove<sup>1271</sup>.

In dottrina è ancora ampio il fronte di coloro che con argomenti vari - non contendibili con sufficienza - si oppongono a tale prospettiva<sup>1272</sup>; tale posizione è, notoriamente, per altro, quella di ampi settori dei sindacati confederali (soprattutto Cisl), della stessa Confindustria (molto fredda

<sup>1266</sup> Ritiene, infatti, il giudice piemontese che l'adesione "con riserva" al TU «non sia tale da inficiare l'adesione della parte ricorrente agli Accordi, risolvendosi, di contro in una clausola di mero stile». L'altro argomento evocato dal giudice di merito, in accoglimento della tesi dei ricorrenti, troverebbe il suo fondamento nel criterio ermeneutico di conservazione degli atti giuridici ex art. 1367 c.c., in forza del quale la Commissione elettorale «avrebbe dovuto dare prevalenza alla manifestazione» della volontà di adesione agli accordi piuttosto che alla clausola di riserva, inidonea ad «inficiare la volontà di adesione espressamente manifestata».

<sup>1267</sup> Trib. Torino 16 luglio 2014.

<sup>1268</sup> La parte ricorrente riteneva sufficienti i requisiti in discorso, anche in ragione del richiamo effettuato dal CCNL applicato nel luogo di lavoro all'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 sulle elezioni delle RSU, al quale l'USB aveva, a suo tempo, aderito.

<sup>1269</sup> Vardaro, G., *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1985.

<sup>1270</sup> Caruso, B., *Rappresentanza sindacale e consenso* (cit.).

<sup>1271</sup> Si rinvia a Caruso, B., *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 206/2014.

<sup>1272</sup> Pessi, R., *La democrazia sindacale tra legge ed autonomia collettiva*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014, n. 2, p. 309 ss.; Pessi, R., *La funzione dell'art. 39 della Costituzione*, in *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?* (cit.), p. 501; Treu, T., *Autoregolazione e legge nel sistema di relazioni industriali*, in *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?* (cit.), p. 539; Tiraboschi, M., *La legge sindacale: le ragioni del no*, in Carinci, F. (a cura di) *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte Cost. n. 231/2013*, in *Adapt Labour Studies*, 2014, n. 20.

per le possibili implicazioni sulla misurazione della rappresentatività datoriale) e di alcuni settori delle forze politiche parlamentari. La posizione interventista ha ricevuto qualche incerto *endorsement*, invece, in ambienti governativi, soprattutto vicini al premier Matteo Renzi.

Col tralasciare le grandi questioni di principio, *pro o contra* l'intervento legislativo, in questa sede si segnalano soltanto le ragioni per cui il TU è tecnicamente a volte insufficiente, a volte inadeguato a risolvere, sul piano tecnico, molte delle questioni che la regolazione volontaria pretenderebbe di definire. Di seguito:

- a) Solo la legge e non gli accordi volontari, per quanto estesi (appunto perché tali e, dunque, di ambito comunque circoscritto agli aderenti), può risolvere il pernicioso problema dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale allo scopo della rappresentanza: è un problema che confina, ma che non si dissolve in quello dell'unità contrattuale; la soluzione dell'ambito di misurazione, per essere generalizzata in maniera compatibile con peculiarità settoriali e produttive e per non incappare in profili di incostituzionalità, necessita di un intervento normativo ad alto tasso di sofisticazione tecnica<sup>1273</sup>.
- b) Solo la legge e non l'accordo volontario può risolvere la questione della efficacia soggettiva *erga omnes* degli accordi aziendali e degli accordi aziendali in deroga sulla base del principio di rappresentanza maggioritaria.
- c) Solo la legge e non l'accordo volontario può risolvere il problema di dare certezza alla natura genuinamente rappresentativa dell'agente negoziale (in virtù della generalizzazione del criterio della rappresentatività maggioritaria perché misurata) a cui la legge devolve poteri di deroga o di integrazione dei precetti normativi.
- d) Solo la legge e non l'accordo volontario può risolvere i problemi di coesistenza tra RSU e RSA con riguardo a potenziali e distruttivi (della stabilità delle prassi aziendali) conflitti su permessi e diritti di indizione di assemblee retribuite.
- e) Solo la legge e non l'accordo volontario può consolidare il modello di rappresentanza tramite RSU e regolarne, con certezza e stabilità, le prassi di istituzione, funzionamento interno e convivenza con le RSA, evitando, per altro, che dal sistema si possa semplicemente uscire con la frase di circostanza "*ci avevamo provato, arrivederci e grazie*"; solo la legge, cioè, può evitare comportamenti politicamente opportunistici con riguardo a quel bene/principio (incastonato nella carta costituzionale) che è la democrazia sindacale.
- f) Solo la legge e non l'accordo sindacale può conferire certezza al capitolo del TU sulla esigibilità

<sup>1273</sup> Si v. gli interventi di Marazza, M. (*Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, n. 3, p. 608 ss.); Del Punta, R. (*Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014, n. 3, p. 673 ss.); Scarpelli, F. (*Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014, n. 3, p. 687 ss.); nei quali si possono trovare argomenti a supporto della proposta di intervento legislativo in materia di rappresentanza sindacale formulata dal gruppo *Frecciarossa* (e sulla quale si v. *infra*). Il fermento dottrinale, in vista di un possibile intervento eteronomo in materia sindacale è sempre maggiore, come dimostra anche la proposta avanzata dal gruppo di studiosi gravitante attorno alla rivista *Diritti lavori mercati* (cfr. *Proposta di legge sindacale della rivista Diritti Lavori Mercati e Guida alla lettura della proposta di legge*, in *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?* (cit.), p. 539, p. 557).

degli accordi che rischia di rimanere scritto sulla battaglia della responsabilità contrattuale ed endoassociativa.

g) Solo una legge che faccia riferimento al dato certo della rappresentatività soglia al 5% è in grado di dare seguito al flebile e sfiduciato monito della Corte costituzionale sull'art. 19 Stat. ed eliminare le perduranti incertezze<sup>1274</sup> che ancora si registrano in ambito giurisprudenziale anche dopo la sentenza n. 231/2013<sup>1275</sup>.

h) Solo la legge e non l'accordo sindacale può dare certezza, quanto a tempistica, agli stessi contenuti del TU, superando le vischiosità anche burocratiche (incertezze in sede INPS sulla possibilità di fornire in dati in ragione dei vincoli di privacy) che l'accordo sta incontrando e che rischia di farlo naufragare su scogli imprevisti.

Sono queste alcune delle ragioni che alcuni giuristi di "buona volontà" senza vincoli di appartenenza e di ideologia, ma solo di amicizia, provenienti da esperienze culturali diverse (il gruppo "Frecciarossa") si sono dati per presentare una proposta di legge, se non ecumenica, attenta a tutte le obiezioni e ai diversi versanti da cui esse provengono<sup>1276</sup>.

---

<sup>1274</sup> In argomento, Caruso, B., *La Corte costituzionale tra Don Abbondio e Il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sent. n. 231/13*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, n. 4, p. 901 ss.

<sup>1275</sup> Cfr. Trib. Roma 23 settembre 2014.

<sup>1276</sup> Si rinvia alla proposta formulata dal gruppo di lavoro – auto-denominatosi *Frecciarossa* – e alla sintesi delle linee guida per un intervento legislativo, in corso di elaborazione da parte del gruppo *Frecciarossa*, rinvenibile in Caruso, B., *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale* (cit.).

## La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?\*

Alessandro Boscati

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa.                                                                                                                                   | 324 |
| 1.1 Dal Rapporto Giannini alla contrattualizzazione del 1992.                                                                                  | 324 |
| 1.2. (Segue) La c.d. prima fase della riforma.                                                                                                 | 326 |
| 1.3. La c.d. seconda fase della riforma.                                                                                                       | 327 |
| 1.4. (Segue) La c.d. terza fase della riforma: dalla Riforma Frattini alla Riforma Brunetta passando per le stabilizzazioni del Governo Prodi. | 330 |
| 1.5. (Segue) La quarta fase: da Brunetta a Renzi, passando per Monti e Letta.                                                                  | 331 |
| 2. Gli interventi del Governo Renzi.                                                                                                           | 336 |
| 3. I contenuti dell'intervento normativo nell'ambito di un più ampio progetto di revisione istituzionale.                                      | 339 |
| 4. (Segue) Il riparto tra fonti.                                                                                                               | 341 |
| 4.1. Il riparto tra legge e contrattazione collettiva.                                                                                         | 341 |
| 4.2. Il riparto tra legge statale e legge regionale.                                                                                           | 346 |
| 4.3. Definizioni di pubbliche amministrazioni e possibili ricadute sul sistema delle fonti.....                                                | 347 |
| 5. (Segue) Disposizioni riferibili all'assunzione di personale.                                                                                | 349 |
| 6. (Segue) Disposizioni in materia di gestione del rapporto di lavoro.                                                                         | 354 |
| 7. (Segue) Disposizioni in tema di valutazione del personale ed estinzione del rapporto di lavoro.                                             | 358 |
| 8. (Segue) L'ampia delega in materia di riforma della dirigenza.                                                                               | 360 |
| 8.1. (Segue) Le peculiari disposizioni relative ai segretari comunali.                                                                         | 372 |
| 9. Conclusioni.                                                                                                                                | 373 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 228/2014

## 1. Premessa.

Anche il governo Renzi, al pari di tutti i governi che si sono succeduti nel secondo dopoguerra, ha inserito tra le questioni centrali della propria agenda il tema della riforma della pubblica amministrazione. Il settore pubblico rappresenta un ambito privilegiato delle politiche di contenimento della spesa pubblica; una politica che con sintonica uniformità è stata scandita da successivi interventi legislativi interessati prioritariamente alla riforma della disciplina del rapporto di lavoro pubblico piuttosto che alla realizzazione di un nuovo assetto organizzativo.

Se quanto detto è noto, del pari nota è l'evoluzione normativa che ha portato alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, ma che verrà qui ripercorsa nei suoi passaggi essenziali cercando di cogliere quelli che sono gli elementi qualificanti di ogni fase per porli a confronto con le più recenti proposte<sup>1277</sup>. Un'analisi che dovrà considerare e comparare tra loro anche la successione interna degli interventi normativi e delle proposte di legge del presente esecutivo, dal suo insediamento, a fine febbraio 2014, fino ad oggi. Solo alla luce di tale ricostruzione, e dopo aver analizzato per macro-aree gli interventi recenti in materia di lavoro pubblico, si trarranno le fila per far emergere i profili di continuità e quelli di discontinuità della "politica del governo Renzi per il settore pubblico". In particolare si focalizzerà l'attenzione sul rapporto tra riforma organizzativa e riforma del rapporto di lavoro per verificare la sussistenza o meno dell'enunciato cambio di passo, non tralasciando l'analisi del nuovo rapporto che sembra profilarsi tra potere politico e vertice burocratico, segnatamente la tenuta o meno del tanto acclarato metodo manageriale.

### 1.1 Dal Rapporto Giannini alla contrattualizzazione del 1992.

La premessa più lontana è costituita dal "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione"<sup>1278</sup>, meglio noto come "Rapporto Giannini"<sup>1279</sup>, con cui si apriva la breccia per il superamento del principio dell'ontologica incompatibilità tra lavoro pubblico e regolamentazione privatistica (ancorché limitato a coloro che svolgevano prestazioni lavorative non implicanti l'esercizio di una pubblica funzione)<sup>1280</sup>; un rapporto seguito a breve distanza dall'emanazione della legge quadro del 1983, con cui si dava accesso al "metodo della contrattazione collettiva"<sup>1281</sup> in un contesto in cui, pur introducendosi significativi spazi di intervento a favore della fonte negoziale, si

<sup>1277</sup> In merito cfr. per una dettagliata ricostruzione critica F. CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in F. CARINCI e L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, vol. V., Torino, 2004, XLIII ss.

<sup>1278</sup> Ministero per la Funzione Pubblica, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato (trasmissione alle Camere il 16 novembre 1979)*, in *Riv.trim.dir.pubb.* 1982, 722 ss. su cui cfr. M. D'ALBERTI, *Alcune riflessioni generali sul rapporto Giannini*, in *Riv.giur.lav.*, 1980, I, 63.

<sup>1279</sup> S. CASSESE, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, in *Giorn.dir.amm.*, 2000, 99 lo definisce quale "punto di svolta nella lunga serie di tentativi di riforma che si sono susseguiti dalla prima guerra mondiale in poi".

<sup>1280</sup> Come rileva M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 313 fino a quel momento il rapporto di impiego era considerato come un elemento strutturale dell'organizzazione in virtù della "immedesimazione organica" "tra disciplina dell'organizzazione amministrativa - alla quale si riconduce *tout court* l'organizzazione del lavoro - e disciplina del rapporto di lavoro (stato giuridico)" con la conseguente totale attrazione del secondo "nell'orbita della prima".

<sup>1281</sup> Per l'introduzione di tale formula cfr. G. PERA, *Libertà sindacale*, in *Enc.dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 527; E. GHERA, *Il pubblico impiego*, Bari, 1975, 69; RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 200. Come rileva M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Bari, 1997, 73, nt. 48 l'utilizzazione di tale locuzione in luogo di quella di "contrattazione collettiva" "è stato con ogni probabilità un *escamotage* con il quale ci si è liberati dal dubbio - più che fondato - che quella



prevedeva che la stessa potesse acquisire efficacia solo a seguito del recepimento in un Decreto del Presidente della Repubblica. Un mutamento che si realizzava in un ambito di riferimento che permaneva rigidamente ancorato al diritto pubblico. Il processo subisce una forte accelerazione a partire dall'ultima decade del secolo scorso: ad esigenze di modernizzazione della pubblica amministrazione si uniscono stringenti necessità di contenimento della spesa pubblica e di recupero di produttività e di efficienza nell'ambito di una ravvisata urgenza di trasformazione delle modalità d'azione<sup>1282</sup>. Non meno rilevante è la volontà di perseguire riforme in grado di dare una spinta moralizzatrice al sistema all'indomani della manifestazione della c.d. "prima" Tangentopoli. Ma soprattutto vi è il ruolo assunto da un nuovo protagonista, il sindacalismo confederale, portatore di "una proposta radicale che salta a piè pari una mera rivisitazione della legge quadro"<sup>1283</sup> nell'ambito di un "scambio" implicito (per la verità non più di tanto) tra consenso sindacale al progetto governativo di risanamento dei conti pubblici e tendenziale assimilazione delle leggi del lavoro pubblico a quelle del privato<sup>1284</sup>.

È questo il substrato fattuale e culturale in cui si inserisce la contrattualizzazione<sup>1285</sup>, stimolata e sospinta da un continuo processo interpretativo della dottrina, non solo gius-lavoristica<sup>1286</sup> e che conduce ad affermare il principio secondo cui la natura giuridica dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni è frutto di una scelta di diritto positivo, non condizionata né dalla riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici pubblici, né dal regime pubblicistico che presiede l'azione amministrativa, né dall'origine pubblicistica delle norme applicabili ai rapporti di lavoro. Tutto ciò, peraltro, non senza la ferma opposizione della maggioranza della dottrina gius-pubblicistica e della magistratura amministrativa<sup>1287</sup>.

---

del pubblico impiego non fosse che una pseudo-contrattazione". Sul significato politico e giuridico del riconoscimento della contrattazione collettiva nel pubblico impiego cfr. F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1974, 1098 ss., sp. 1103 ss.; U. ROMAGNOLI, *Intervento alla tavola rotonda su "Contrattazione collettiva e diritti sindacali nel pubblico impiego"*, in *Riv.giur.lav.*, 1976, I, 142 ss.

<sup>1282</sup> In merito L. MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Torino, 2013, 50 afferma che l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è "attraversato da un riformismo inquieto".

<sup>1283</sup> F. CARINCI, *All'indomani di una riforma promessa: la «privatizzazione» del pubblico impiego*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Commentario diretto da F. Carinci, Milano, 1995, XXXV.

<sup>1284</sup> Cfr. A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico ed il sistema delle fonti*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico ed il sistema delle fonti*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, l'Aquila, 31 maggio – 1 giugno 1996, Milano, 1997, 7 il quale si chiede se accanto ai motivi espressamente enunciati ne esistessero altri, non esplicitati, "ma che, al pari di quelli palesi, servano a dare un quadro completo delle convenienze che hanno guidato il legislatore".

<sup>1285</sup> Come rileva V. FERRANTE, *Note in margine al progetto di riforma dei rapporti individuali e collettivi nel settore pubblico*, in *Lav.dir.*, 1992, 686 la modifica della natura del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti «è solo la tessera di un mosaico ben più ampio».

<sup>1286</sup> In particolare v. gli scritti di A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1993, sp. 461; ma prima v. anche dello stesso A., *Autonomia collettiva, principio di legalità e struttura delle fonti*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1982, 287 e *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in *Lav.dir.*, 1989, 578. Peraltro anche nell'ambito della dottrina gius-lavoristica non mancavano alcune voci critiche, v. G. GHEZZI, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego: prime osservazioni*, in *Riv.giur.lav.*, 1992, I, 538; S. SCIARRA, *Intervento*, in *Impiego pubblico e lavoro privato: per un nuovo statuto comune*, in *Lav.dir.*, 1990, 8; E. GRAGNOLI, *Rapporto di lavoro pubblico e inquadramento professionale*, Padova, 1992, 39 ss.; L. FIORILLO, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 1990, 22 ss., sp. 46 ss.

<sup>1287</sup> V. il celebre parere del Consiglio di Stato, Ad.generale del 31 agosto 1992, n. 146, in *Riv.it.dir.lav.*, 1993, III, 24 ss., su cui in termini critici M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav.dir.* 1996, 238; in termini analoghi cfr. anche M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Bari, 1997, 58

## 1.2. (Segue) La c.d. prima fase della riforma.

Nasce così la legge delega n. 421/1992 che si occupa di tre fondamentali materie, sanità, pensioni e lavoro pubblico e che segue di poco tempo tre leggi fondamentali del 1990: la n. 142, con cui nel dettare i principi dell'ordinamento dei comuni e delle province e nel determinarne le funzioni, si riafferma, tra l'altro, il principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione già definito dal D.p.r. n. 748/1972; la n. 146, con cui, in attuazione dell'art. 40 della Costituzione, si introducono le prime regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali; la n. 241 che per la prima volta con l'introduzione della figura del responsabile del procedimento impersonifica la pubblica amministrazione in un soggetto fisico cui il cittadino/utente può rivolgersi. In materia di lavoro pubblico la logica di decisa rottura con l'impianto precedente viene sviluppata nelle intenzioni del legislatore lungo due linee convergenti. Da un lato, sul versante della disciplina del rapporto di lavoro, ciò avviene tramite la creazione di un "diritto 'comune' del lavoro"<sup>1288</sup>, sia al settore privato che a quello pubblico, in cui il contratto individuale di lavoro assume il ruolo di "pietra angolare" del sistema, tale da comportare il mutamento della natura giuridica del rapporto di lavoro, cui si affianca la consacrazione del ruolo della contrattazione collettiva quale fonte di regolazione del rapporto di lavoro, senza che vi sia analoga attribuzione di effettiva efficacia regolativa anche al contratto individuale<sup>1289</sup>. Una contrattualizzazione che non era pensata per l'intero personale, data la prevista conservazione dello "statuto pubblicistico" in capo ai dirigenti generali ed equiparati. Dall'altro lato, sul piano dei rapporti tra amministrazione e potere politico, si procede al potenziamento del ruolo attribuito alla dirigenza, che si vuole rendere effettivamente autonoma rispetto ai politici e responsabile dell'attività organizzativo-gestoria, sì da recidere anche quella "contiguità tra dirigenti e dipendenti, che era stata spesso causa di tolleranza ed inerzia"<sup>1290</sup>. Quale effetto della contrattualizzazione vi è la previsione dell'affidamento delle controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti contrattualizzati alla giurisdizione del giudice del lavoro (a decorrere dal terzo anno successivo all'emanazione del decreto legislativo e, comunque non prima dell'esaurimento della fase transitoria).

In conformità a quanto previsto dalla legge delega, il D.Lgs. n. 29/1993 ne ha attuato i principi sulla base dei due pilastri appena enunciati: la contrattualizzazione del rapporto di lavoro di tutti i dipendenti, ferme alcune esclusioni soggettive (tra cui, come visto, la dirigenza di vertice), e l'affermazione del principio di portata generale di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione, con attribuzione alla prima dei compiti di indirizzo e di controllo, ed alla seconda dei compiti di attuazione, in maniera autonoma e responsabile, delle direttive ricevute. Un ruolo specifico della dirigenza di cui è dimostrazione la corposa disciplina dedicata alla figura, speciale sia rispetto alla disciplina della dirigenza privata, sia rispetto a quella del restante personale.

<sup>1288</sup> Così M. RUSCIANO, *Rapporto di lavoro «pubblico» e «privato»: verso regole comuni?*, in *Lav.dir.*, 1989, 372. In merito cfr. anche F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1974, 1098 ss., sul punto spec. 1103-1105; M. D'ALBERTI, *Impiego pubblico, norme privatistiche, processo del lavoro*, in *Giur.Cost.*, 1977, 509 ss. In particolare per le implicazioni connesse, e desumibili, dalla locuzione "diritto comune" cfr. F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1993, I, 16 ss.

<sup>1289</sup> In merito cfr. M. PERSIANI, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Arg.dir.lav.*, 2000, 621; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 327.

<sup>1290</sup> M. RUSCIANO, *L'unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in *Gior.dir.lav.rel.ind.*, 1989, 379.

Se tramontava così la concezione tradizionale del pubblico impiego che si era fondata fino a quel momento sull'incorporazione della disciplina del lavoro all'interno delle norme sull'organizzazione<sup>1291</sup>, evidenti ed immediatamente percepite erano le difficoltà applicative che ruotavano intorno alla complicazione di far convivere diritto pubblico e diritto privato nella attività di organizzazione e di gestione del rapporto di lavoro. Ciò in ragione di quella che era stata definita essere la c.d. "doppia inclusione", per cui organizzazione degli uffici e gestione del rapporto di lavoro risultavano soggetti ad un diverso regime giuridico, cui si affiancava la riserva di regime pubblicistico anche per alcune materie attinenti al rapporto di lavoro in base al disposto della legge delega.

I primi decreti correttivi dell'originaria formulazione del decreto 29 (ci si riferisce in particolare ai decreti 470 e 546 del 1993) cercarono di porre rimedio alle questioni più urgenti, prime fra tutte quelle derivanti dall'applicazione della clausola di specialità<sup>1292</sup>. Restavano però innumerevoli "zone grigie" derivanti dalla necessaria adozione concorrente e coordinata di misure organizzative e gestionali soggette ad un diverso regime giuridico, pubblicistico le prime, privatistico le seconde; ambiti certamente distinguibili sul piano concettuale, ma non sul piano concreto, attesa la stretta connessione e l'influenza reciproca. Il che incideva sulla rapidità d'azione dell'amministrazione in contrasto con quella che ne doveva essere la logica ispiratrice.

### 1.3. La c.d. seconda fase della riforma.

È sulla scorta di tale situazione che sotto l'abile regia del binomio Bassanini-D'Antona prende avvio, a costituzione invariata e nell'ambito del più ampio progetto di federalismo amministrativo, la c.d. seconda fase della riforma del lavoro pubblico. Una fase che inizia con la riapertura da parte della legge n. 59/1997 (c.d. Legge Bassanini, seguita dalle leggi n. 127/1997 e 191/1997, significativamente denominate Bassanini *bis* e Bassanini *ter*) della prima delega di cui alla legge n. 421/1992, integrata da nuovi principi direttivi e che, nelle intenzioni, si sarebbe dovuta concludere con l'emanazione di un Testo Unico, ai sensi di quanto previsto dalla legge n. 50/1999 (nota come legge di semplificazione 1998, i cui termini furono poi prorogati dalla legge n. 340/2000). Una riforma che, come evidenziato esplicitamente dagli stessi protagonisti, voleva accantonare "la nota dominante dell'emergenza finanziaria"<sup>1293</sup> che aveva caratterizzato la prima fase per cedere il passo ad una nuova fase in cui venissero privilegiate regole flessibili nell'organizzazione della struttura e nella gestione del personale. Ciò avviene con l'emanazione di tre decreti delegati,

<sup>1291</sup> Si modifica anche il ruolo del sindacato consolidatosi a seguito dell'emanazione della legge quadro, da cogestore interno" a "interlocutore dialettico"; sul punto specifico v. L. FIORILLO, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico (informazione, consultazione, partecipazione): esame della attuale normativa e ipotesi di rivisitazione*, in M. D'ANTONA, P. MATTEINI e V. TALAMO (a cura di), *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998). I lavori preparatori ai Decreti legislativi n. 396 del 1997, n. 80 del 1998*, Milano, 2001, 47; M. D'ANTONA, *L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, 40, pur prospettando una distinzione di ruoli auspica comunque il consolidamento di un metodo partecipativo al fine di prevenire conflitti e sviluppare la collaborazione tra le parti.

<sup>1292</sup> Secondo tale clausola di specialità l'applicazione delle norme del lavoro privato poteva avvenire, "in quanto (esse fossero) compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto"; in merito cfr. M.T. CARINCI, *Specialità del rapporto*, in F. CARINCI (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1993, 665 ss.

<sup>1293</sup> M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. BATTINI e S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, 1, 8.

i nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998, tutti all'insegna di una contrattualizzazione spinta, con la ridefinizione della linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato, non più tagliata sull'asse organizzazione / rapporto, bensì interna alla stessa organizzazione, con una c.d. macro-organizzazione (ovvero l'organizzazione nelle sue linee essenziali) lasciata al diritto pubblico ed una micro-organizzazione. comprendente tutte le decisioni di organizzazione e di gestione dell'apparato di competenza dei dirigenti preposti agli uffici di livello dirigenziale generale e dei dirigenti subordinati, ricondotta al diritto privato<sup>1294</sup>. Una nuova linea di confine che aveva previamente trovato l'esplicita legittimazione della Corte Costituzionale<sup>1295</sup>, ma che apriva una lunga e dibattuta *querelle* dottrinale relativa all'individuazione degli ambiti di libera esplicazione della contrattazione collettiva che troverà soluzione unicamente con la c.d. Riforma Brunetta. La questione, nota come c.d. negoziabilità dei poteri dirigenziale, risiedeva nel poter considerare o meno materie contrattabili tutte quelle assoggettate all'egida del diritto privato.

Dal punto di vista "soggettivo" l'estensione del diritto privato si traduceva nella contrattualizzazione del rapporto di lavoro anche dei dirigenti apicali. Tale mutamento costringeva la Corte Costituzionale nel breve volgere di alcuni anni a giustificarne dapprima il permanente assoggettamento al diritto pubblico e successivamente la riconduzione al diritto privato<sup>1296</sup>. Alla generalizzazione della contrattualizzazione dell'intera dirigenza si affiancava l'introduzione della scissione tra contratto di assunzione a tempo indeterminato ed incarico a termine, evidente profilo di specialità del rapporto di lavoro della categoria, visto e vissuto come misura atta a "compensare" il rafforzamento del principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione<sup>1297</sup>. Intrinsecamente connessa con la contrattualizzazione del rapporto di lavoro dell'intera dirigenza e con l'introduzione del principio di temporaneità degli incarichi era, poi, la previsione dell'istituzione di un ruolo unico interministeriale, articolato in due fasce, in cui confluivano tutti i dirigenti dei Ministeri e delle amministrazioni autonome dello Stato. L'appartenenza ad una delle due fasce rilevava ai fini del conferimento di particolari incarichi ed agli effetti del trattamento economico.

<sup>1294</sup> Per la distinzione tra micro e macro-organizzazione si vedano C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.Lgs. n. 29/1993 ai D.Lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998*. Commentario diretto da F. CARINCI e M. D'ANTONA, 2a ed., Milano, 2000, 99 e A. ORSI BATTAGLINI – A. CORPACI, *Sub art. 2, l*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 1999, 1067 ss.

<sup>1295</sup> Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *Lav.pubb.amm.*, 1998, 131, con nota di M. BARBIERI, *Corte Costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*; in merito v. anche le osservazioni di F. CARINCI, «Costituzionalizzazione» ed «autocorrezione» di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico), in *Arg.dir.lav.*, 1998, 38.

<sup>1296</sup> Con la sentenza n. 313 del 1996 (Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 36, con nota di E. GRAGNOLI, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto*) la Corte avallò la scelta del legislatore della duplicazione delle fonti regolatrici del rapporto, non ritenendola in contrasto con le regole di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa; con la successiva ordinanza n. 11 del 2002 (Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 11, in *Lav. pubb. amm.*, 2002, 293) affermò che "la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico (intesa quale applicazione della disciplina giuslavoristica di diritto privato) non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico, posto che per questi (dirigente o no) non vi è – come accade per i magistrati – una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad es., stabilità ed inamovibilità", per cui rientra nella discrezionalità del legislatore disegnare l'ambito di estensione di tale privatizzazione, con il limite del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e della non irragionevolezza della disciplina differenziata.

<sup>1297</sup> Per le motivazioni sottese a tale soluzione legislativa, per tutti, F. CARINCI, *La privatizzazione della dirigenza generale alla prova della Consulta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 710. V. anche A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000, 230 il quale sottolinea come tale scelta conduce a configurare tra politica e dirigenza un modello di distinzione funzionale e di contiguità strutturale.

È in questo periodo che si realizza, altresì, il definitivo passaggio di giurisdizione, dal giudice amministrativo al giudice del lavoro, con la *dead line* del 30 giugno 1998; un definitivo passaggio accelerato dall'introduzione di un termine decadenziale (15 settembre 2000) per la proposizione davanti al giudice amministrativo delle controversie riguardanti questioni inerenti il rapporto di lavoro contrattualizzato anteriori al 30 giugno 1998 (art. 45, comma 17 del D.Lgs. n. 80/1998).

Nell'ambito del progetto complessivo di modifica del sistema amministrativo delineato dalle c.d. leggi Bassanini vengono altresì emanati il D.Lgs. n. 286/1999 con cui si riforma il sistema dei controlli e di valutazione delle responsabilità, nonché i decreti delegati nn. 300 e 303 del 1999 di riforma dell'assetto organizzativo del Governo (Presidenza del Consiglio dei ministri e plesso governativo ministeriale, oltre le correlative agenzie, ad ordinamento generale ovvero speciale).

Quello che era stato pensato come il nuovo Testo Unico del Pubblico impiego, finalizzato a razionalizzare la copiosa e corposa normativa stratificatasi nel corso degli anni, si traduceva in una mera riscrittura del D.Lgs. n. 29/1993, sì da risultare ri-immatricolato come D.Lgs. n. 165/2001 ("Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"), perdendo così le caratteristiche di un Testo Unico ed assumendo quelle di legge generale sul rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni<sup>1298</sup>.

Di lì a poco, a fine legislatura, era approvata la legge costituzionale n. 3 del 2001 con cui si "ribaltava" il precedente criterio di riparto di competenze legislative dello Stato e delle Regioni, con un nuovo articolo 117 che nel prevedere una generale potestà legislativa in capo alle Regioni, definiva un primo elenco di materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato ed un secondo elenco di materie a "legislazione concorrente" Stato-Regioni. Se per il lavoro privato ben presto è prevalso in dottrina ed in giurisprudenza l'orientamento che attribuiva alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina del rapporto di lavoro, in quanto riconducibile alla materia ordinamento civile<sup>1299</sup>, più complessa e stratificata è stata l'interpretazione del testo costituzionale con

<sup>1298</sup> Come rileva CARINCI F., *Spes ultima dea*, in *Lav.pubb.amm.*, 2001, supplemento al fascicolo 2, 6 allorché la bozza del testo unico venne sottoposta ad una verifica Governo-sindacati "si scontrò con un veto assoluto ed incondizionato degli stessi sindacati" le cui riserve erano rivolte sia al metodo, ed in particolare al non essere il testo il frutto di un confronto regolare e continuo tra le parti sociali, sia al contenuto, lamentandosi uno spostamento della linea di confine tra legge e contratto a favore della prima, cui conseguiva una qual sorta di rilegificazione della materia.

<sup>1299</sup> Ordinamento civile che rappresenta la riproduzione del "vecchio" limite del diritto privato fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di uguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole che disciplinano i rapporti tra i privati. Così in dottrina F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *questa rivista*, 2003, 59; M. NAPOLI, Tutela e sicurezza del lavoro nella riforma del Titolo V della Costituzione, in *Quale futuro per il diritto del lavoro*, Milano, 2002, 13; R. PESSI, Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni, in *questa rivista*, 2002, 75; M.G. GAROFALO, Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro, in *Riv.giur.lav.*, 2002, I, 410; M. MAGNANI, Il lavoro nel titolo V della costituzione, in *questa rivista*, 2002, 645; P. TOSI, I nuovi rapporti tra Stato e Regioni: la disciplina del contratto di lavoro, in *questa rivista*, 2002, 599 ss.; M. DE LUCA, Il lavoro nel diritto regionale: tra statuto della regione siciliana e recenti modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione (note minime), in *Foro it.*, 2002, V, 272; M. PALLINI, La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?, in *Riv.giur.lav.*, 2002, I, 21. Altri autori addivenivano al riconoscimento della competenza esclusiva dello Stato attraverso diverse argomentazioni e cioè attraverso il richiamo al fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione (M. PERSIANI, Devolution e diritto del lavoro, in *Arg.dir.lav.*, 2002, 19 ss.), o invocando la diversa materia di competenza statale esclusiva «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (M. RUSCIANO, Il diritto del lavoro italiano nel federalismo, in *Lav.dir.*, 2001, 491 ss.; cfr. anche L. ZOPPOLI, La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i «pezzi» di un difficile puzzle?, in *Lav.pubb.amm.*, 2002, 149 ss. che muovendo dai livelli essenziali delle prestazioni afferma l'esistenza di uno spazio per la legislazione regionale che può operare innalzando i livelli di tutela e sicurezza del lavoro). In via di ipotesi M.V. BALLESTRERO, Differenze e principio di uguaglianza, in *Lav.dir.*, 2001, 424 e R. DEL

riguardo al personale delle amministrazioni regionali e locali, in ragione dell'intreccio tra disciplina del rapporto di lavoro e profili organizzativi. La giurisprudenza costituzionale, pur con alcune oscillazioni, ha ricondotto i profili relativi alle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale alla materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali; e, dunque, nella competenza residuale regionale ex art. 117, comma 4, Cost.<sup>1300</sup>, mentre ha riportato nella materia "ordinamento civile" anche la disciplina del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato<sup>1301</sup>.

#### 1.4. (Segue) La c.d. terza fase della riforma: dalla Riforma Frattini alla Riforma Brunetta passando per le stabilizzazioni del Governo Prodi.

La "codificazione" del 2001 è stata in seguito novellata dalla legge n. 145/2002, con una significativa riscrittura delle disposizioni in tema di dirigenza; un disegno di legge pensato dalla nuova maggioranza di centro-destra con un obiettivo iniziale limitato, volto ad una generalizzazione retroattiva dello *spoil system*, e poi via via incrementatosi di contenuti e di *ratio*, assumendo nelle mature intenzioni del legislatore una matrice contro-riformatrice tesa ad una ripubblicizzazione/decontrattualizzazione della dirigenza. Una riconduzione della dirigenza sotto l'egida pubblicistica che non ha, però, trovato conforto nell'interpretazione delle norme e soprattutto dalla non superata matrice contrattuale del rapporto di lavoro. Una novella che nel comportare una rilegificazione della disciplina del conferimento degli incarichi, precludendo *expressis verbis* un possibile intervento regolativo della contrattazione collettiva, incrementava il peso delle scelte politiche in ordine alla preposizione dei dirigenti negli uffici, sì da rafforzare il legame fiduciario fra nominante e nominato.

Da lì a qualche mese la legge delega n. 30/2003 ed il successivo decreto delegato n. 276/2003 di riforma del mercato del lavoro sancivano la loro espressa non applicabilità alle "pubbliche amministrazioni" e al "loro personale" (art. 6, l. n. 30/2003 e art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003), sì da

---

PUNTA, Tutela e sicurezza del lavoro, ivi, 434 affermano che la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile non sembra assorbire interamente la disciplina del rapporto di lavoro e optano per l'individuazione di un nucleo regolativo essenziale ed intengibile della legislazione nazionale. In giurisprudenza cfr. Corte Cost. 6 novembre 2001, n. 352, antecedente di due giorni rispetto all'entrata in vigore della revisione del Titolo V e, pertanto, assai significativa conoscendo già la Corte il testo del nuovo art. 117 Cost.; in seguito v. Corte Cost. 28 luglio 2004, n. 282 che parla di un limite "rimasto fondamentalmente invariato nel passaggio dal vecchio al nuovo testo". In merito v. anche Corte Cost. 26 giugno 2002, n. 282 che ha affermato che la determinazione dei livelli essenziali non configura una materia a sé stante, ma al più una competenza di carattere trasversale idonea ad incidere su tutte le altre e volta a preservare l'unità giuridica ed economica della Repubblica; ancora cfr. Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50.

<sup>1300</sup> Cfr. Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233 che riconduce le nomine e l'attribuzione di incarichi dirigenziali da parte degli organi di indirizzo politico nell'ambito dell'organizzazione amministrativa regionale, ponendosi semmai un problema circa la lesione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Più in generale Corte Cost. 7 luglio 2010, n. 235 che riconduce nell'ambito dell'organizzazione degli uffici la regolamentazione delle modalità di instaurazione di contratti di lavoro con le Regioni. Per la prima giurisprudenza che aveva affermato che la competenza legislativa residuale delle Regioni in materia di ordinamento dei propri uffici poteva estendersi anche a disciplinare il rapporto di impiego dei propri dipendenti, v. Corte Cost. 15 novembre 2004, n. 345, nonché Corte Cost. 24 luglio 2003, n. 274.

<sup>1301</sup> Con specifico riferimento al rapporto di lavoro pubblico v. Corte Cost. 21 marzo 2007, n. 95; Corte Cost. 14 giugno 2007, n. 189, nonché più recentemente Corte Cost. 29 aprile 2010, n. 151. Per la legittima differenziazione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato in quanto il processo di omogeneizzazione è soggetto al limite della specialità del lavoro pubblico v. Corte Cost. 16 maggio 2008, n. 146; Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 367; Corte Cost. 5 giugno 2003, n. 199; Corte Cost. 27 marzo 2003, n. 82; Corte Cost. 23 luglio 2001, n. 275.

aprire la via al progressivo allontanamento della disciplina del lavoro pubblico dai modelli normativi che ispirarono la contrattualizzazione<sup>1302</sup>.

Nella successiva legislatura, l'attenzione della maggioranza di centro sinistra in materia di lavoro pubblico è stata rivolta in via principale alla riduzione della spesa degli enti (e, dunque, anche alla spesa in materia di personale) e alla soluzione dell'annosa questione del precariato, effetto del blocco delle assunzioni degli anni precedenti e che aveva condotto all'assunzione di personale con contratto a termine o addirittura con contratti di collaborazione. Così ad un primo decreto-legge dai poliedrici contenuti (d.l. n. 223/1996, convertito con l. 248/2006), desumibili dal suo stesso titolo ("Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale"), le leggi finanziarie per il 2007 (l. n. 296/2006) e per il 2008 (l. n. 244/2007) introducevano specifiche regole volte alla c.d. stabilizzazione del personale assunto con contratto flessibile e che avesse lavorato con tale tipologia contrattuale per almeno un triennio. Un impegno che vide coinvolte direttamente anche le parti sociali con le quali a fine gennaio del 2007 veniva sottoscritto il "Memorandum d'intesa sul lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche". Un memorandum che si apre con l'incipit secondo cui "una profonda riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche è un passaggio obbligato affinché l'economia italiana torni su un sentiero di crescita duratura" e che prosegue affermando che "le iniziative di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche vengano attuate attraverso indirizzi e criteri generali concordati in connessione con il rinnovo dei contratti". Dunque, Un'affermata esplicita volontà di ritorno al contratto di cui si prospetta una *vis espansiva* anche con riguardo ai profili organizzativi<sup>1303</sup>. È altresì da ricordare come in questa fase sono stati anticipati, ancorché con Direttiva del Ministro della Funzione Pubblica, alcuni principi che saranno ripresi in seguito dal legislatore con riferimento alla procedimentalizzazione delle modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali. La Direttiva Nicolais (n. 10 del 19 dicembre 2007), in parte rifacendosi ad alcuni contenuti dell'appena citato memorandum, poneva in luce l'esigenza di individuare strumenti per realizzare un'adeguata pubblicità dei posti dirigenziali vacanti e per consentire ai dirigenti che ritenevano di possedere la professionalità idonea allo svolgimento del relativo incarico di potersi candidare per lo svolgimento dell'incarico vacante. Una scelta che sarebbe poi spettata all'amministrazione all'esito di Un'adeguata ponderazione delle candidature avanzate.

#### 1.5. (Segue) La quarta fase: da Brunetta a Renzi, passando per Monti e Letta.

Di lì a poco, nel nuovo esecutivo di centro-destra, la scena era occupata dal vulcanico Ministro Brunetta propulsore di una visione riformatrice della pubblica amministrazione che, come è stata unanimemente commentata dalla dottrina, è stata pensata e scritta all'insegna di una spiccata visione aziendale della pubblica amministrazione. L'obiettivo era di introdurre nel settore pubblico una "reale" cultura dell'efficienza, del merito e dell'integrità anche per riaffermare la fiducia della collettività nei confronti dell'operato della pubblica amministrazione. Ciò anche tramite una maggiore partecipazione del cittadino nella gestione dei servizi pubblici, rendendo possibile il

<sup>1302</sup> Così espressamente S. MAINARDI, *Il pubblico impiego nel "Collegato lavoro"*, in *Giur.it.*, 2011, 11. Un allontanamento che più volte la Corte Costituzionale ha legittimato, si veda in questo, da ultimo, Corte Cost. 10 maggio 2012, n. 120, su cui v. in particolare L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 168/2013, 14 s.

<sup>1303</sup> In merito v. criticamente A. GARILLI, *Dove va il pubblico impiego?*, in *Jus*, 2010, 456 il quale sottolinea come il memorandum "sembra ricadere nell'errore di spingere eccessivamente verso una co-gestione dell'efficienza".



controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche, attraverso la massima trasparenza delle informazioni concernenti l'organizzazione, i costi dei servizi ed i trattamenti economici erogati.

Si tratta di una riforma di cui si è detto molto, al limite dell'abuso del dire, originariamente fondata su di un doppio binario, avendo a riferimento la riforma dell'organizzazione e del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, divenuto ben presto una monorotaia in cui una delle due rotaie, quella relativa alla riforma del lavoro, ha "assorbito" l'altra. Nascono in diretta consequenzialità, a fine maggio 2008 ed inizio giugno dello stesso anno, due progetti di riforma, l'uno denominato "Piano Industriale per la riforma della Pubblica amministrazione", l'altro "Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva", sulla base dei quali vengono in breve tempo redatti due disegni di legge. Il primo, progetto di legge n. 1441 ("Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria") viene stralciato in autonomi disegni di legge, perdendo nell'approvazione definitiva dei vari testi l'iniziale organicità<sup>1304</sup>; il secondo disegno di legge 847 ("Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività") viaggia rapidamente e conduce all'approvazione della legge delega n. 15/2009 ed alla successiva emanazione del Decreto delegato n. 150/2009. Se l'iter che ha condotto all'approvazione della legge delega non aveva presentato particolari ritardi, ben più stratificato e complesso è stato il percorso che ha condotto all'approvazione del decreto delegato, licenziato in via definitiva dopo oltre quaranta revisioni. Nelle more era stato emanato a fine giugno del 2008 il d.l. 112, poi convertito con modificazioni in legge n. 133/2008 con cui si intendevano risolvere i problemi contingenti e più urgenti<sup>1305</sup>. Una scansione temporale/normativa importante in sé e per alcune analogie con quanto sta avvenendo durante il presente esecutivo<sup>1306</sup>.

Una riforma, quella del 2009, che nell'ambito del D.Lgs. n. 150/2009 vede ben separate due parti, una prima del tutto nuova, comprendente i titoli II e III, rispettivamente dedicati a "Misurazione, Valutazione e Trasparenza della Performance" e "Merito e Premi" e l'altra contenuta nel successivo titolo IV comprendente "Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" con cui si agisce con la tecnica della novellazione sul D.Lgs. n.

<sup>1304</sup> Segnatamente dal progetto n. 1441-bis, deriva l'approvazione della legge 18 giugno 2009, n. 69, "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile"; dal n. 1441-ter la legge 23 luglio 2009, n. 99, "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia"; dal 1441-quater la legge 4 novembre 2010, n. 183 "Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro".

<sup>1305</sup> In merito v. M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Milano, 2009.

<sup>1306</sup> Sulla riforma Brunetta, senza pretesa di esaustività, con riferimento alla legge delega e al decreto delegato v. AA.VV., *La terza riforma del lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, Parti I-II-III, in *Lav. pubbl. amm.*, rispettivamente: 2008, 949 ss.; 2009, 1 ss. e 2009, 469 ss.; a seguito dell'emanazione del D.Lgs. n. 150/2009, L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009; M. TIRABOSCHI-F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2010; AA.VV., *La riforma "Brunetta" del lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1 ss.; P. MASTROGIUSEPPE, R. RUFFINI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico tra continuità ed innovazione*, Milano, 2010; M. PERSIANI (a cura di), *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *Giur. it.*, 2010, 2697 ss.; AA.VV., *Il pubblico impiego dopo la riforma del 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 447 ss.; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011; M. NAPOLI-A. GARILLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgie del passato*, *Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2011, 1073 ss. e sempre M. NAPOLI-A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013.



165/2001. La prima parte, nell'introdurre principi in parte nuovi e nel cercare di rivitalizzare sistemi premiali mai decollati, pone al centro del sistema i c.d. *stakeholders*, in funzione di garanzia di una valutazione oggettiva ritenuta del tutto funzionale all'incremento dell'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione. Viene così introdotto il principio dell'accessibilità totale delle informazioni, punto di partenza per la successiva normativa in materia di trasparenza ed incompatibilità. Nella seconda parte viene ampliata la specialità di disciplina del lavoro pubblico, qualificando, altresì, come imperative tutte le speciali disposizioni del decreto 165 (cfr. art. 2, co. 2, primo periodo D.Lgs. n. 165/2001 ed art. 40, co. 1, sempre D.Lgs. n. 165/2001)<sup>1307</sup>, con una significativa contrazione dell'ambito di libera esplicabilità della contrattazione collettiva a favore di un'unilateralità delle decisioni datoriali<sup>1308</sup>. Un'azione del legislatore che risulta però caratterizzata da una evidente contraddizione di fondo. Da un lato l'indicazione del sindacato quale "controparte" da limitare, con l'introduzione di norme volte a rafforzare l'unilateralità delle scelte a scapito del ruolo regolativo della contrattazione collettiva e a rendere obbligatoria l'azione della dirigenza, ossia del datore di lavoro pubblico, incanalata dentro ben definiti argini tramite un pervasivo intervento regolatore; dall'altro lato la strutturale esigenza della sottoscrizione di nuovi contratti collettivi, a livello nazionale ed integrativo, per l'effettiva attuazione di quanto previsto soprattutto in materia di merito e di politiche incentivanti. Una riforma che nel riprendere principi espressi dalla legislazione precedente, in larga parte "rimasti sulla carta", segnava una precisa discontinuità quanto alle previste modalità di attuazione: non si limitava a ribadire il principio, ma ne definiva anche le modalità attuative, assegnando tuttavia alla fonte negoziale alcuni importanti ambiti di intervento derogatorio. Il blocco della contrattazione collettiva disposto dal d.l. 78/2010 ha inevitabilmente fermato ed irrigidito il percorso, congelando nei fatti il sistema di relazioni sindacali<sup>1309</sup>. Ma il blocco della contrattazione, unito all'interpretazione sindacale dell'obbligo di adeguamento delle previsioni dei contratti integrativi previsto dall'art. 65 del D.Lgs. n. 150/2009, nel senso di ricavare dalla norma la transitoria vigenza (fino ai successivi rinnovi contrattuali nazionali) delle previgenti disposizioni negoziali anche per le parti in contrasto con i nuovi principi, portava prima ad un contenzioso giudiziale dagli esiti compositi e, infine, all'emanazione del D.Lgs. n. 141/2011<sup>1310</sup>. Un decreto con cui si ribadiva per legge l'immediata applicabilità del nuovo assetto delle fonti e sostanzialmente si congelavano le tre fasce di merito introdotte dal decreto

<sup>1307</sup> Già la legge delega n. 15/2009 aveva significativamente modificato il secondo periodo del secondo comma dell'art. 2 del D.Lgs. n. 165/2001 rafforzando il ruolo della legge rispetto alla contrattazione collettiva. Si era, infatti, previsto che eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto contenenti discipline dei rapporti di lavoro con applicabilità limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, potevano essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non erano ulteriormente applicabili, "solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge" e non più "salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario", sì da rimettere ad un'espressa indicazione del legislatore la derogabilità del disposto normativo. In merito v. M. NAPOLI, La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance, in M. NAPOLI e A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 4.

<sup>1308</sup> Cfr. M. RICCI, *Il contratto collettivo verso il suo ridimensionamento*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 313 ss. sp. 322 ss.

<sup>1309</sup> Così anche A. VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2013, 73 il quale sottolinea gli effetti negativi del blocco delle dinamiche retributive per l'effettivo avvio delle riforme.

<sup>1310</sup> In merito a tale decreto legislativo v. A. BELLAVISTA, *Il decreto correttivo della riforma Brunetta e il «cantier aperto» del lavoro pubblico*, in *Lav.giur.*, 2011, 1185 ss.; con riferimento specifico alla c.d. negoziabilità dei poteri dirigenziali cfr. A. TOPO, *La contrattazione integrativa*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 415 ss., sp. 427.

150, uno dei temi oggetto di maggiore critiche e su cui era già intervenuta un'intesa Governo – sindacati all'inizio di febbraio del 2011.

Una riforma quella del 2009 che non affronta compiutamente il tema sempre centrale del rapporto tra politica ed amministrazione o, meglio, lo affronta senza introdurre misure effettivamente in grado di limitare l'ingerenza della prima sui vertici burocratici. Dal punto di vista generale la previsione di un ciclo di gestione della performance rappresenta una precisazione del processo circolare indirizzo – gestione – verifica già delineato dal D.Lgs. n. 165/2001; l'indicazione delle caratteristiche degli obiettivi e la precisazione delle modalità di valutazione, certamente pregevole, non è però di per sé in grado di arginare comportamenti dilatori e poco puntuali degli organi di vertice. Sul piano del singolo rapporto di lavoro dirigenziale ad una maggiore attenzione alla fase di conferimento dell'incarico, non si accompagna un'uguale attenzione per la fase di svolgimento e di cessazione dello stesso. Anzi, dopo pochi mesi dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2009 con il già citato d.l. 78/2010 viene eliminato l'unico effettivo baluardo eretto a tutela della dirigenza, ovvero la possibilità di modificare alla scadenza l'incarico solo in presenza di una valutazione negativa o di pregresse ed enunciate ragioni di carattere organizzativo<sup>1311</sup>. Un aspetto importante in sé, ma ancor più rilevante se comparato con quanto è alla base del ddl 1577 che, come si avrà modo di esplicitare, appare ispirato da una visione opposta, tutta a favore della ontologica precarietà dell'incarico. Una soluzione che trova un importante anello di congiunzione nella legge anticorruzione e nel principio ivi affermato dalla generale applicazione del principio di rotazione per tutti gli incarichi. Ma più in generale appare evidente l'assenza di misure atte ad incentivare il vertice politico a svolgere tutti i compiti di indirizzo assegnatigli, nei tempi e nei modi indicati dalla riforma<sup>1312</sup>.

Si delinea così un sistema in cui il restringimento del ruolo negoziale, unito alla etero-determinazione dei necessari comportamenti della dirigenza, rafforza la continguità tra politica ed amministrazione, a dispetto della distinzione di ruoli e di compiti.

Gli interventi del successivo governo Monti in materia di lavoro pubblico sono tutti protesi alla riduzione della spesa pubblica (e, dunque anche del personale) a servizi invariati ed in assenza di un organico progetto di riforma<sup>1313</sup>. Prova emblematica ne è la c.d. legge Fornero (l. n. 92/2012), scritta e pensata per il solo lavoro privato e che solo nell'imminenza della definitiva approvazione inserisce due commi, il 7 e l'8 dell'art. 1, con i quali si prevede, con formula invero equivoca, che le disposizioni della legge “per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni” (co. 7); e che “Al fine dell'applicazione del comma 7” il Ministro della Funzione Pubblica, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative “individua e definisce, anche mediante

<sup>1311</sup> V. in termini critici S. BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la “riforma Brunetta”: verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, 43, secondo cui la procedimentalizzazione della decisione di mancata conferma rappresentava una garanzia sostanziale e non formale; G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 595, il quale rileva come in un sol colpo il Governo sia riuscito a svuotare di significato tanto il principio di autonomia funzionale, quanto il momento valutativo e A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. it.*, 2010, 2717 secondo cui «risultano così ristretti al minimo gli spazi di verifica sulla legittimità della scelta».

<sup>1312</sup> Cfr. A. GARILLI, *Dove va il pubblico impiego?*, in *Jus*, 2010, 455 il quale sottolinea l'incapacità di stabilire sanzioni per l'organo di indirizzo politico che non eserciti le sue funzioni.

<sup>1313</sup> In merito L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* – 168/2013, 5 parla di sviluppi “disarmanti prima ancora che allarmanti”.

iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche” (co. 8). Commi letti ed analizzati soprattutto nella prospettiva dell’applicabilità o meno del riformato articolo 18 dello Statuto dei lavoratori al lavoro pubblico, ma che incrementano il solco tra disciplina legislativa del settore privato e di quello pubblico; un settore, quest’ultimo, ormai costruito, anche in ragione dei molteplici interventi normativi settoriali e specifici, come un modello regolativo ampio e separato dal lavoro privato.

Sul piano delle relazioni sindacali, l’apertura ai sindacati è simbolica, tesa più ad armonizzare tra loro disposizioni normative che ad innovare. Così nell’ambito della legge c.d. di *spending review* (n. 95/2012) vi è una limitata modifica del comma 2 dell’art. 5 e del successivo art. 6 del D.Lgs. n. 165/2001. Previsioni con le quali si apre alla partecipazione sindacale rispettivamente nel caso di misure riguardanti i rapporti di lavoro (sempreché l’esame congiunto sia previsto dai contratti collettivi) e nel caso di processi di riorganizzazione per l’esame dei criteri per l’individuazione di esuberanti o per le modalità delle procedure di mobilità.

L’esecutivo Monti implementa il principio di trasparenza dettato dall’art. 11 del D.Lgs. n. 150/2009. Nel breve arco di pochi mesi vengono emanati, effetto dell’onda lunga della c.d. riforma Brunetta, la legge n. 190/2012 in materia di anticorruzione e, da governo dimissionario, i decreti legislativi nn. 33 e 39 del 2013 in materia di trasparenza e di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi<sup>1314</sup>; a fine mandato viene approvato anche il “nuovo” Codice di comportamento dei dipendenti pubblici che sarà però pubblicato in Gazzetta Ufficiale nel periodo di governo Letta.

Quest’ultimo esecutivo resta in carica poco più di nove mesi. Un arco temporale certamente non ampio, ma durante il quale viene emanato il d.l. n. 101/2013 (“Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni”)<sup>1315</sup> convertito in legge n. 135/2013. Il provvedimento, come ammesso dallo stesso governo che l’ha licenziato, non aveva la pretesa di realizzare una riforma epocale, ma si è limitato ad alcuni interventi settoriali. Per quanto concerne il lavoro pubblico l’intervento è stato espressamente volto al superamento del precariato, non senza presentare alcune incoerenze interne, prima fra tutte in materia di novellata disciplina del contratto a termine. Infatti il legislatore al fine di rafforzare la regola dell’assunzione con contratto a tempo indeterminato ha anteposto alla necessaria temporaneità ed eccezionalità delle ragioni che legittimano l’apposizione del termine l’avverbio esclusivamente; se nonché nel contempo ha sostituito la congiunzione “e” (temporanee e eccezionali) con la disgiuntiva “o” (temporanee o eccezionali), sì da facilitare, almeno in teoria, il ricorso a tale tipologia contrattuale. Significative sono le disposizioni per favorire la stabilizzazione del c.d. personale precario, sia riaprendo i termini dettati dalle leggi finanziarie per il 2007 ed il 2008, sia dettando nuovi criteri, tra i quali la possibilità di prorogare oltre i limiti i contratti a tempo determinato in essere al fine della successiva conversione in contratto a tempo indeterminato. Di rilievo sono

<sup>1314</sup> Con riferimento a tali interventi normativi, senza alcuna pretesa di esaustività, v. B. G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn.dir. amm.*, 2013, 795; F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell’imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn.dir. amm.*, 2013, p. 806; G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 816; B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 821.

<sup>1315</sup> Su cui v. A. TAMPIERI, *Prime osservazioni sulla legge 30 ottobre 2013, n. 125*, in *Lav.pubb.amm.*, 2013, 737 ss.

anche le disposizioni che hanno subordinato le nuove assunzioni a tempo indeterminato nelle amministrazioni centrali ad un doppio vincolo: il primo, l'aver accertato vacanze di organico, con divieto di procedere ad assunzioni nelle qualifiche e nelle aree in cui vi sia soprannumero, di per sé scontato e desumibile dai principi generali; il secondo, l'aver immesso in servizio tutti i vincitori di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato collocati nelle graduatorie vigenti<sup>1316</sup>. Si introduce, altresì, il principio – che come vedremo sarà ripreso per la dirigenza dal ddl n. 1577 – del concorso unico per il reclutamento dei dirigenti e delle figure professionali comuni a tutte le pubbliche amministrazioni; procedure previste per le amministrazioni centrali cui possono aderire anche le Regioni e gli enti locali.

## 2. Gli interventi del Governo Renzi.

Se la ricostruzione in chiave critica degli interventi antecedenti, remoti e prossimi, è di fondamentale importanza per affrontare compiutamente il tema assegnato, non meno rilevante è l'analisi critica di ciò che è avvenuto dall'insediamento dell'esecutivo in carica fino ad oggi.

Anche in materia di lavoro pubblico l'esordio del governo Renzi è mediatico e partecipativo, connotati che nel corso del tempo si andranno a declinare in una modalità sempre più mediatica e meno partecipativa. Una "campagna" che inizia con l'affermazione, peraltro comune a tutte le agende dei governi che si sono succeduti nel secondo dopoguerra, della centralità della riforma della pubblica amministrazione. L'esecutivo dichiara di voler imprimere un significativo cambio di rotta a quella che considera Un'appiattita prassi ultraventennale, caratterizzata, pur con alcune differenziazioni, da restrittive manovre di carattere economico- finanziarie e prive di un organico progetto riformatore. Il Governo esprime chiaramente l'intenzione di impegnarsi maggiormente rispetto a quanto fatto dai precedenti esecutivi.

Se questa è l'intenzione proclamata, nei fatti il nuovo Governo si trova subito di fronte ad un primo problema, in apparenza contingente, ma di ampio respiro, facilmente addebitabile alle "gestioni" precedenti: le difficoltà finanziarie del Comune di Roma e l'esigenza di un nuovo intervento urgente per evitare il *default* della Capitale. Il nuovo esecutivo, ereditando in larga parte un testo sostanzialmente confezionato da altri, emana un d.l. sugli Enti locali (d.l. 6 marzo 2014, n. 16) contenente le misure c.d. "Salva Roma-ter". Nel corpo di un decreto legge in cui si affrontano molteplici questioni (Tasi, web tax, Comune di Roma, Imu ed altre disposizioni urgenti di carattere finanziario) un apposito articolo, il 4, è dedicato alle "Misure conseguenti al mancato rispetto di vincoli finanziari posti alla contrattazione integrativa e all'utilizzo dei relativi fondi". Con tale provvedimento si è sancito l'obbligo per le Regioni e gli enti locali di recuperare integralmente le somme indebitamente erogate al personale mediante il loro graduale assorbimento nelle successive tornate contrattuali e si è stabilito per le Regioni e gli enti locali in regola con il patto di stabilità interno (nonché con le altre disposizioni in materia di contenimento delle spese del d.l. 78/2010) l'inapplicabilità del comma 3-*quinq*ues dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001 (ovvero della norma che sancisce la nullità delle clausole del contratto integrativo in contrasto con quanto disposto dalla contrattazione nazionale e dalla legge) "agli atti di utilizzo dei fondi per la contrattazione decentrata adottati anteriormente ai termini di adeguamento previsti dall'art. 65 del D.Lgs.

---

<sup>1316</sup> A questi si aggiungeva per le amministrazioni statali l'impossibilità di nuove assunzioni nel caso di mancato adeguamento alla riduzione degli organici ed alla riorganizzazione prevista dalla *spending review*.

n. 165/2001” che non abbiano comportato né il superamento dei vincoli finanziari per la loro costituzione, né il riconoscimento giudiziale della responsabilità erariale.

La prima finalità della norma era indubbiamente quella di risolvere un problema concreto e contingente, ovvero di evitare *medio tempore* (ovvero nelle more del recupero delle somme indebitamente erogate) l’attivazione di giudizi contabili e di sospendere quelli in essere<sup>1317</sup>; ciò sul presupposto di un futuro recupero a livello di amministrazione delle somme indebitamente erogate. Rimaneva però aperta la questione degli effetti della previsione sul singolo dipendente il quale nell’immediato non avrebbe più dovuto percepire somme erogate in contrasto con i vincoli finanziari e che forse in futuro avrebbe dovuto restituire in parte ciò che aveva già ricevuto. Se sul piano giuridico la questione poteva considerarsi transitoriamente congelata, sul piano politico il problema permaneva in presenza di dipendenti che non apparivano disposti né ad accettare una riduzione immediata dei propri compensi, né tantomeno a restituire quanto già percepito. Di qui una serie di successivi interventi atti a chiarire il disposto normativo. Dapprima, all’indomani della conversione in legge del d.l. n. 16 (avvenuta con legge n. 68/2014 pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 5 maggio 2014) i Ministri per gli affari regionali, per la semplificazione e la pubblica amministrazione e dell’economia e delle finanze ritenevano opportuno chiamare in causa la Conferenza Unificata affinché venissero forniti chiarimenti univoci del nuovo testo normativo. Veniva così emanata il 12 maggio un circolare con cui nell’investire di tale compito la Conferenza si rimetteva agli organi di governo degli enti “una prima valutazione delle modalità attuative” dell’art. 4 “finalizzata ad assicurare la continuità nello svolgimento dei servizi necessari e indispensabili, anche attraverso l’applicazione, in via temporanea e salvo recupero, delle clausole dei contratti collettivi vigenti, ritenuti indispensabili a tal fine”.

Una successiva circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri dell’8 agosto<sup>1318</sup>, firmata sempre dai Ministri per gli affari regionali, per la semplificazione e la pubblica amministrazione e dell’economia e delle finanze, nel fare proprie le indicazioni contenute nel documento varato dalla Conferenza Unificata il 10 luglio precedente, ha escluso nell’applicazione dei primi tre commi dell’art. 4 del d.l. 16 “in ogni caso” “la possibilità di procedere alla ripetizione dell’indebito direttamente sui dipendenti”. La circolare, come si avrà modo di riprendere anche in seguito, offre una lettura molto “libera” del dettato normativo, giungendo non solo ad escludere la ripetibilità nei confronti dei singoli lavoratori, ma lasciando aperte altre rilevanti questioni interpretative. Dunque, un *modus operandi* che non ha avuto “nulla da invidiare” all’azione dei precedenti esecutivi.

Facendo un passo indietro e riprendendo le fila del discorso dal punto in cui si è aperta la parentesi derivante dall’applicazione del d.l. n. 16/2014, il 2 aprile 2014 il Ministro Madia, nel corso dell’audizione congiunta delle commissioni I e XI della Camera dei Deputati, presentava gli obiettivi della riforma della pubblica amministrazione. In tale occasione si evidenziava la mancanza nel passato di “una visione d’insieme del modo in cui il pubblico potere, in tutte le sue articolazioni,

<sup>1317</sup> In merito condivisibilmente A. BELLAVISTA, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in M. NAPOLI e A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 423 ha attribuito alla contrattazione integrativa la responsabilità principale di aver fatto esplodere in modo del tutto incontrollato la spesa pubblica “proprio in quanto ha assunto, nella realtà effettuale, caratteristiche anomiche, al di là di ogni vincolo e prescrizione formale”.

<sup>1318</sup> Recante “Indicazioni applicative in materia di trattamento retributivo accessorio del personale di regioni ed enti locali. Articolo 4 del decreto legge 6 marzo 2014, n. 16, recante “Misure conseguenti al mancato rispetto dei vincoli finanziari posti alla contrattazione integrativa e all’utilizzo dei relativi fondi”.

debba essere organizzato per la gestione virtuosa della cosa pubblica” e si poneva in luce come il governo della pubblica amministrazione “richiede di decidere in modo semplice e chiaro alcune cose fondamentali: chi fa che cosa, come va fatto e con quali costi”. Si sottolineava, altresì, la necessità di evitare di cadere nel corso del processo riformatore in due errori: seguire formule di ragionamento basate solo su numeri, costi e voci di spesa; oppure cedere alla tentazione dell’astrattezza accademica, inseguendo teorie giuridiche o modelli economici che non tengono conto della realtà del contesto amministrativo.

Gli obiettivi della riforma erano poi riassunti in sei punti: 1) semplificare l’amministrazione, il suo linguaggio, la sua azione; 2) garantire la trasparenza con azioni concrete; 3) riportare le persone e le loro competenze al centro dell’azione amministrativa, con azioni volte a realizzare una “staffetta generazionale” e ringiovanire la P.A., offrire garanzie di assunzione ai vincitori di concorso e attribuire punteggi aggiuntivi ai precari nelle selezioni e rivedere i meccanismi della mobilità, volontaria e obbligatoria; 4) fare dei dirigenti pubblici i protagonisti della riforma, creando un corpo unitario, in competizione, con meccanismi trasparenti di affidamento degli incarichi ed aperto al contributo di professionalità provenienti dal privato; 5) conciliare i tempi di vita e garantire pari opportunità nei ruoli di vertice; 6) utilizzare il denaro dei cittadini in modo efficiente attraverso la prosecuzione della spending review e la lotta alla corruzione.

Il giorno successivo (3 aprile) era approvato in via definitiva dal Parlamento il ddl recante “Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale come legge 7 aprile 2014, n. 56, nota anche come legge Delrio. Una legge che ridisegna i confini e le competenze dell’amministrazione locale senza modificare il Titolo V della Costituzione e apparentemente senza incidere direttamente sulle regole di governo del personale.

Dopo questi primi passaggi il Governo apre la consultazione pubblica con cui intende segnare nella forma un’evidente discontinuità rispetto al passato. Il 30 aprile 2014 una “lettera aperta” del Presidente del Consiglio e del Ministro Madia, strutturata in 44 punti e rivolta a tutti i dipendenti pubblici ed a tutti i cittadini, avvia un confronto *on line*, con cui il Governo chiede suggerimenti, critiche e proposte<sup>1319</sup>. I pubblici dipendenti da fannulloni o nullafacenti<sup>1320</sup> vengono chiamati in causa quali attori privilegiati del percorso riformatore. Il messaggio offerto è chiaro ed esplicito: “non si fanno le riforme della Pubblica Amministrazione insultando i lavoratori pubblici”<sup>1321</sup>. Di evidente rilievo mediatico è anche l’indirizzo mail scelto per la risposta: [rivoluzione@governo.it](mailto:rivoluzione@governo.it). All’appello rispondono cittadini e pubblici dipendenti; ma soprattutto intervengono le organizzazioni imprenditoriali, prima fra tutte Confindustria e le organizzazioni sindacali che nelle loro indicazioni aggiungono un ulteriore punto, il 45°, con cui si evidenzia l’esigenza di riaprire la contrattazione collettiva. Alla fine le indicazioni raccolte al 30 maggio sono 39.343 e in rapida sequenza vengono collazionate in un report del 4 giugno (“Le proposte dei cittadini”).

<sup>1319</sup> In termini positivi S. CASSESE, *Rifare l’Italia? Il governo Renzi e la questione amministrativa*, in *Giorn.dir.amm.*, 2014, 785.

<sup>1320</sup> In precedenza a porre chiaramente la questione era stato P. ICHINO, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grande ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Milano, 2006. Peraltro dal punto di vista etimologico non è irrilevante sottolineare come il nullafacente evoca l’idea di qualcuno che non fa nulla, ipoteticamente anche per criticità riconducibili al dato organizzativo, mentre il fannullone è colui che volontariamente non opera.

<sup>1321</sup> Pur non nascondendo che nel pubblico impiego ci siano anche i fannulloni (“che nel pubblico impiego ci siano anche i fannulloni è fatto noto”), ma che “Compito di chi governa non è lamentarsi, ma cambiare le cose. Per questo noi, anziché cullarci nella facile denuncia, sfidiamo in positivo le lavoratrici e i lavoratori volenterosi. Siete protagonisti della riforma della Pubblica Amministrazione”.

Indi il 13 giugno il Governo predispone le misure che sono approvate dal Consiglio dei Ministri; misure che sono in parte tradotte nel d.l. 90/2014 (recante “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari”) ed in parte inserite nel ddl 1577 (“Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”) presentato al Senato il 23 luglio.

Già l’analisi stessa della struttura di ciò che è già legge e di ciò che è ancora un disegno di legge conferma che quasi tutti i punti, tranne quelli riconducibili al c.d. *open government*, sono ripresi. Il d.l. 90, in seguito convertito con modificazioni in legge n. 114/2014 (durante l’iter di conversione sono stati introdotti 13 nuovi articoli e numerosi commi), è suddiviso in quattro Titoli, a loro volta articolati in capi dedicati a specifiche materie che riprendono alcuni dei quarantaquattro punti contenuti nella lettera aperta. Il primo titolo “Misure urgenti per l’efficienza delle pubbliche amministrazioni e per il sostegno dell’occupazione” è suddiviso in due capi, il primo contenente “Misure urgenti in materia di lavoro pubblico” (artt. da 1 a 15), il secondo “Misure in materia di organizzazione della pubblica amministrazione” (artt. da 16 a 23-quinques); il secondo titolo “Interventi urgenti di semplificazione” contiene un unico capo “Accesso dei cittadini e delle imprese ai servizi delle pubbliche amministrazioni” (artt. da 24 a 28); il terzo titolo “Misure urgenti per l’incentivazione della trasparenza e correttezza delle procedure nei lavori pubblici” è suddiviso in due capi, “Misure di controllo preventivo” (art. 29) e “Misure relative all’esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture” (artt. da 30 a 37); il quarto ed ultimo titolo “Misure per lo snellimento del processo amministrativo e l’attuazione” è composto da due capi, “Processo amministrativo” e “Disposizioni per garantire l’effettività del processo telematico”. Le disposizioni in materia di lavoro sono contenute in prevalenza nel primo titolo e, segnatamente, nel capo espressamente dedicato al lavoro pubblico.

Il ddl 1577 è suddiviso in quattro capi: “Semplificazioni amministrative” (artt. 1-6); “Organizzazione” (art. 7-9); “Personale (artt. 10-11) e “Deleghe per la semplificazione normativa” (artt. 12 – 16). Le disposizioni direttamente concernenti il lavoro pubblico sono contenute non solo nel capo dedicato al Personale, ma anche negli articoli dell’ultimo capo ove, nel dettare i criteri cui si dovranno attenere le deleghe per la semplificazione normativa, sono specificati alcuni autonomi criteri per il “Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche” (cfr. art. 13). Un percorso complessivo che secondo le indicazioni contenute nel ddl dovrà essere compiuto nell’arco massimo di un biennio decorrente dall’approvazione della legge delega. Il termine per l’adozione dei decreti legislativi per il riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione è, infatti, fissato in dodici mesi decorrenti dalla scadenza della delega per l’adozione di “uno o più decreti legislativi in materia di dirigenza pubblica e di valutazione dei rendimenti dei pubblici uffici”, a propria volta da esercitare entro dodici mesi dall’entrata in vigore della legge delega. Un percorso, dunque, ben più lungo dei preventivati 100 giorni per cambiare l’Italia (cento giorni per #cambiareverso) che sono divenuti dopo l’estate 1000 giorni (“passo dopo passo: mille giorni per cambiare l’Italia”), sì da coincidere sostanzialmente con la scadenza della legislatura.

### 3. I contenuti dell’intervento normativo nell’ambito di un più ampio progetto di revisione istituzionale.

Delineato lo scenario di fondo, indicate le premesse normative lontane e quelle più vicine, la risposta alla domanda posta, ovvero quale sia la politica del Governo Renzi in materia di lavoro pubblico, deve necessariamente passare da una preliminare analisi critica delle novità normative



già approvate e di quelle proposte. L'attenzione sarà ovviamente rivolta in via principale alle disposizioni riguardanti il lavoro, con Un'analisi che, pur non potendo scendere nell'esegesi, si pone l'obiettivo di approfondirne criticamente gli aspetti qualificanti nell'ambito di una suddivisione per grandi aree tematiche<sup>1322</sup>. Ciò al fine di farne emergere gli elementi qualificanti per una lettura finale e complessiva in cui si cercherà di fornire una lettura sistematica della riforma del lavoro nell'ambito del più esteso processo riformatore.

Una riflessione che porterà a considerare non solo quanto previsto dal d.l. 90/2014 e dal disegno di legge n. 1577 ("Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"), ma anche i contenuti del ddl n. 1429 ("Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione")<sup>1323</sup>.

Due riflessioni devono essere però anteposte all'analisi dei contenuti, importanti per la loro compiuta comprensione.

Innanzitutto è evidente l'analogia tra l'azione del governo in carica e quella del Ministro Brunetta. In entrambi i casi si è scelta una doppia via, ovvero un percorso in cui si intrecciano un decreto legge contenente gli interventi più urgenti (con il Ministro Brunetta il d.l. 112/2008 assunto ai clamori della cronaca soprattutto per le disposizioni in tema di malattia) ed un più corposo disegno di legge delega (con l'esecutivo Berlusconi-ter, la legge delega 15 ed il decreto delegato 150). L'elemento aggiuntivo e qualificante offerto dal presente esecutivo è rappresentato dal fatto che i provvedimenti approvati e quelli proposti sono oggi accompagnati da un disegno di legge costituzionale recante anche la riforma della seconda parte del Titolo V della Costituzione e che nel definire il riparto di competenze tra Stato e Regioni dedica specifica attenzione anche al tema del lavoro pubblico. Il ddl n. 1429 prevede un'integrazione della lettera g) del secondo comma dell'art. 117, riconducendo espressamente nell'ambito della competenza legislativa statale anche le norme "sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale".

Vi è Un'altra significativa differenza tra l'azione dell'esecutivo in carica e di quelli che l'hanno preceduto. Mentre l'esperienza fin qui conosciuta si è caratterizzata per la predisposizione di un programma generale poi articolato in punti specifici nell'ambito di singoli progetti normativi, il governo Renzi ha agito con logica ribaltata. Ha individuato nel dettaglio gli strumenti e li ha successivamente tradotti in un testo normativo. Se si compara quanto contenuto nel decreto legge già convertito e nei disegni di legge in discussione con i punti presentati nella lettera del 30 aprile ne emerge una traduzione sostanzialmente fedele. Un approccio certamente nuovo ed incisivo, criticato a ragione per l'asserito atteggiamento di chiusura a proposte diverse, come ne è conferma la prova dei fatti da cui emerge il recepimento, peraltro non senza contraddizioni, solo di alcune limitate istanze avanzate sia da parte sindacale (soprattutto con riferimento alle disposizioni in tema di mobilità e di assegnazione di nuove mansioni, rispettivamente gli articoli 4 e 5 del

<sup>1322</sup> Con scelta consapevole non è stata delineata in questo scritto un'autonoma area di analisi riguardante le c.d. società partecipate in ragione dei molteplici profili di specificità che le riguardano meritevoli di un'autonoma relazione e di cui si farà un accenno in sede di conclusioni.

<sup>1323</sup> Approvato in data 8 agosto 2014 e trasmesso alla Camera C2613 che ha iniziato l'esame in Commissione l'11 settembre.



d.l. 90) sia nel corso del dibattito parlamentare a tutela di interessi corporativi (si veda ad esempio, l'art. 1-bis del dl 90 relativo al rifinanziamento della pensione di vecchiaia dei giornalisti).

#### 4. (Segue) Il riparto tra fonti.

##### 4.1. Il riparto tra legge e contrattazione collettiva.

Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva non è stato oggetto di esplicita considerazione da parte del decreto 90. Tuttavia, l'estensione della regolazione normativa di alcune materie, ci si riferisce in particolare alle disposizioni in tema di mobilità e di trasferimento di sede (art. 4, commi 1 e 2 del d.l. 90), comporta quale effetto un restringimento dell'ambito di libera esplicabilità della contrattazione collettiva. Ancorché questo rappresenti un effetto diretto di quanto previsto dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 secondo cui le speciali previsioni contenute nel medesimo decreto delegato "costituiscono disposizioni di carattere imperativo", sì da non poter essere derogate né in *melius*, né ovviamente in *peius* dalla contrattazione collettiva, il legislatore, forse timoroso dell'eventuale mancata tenuta del principio, ha esplicitato che "sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi" in contrasto con quanto previsto dalla legge (cfr. art. 4, comma 2.2.)<sup>1324</sup>.

Una timida apertura a favore della contrattazione collettiva si ha con riferimento all'ipotesi di assegnazione di nuove mansioni disciplinata dall'art. 5 del d.l. 90. La norma prevede che i lavoratori in disponibilità possano formulare nei sei mesi antecedenti alla scadenza del periodo di disponibilità istanza di ricollocazione anche in posizione inferiore e che la ricollocazione non possa avvenire prima dei trenta giorni anteriori alla scadenza dello stesso periodo di disponibilità. Sul piano delle forme di partecipazione sindacale il legislatore stabilisce altresì che in sede di contrattazione collettiva "possono essere stabiliti criteri generali" per l'applicazione di tali disposizioni. Il che pare riguardare principalmente la definizione dei criteri per scegliere concretamente il lavoratore o i lavoratori nel caso in cui siano avanzate più domande.

Superando la rigida previsione dell'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 165 il legislatore riconosce il diritto delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (ma sarebbe stato più corretto affermare semplicemente le organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 47 del D.Lgs. n. 165/2001) di essere consultate prima dell'emanazione da parte del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione del decreto (eventuale) di fissazione dei criteri per realizzare passaggi diretti di personale tra amministrazioni, in assenza di loro preventivo accordo, per garantire l'esercizio delle funzioni istituzionali di quelle che presentano carenze di organico. Significativa è la discontinuità lessicale tra la novella del 2014 e le modifiche normative previgenti. In particolare il confronto deve essere operato con la formulazione del d.l. n. 95/2012 che per le forme di partecipazione sindacale prevedeva l'esame (anche congiunto qualora previsto dalla contrattazione collettiva) e non la consultazione.

<sup>1324</sup> Una rilegificazione si realizza anche per quanto concerne la corresponsione dei diritti di segreteria ai segretari comunali e provinciali. L'art. 37 del CCNL 16 maggio 2001 includeva tali diritti tra le componenti della loro retribuzione; l'art. 10 del d.l. prevede che tali diritti siano integralmente attribuiti al comune o alla provincia negli enti in cui siano presenti figure dirigenziali; negli enti privi di figure dirigenziali al segretario rogante è riconosciuta una quota dei proventi in misura non superiore a un quinto dello stipendio in godimento. In merito v. anche paragrafo 8.1.

Certamente più impattanti sono le previsioni del disegno di legge n. 1577. L'art. 13 ("Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche") introduce criteri aggiuntivi e specifici rispetto a quelli "generalisti" dettati dall'art. 12 per l'adozione dei decreti legislativi di semplificazione. Si prevede, tra gli altri, la "concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa, revisione del relativo sistemi di controlli e potenziamento degli strumenti di monitoraggio sulla stessa"; "definizione delle materie escluse dalla contrattazione integrativa anche al fine di assicurare la semplificazione amministrativa, la valorizzazione del merito e la parità di trattamento tra categorie omogenee, nonché di accelerare le procedure negoziali".

Prima di esprimere giudizi definitivi occorre certamente attendere l'approvazione definitiva della legge delega e dei successivi decreti attuativi. Pare però evidente che qualora la formulazione legislativa finale si traducesse in una limitazione del ruolo regolativo della contrattazione collettiva potrebbero sorgere problemi di non facile soluzione circa la compatibilità della norma di legge con l'art. 39 della Costituzione. Cercando di ipotizzare possibili soluzioni, la limitazione e l'esclusione della competenza della contrattazione integrativa non credo possa essere ottenuta tramite un ulteriore restringimento della competenza della contrattazione nazionale, dovendo seguire altre strade. Si potrebbe pensare, in ipotesi, ad un obbligo per la contrattazione collettiva nazionale di precludere espressamente la rinegoziabilità di ciò che è stato già definito a livello nazionale, prevedendosi tuttavia alcuni specifici ambiti esclusi dal divieto, tra i quali deve essere certamente annoverata la materia del trattamento economico. Inoltre la concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa sembra implicare inevitabilmente un ripensamento della rappresentanza sindacale a livello di singola amministrazione, attesa la competenza negoziale oggi riconosciuta alle rappresentanze unitarie del personale. Ma ancor prima vi è l'esigenza di coniugare questa previsione con i principi che disciplinano la distribuzione del trattamento economico accessorio e che prevedono la costituzione di fondi a livello di ogni singola amministrazione.

Sempre nel disegno di legge delega, nella norma dedicata alla dirigenza vi è un duplice riferimento al ruolo della contrattazione collettiva, uno diretto, l'altro indiretto. Quanto al primo, nel prevedere la possibilità per ciascun dirigente di attribuire un premio monetario annuale dispone che ciò avvenga sulla base di criteri definiti nel rispetto della disciplina in materia di contrattazione collettiva e nei limiti delle disponibilità dei fondi a essa destinati. L'attenzione si rivolge immediatamente all'art. 2, comma 3, del vigente D.Lgs. n. 165/2001 ove si definisce il ruolo prioritario della contrattazione collettiva nella disciplina del trattamento economico. Il secondo riferimento sembra, invece, espressione di un principio opposto, volto a ridimensionare non solo l'autonomia delle amministrazioni nella costituzione dei fondi, ma anche quello del contratto collettivo. La formula utilizzata dal legislatore ("definizione di criteri omogenei per la disciplina dei fondi destinati alla retribuzione accessoria delle diverse amministrazioni") pare presupporre un significativo e non circoscritto intervento della fonte legislativa ed è da leggere in stretta connessione con la prevista concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa.

Non priva di significato appare poi l'attribuzione all'ARAN delle funzioni di gestione dei contratti da svolgersi di concerto con il Dipartimento della Funzione Pubblica. Una previsione considerata da alcuni quale espressione della volontà di limitare il ruolo delle organizzazioni sindacali e dei Comitati di settore, ma che in realtà pare più pragmaticamente dettata dall'esigenza di utilizzare le competenze di un organismo che nel perdurante blocco della contrattazione rischia di non essere adeguatamente utilizzato.

Ma vi è Un'altra disposizione, in apparenza concernente altro, ma che assume un valore centrale sul piano dell'assetto delle fonti, soprattutto per chi ha una certa pratica delle relazioni sindacali a livello di singola amministrazione. Il riferimento è all'art. 11 del disegno di legge ("Promozione della conciliazione dei tempi di vita e lavoro nelle amministrazioni pubbliche")<sup>1325</sup>. Se il primo comma nel prevedere l'adozione da parte delle pubbliche amministrazioni di misure organizzative per il rafforzamento dei meccanismi di flessibilità d'orario di lavoro, per l'adozione del lavoro ripartito, per l'utilizzazione delle possibilità di lavoro offerte dalla tecnologia, tra cui viene espressamente riscoperto il telelavoro, e si indicano le nuove forme del *co-working* e dello *smart-working*, pare porsi in linea di continuità con le disposizioni che attribuiscono alle prerogative unilaterali del datore di lavoro le attribuzioni in materia di organizzazione del lavoro, è del pari evidente come tale disposizione sia idonea a comprimere nella sostanza l'ambito di libera esplicabilità della contrattazione collettiva. Per fare un esempio, l'individuazione degli istituti della c.d. flessibilità oraria costituisce una materia tipicamente negoziale, riguardando diritti ed obblighi direttamente incidenti sul rapporto di lavoro, mentre l'applicazione concreta di tali istituti è rimessa alle prerogative unilaterali nell'ambito della c.d. organizzazione del lavoro; la previsione del disegno di legge delega sembra suggerire alle amministrazioni di attivarsi comunque unilateralmente, a prescindere da interventi della fonte collettiva nella stessa individuazione degli istituti. Il che è ancora più vero per quanto concerne la "utilizzazione delle possibilità che la tecnologia offre in materia di lavoro da remoto" e che sembra legarsi a doppio filo con quanto è già legge in merito alla trasferibilità dei dipendenti nei 50 Km dalla sede di lavoro e di quanto è previsto per il settore privato nel ddl n. S 1428 (c.d. Delega lavoro, ora C. 2660) in merito alla prevista revisione della disciplina dei controlli a distanza. Chi scrive non valuta negativamente l'implementazione di tali forme di lavoro "a distanza" e, più in generale, la flessibilità nell'organizzazione del lavoro. Al contrario, la valutazione è certamente positiva e deve essere letta insieme ad altre tematiche di rilievo generale (*in primis* quella dei trasporti); l'aspetto che pare presentare criticità è l'aver comunque privilegiato una decisione unilaterale delle amministrazioni rispetto a scelte negoziate. Un'affermata unilateralità che deve essere considerata anche alla luce della presupposta esigenza di omogeneità tra tutte le pubbliche amministrazioni; esigenza che – come emergerà anche in seguito – rappresenta l'aspetto caratterizzante dell'intero progetto di riforma.

Di impatto sul sistema di relazioni sindacali è anche la previsione del secondo comma del medesimo articolo 11 del disegno di legge secondo cui le amministrazioni al fine di conciliare i tempi di vita e di lavoro dei dipendenti procedono a stipulare convenzioni con asili nido e ad organizzare, anche attraverso accordi con altre amministrazioni pubbliche, servizi di supporto alla genitorialità, aperti durante i periodi di chiusura scolastica. Si tratta di materie che formano sovente oggetto di confronto in sede di contrattazione decentrata nell'ambito della più ampia tematica del welfare aziendale. Anche in questo caso il disegno di legge indica lo strumento da utilizzare (convenzioni od accordi con altre amministrazioni) non considerando (quantomeno esplicitamente) il

<sup>1325</sup> Un tema che è espressamente considerato anche dall'art. 1, co. 8, del progetto di legge C.2660 (già S.1428) ove si prevede l'emanazione di "uno o più decreti legislativi per la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" e, significativamente, si stabilisce che esso è adottato "su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto, *per i profili di rispettiva competenza*, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione" (corsivo di chi scrive). In merito v. L. CALAFÀ, *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell'austerità*, in F. CARINCI (a cura di), *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in corso di pubblicazione*.

possibile ruolo della fonte collettiva. Si consideri altresì – ampliando un po' il raggio del ragionamento – che la norma sembra limitare gli interventi alla funzione genitoriale, quando, invece, la prospettiva dovrebbe essere più ampia, comprendendo anche esigenze familiari di tipo diverso.

Una compressione del ruolo della contrattazione che trova conferma nel comma 3 dell'art. 11 ove si attribuisce ad una direttiva della Presidenza del Consiglio la definizione degli indirizzi per l'attuazione dei precedenti due commi. Se la finalità di tale previsione può essere facilmente ravvisata nella volontà di evitare ritardi nell'attuazione della norma, è altresì indubbio che gli effetti economici di tali scelte siano di competenza della contrattazione collettiva che le dovrà considerare unitamente alle altre misure di flessibilità del lavoro.

\*

In continuità con gli interventi precedenti, animata dalla volontà di razionalizzazione e di contenimento della spesa<sup>1326</sup>, si pone la previsione dell'art. 7 del d.l. 90, cui ha fatto immediatamente seguito la circolare n. 5 del 20 agosto 2014 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione. Tale norma, incidendo su quanto già concordato ai sensi dell'art. 50 del D.Lgs. n. 165/2001 tra l'ARAN e le confederazioni sindacali rappresentative, dispone un ridimensionamento delle prerogative sindacali, attraverso il dimezzamento dei contingenti complessivi di distacchi, aspettative e permessi, a decorrere dal primo settembre 2014 (alcune deroghe sono concesse per le Forze di Polizia e i Vigili del Fuoco). La rideterminazione dei distacchi è operata per ciascuna associazione sindacale, con arrotondamento delle eventuali frazioni all'unità superiore, non operando nei casi di assegnazione di un solo distacco. Una previsione di facile interpretazione che attribuisce alla contrattazione collettiva la possibilità di modificare la ripartizione dei contingenti tra le associazioni sindacali, potendosi in tale ambito definire, con invarianza di spesa, forme di utilizzo compensativo tra distacchi e permessi sindacali. In merito è da sottolineare come la circolare n. 5, con disposizione interpretativa di indubbio impatto, ha mediato rispetto alla rigidità del dettato normativo prevedendo al paragrafo 7 che la riduzione disposta dall'art. 7 del d.l. 90 non si applica ai permessi sindacali attribuiti alle RSU previsti dagli articoli 2 e 4 del CCNQ del 17 ottobre 2013<sup>1327</sup>.

\*

Una questione particolare, in parte già anticipata, riguarda gli effetti del d.l. 16/2014. Si inizia dalla fine, ovvero dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri dell'8 agosto 2014. Pare evidente che detta circolare offra una lettura del dettato normativo molto più ampia di quanto si possa dallo stesso desumere; infatti mentre quest'ultimo esclude la responsabilità per gli atti di

---

<sup>1326</sup> Così espressamente nota di lettura Senato, n. 57 dell'agosto 2014, p. 47 ove si afferma che si tratta di "norma di razionalizzazione e di riduzione della spesa pubblica dalla quale deriva, in generale e per tutte le amministrazioni pubbliche, la possibilità di impiegare un maggior numero di unità di personale nello svolgimento delle attività istituzionali con una conseguente ottimizzazione nell'impiego delle risorse umane" e con specifico riferimento al comparto Scuola afferma che "la norma determina un minore onere per supplenze".

<sup>1327</sup> Per il personale dirigenziale si richiama, invece, la previsione dell'art. 9, comma 5, del CCNQ sottoscritto il 5 maggio 2014 secondo cui laddove alla data del 30 giugno 2014 non si sia ancora proceduto alla elezione delle rappresentanze elettive, la fruizione dei permessi riconosciuti alle RSU è sospesa fino alla data di elezione delle RSU.

utilizzazione e di distribuzione dei fondi, comunque costituiti, ma non per tutti gli enti (solo per quelli che hanno rispettato il patto di stabilità e sono virtuosi nella gestione del personale), la circolare fornisce un'indicazione di non ripetibilità di carattere generale. Infatti l'art. 4 del d.l. n. 16/2014 nell'obbligare le Regioni e gli enti locali che non hanno rispettato i vincoli finanziari posti dalla contrattazione collettiva integrativa di recuperare integralmente le somme indebitamente erogate mediante il loro graduale riassorbimento, con quote annuali e per un numero massimo di annualità corrispondente a quelle in cui si è verificato il superamento di tali vincoli, ipotizza diverse modalità di recupero a seconda che le Regioni e gli enti locali abbiano o meno rispettato il patto di stabilità. Per gli enti che l'abbiano rispettato prospetta di procedere al recupero anche tramite l'utilizzo di risparmi di spesa, senza dover necessariamente procedere ad una riduzione dell'organico. Ma ciò che più rileva è che, fermo l'obbligo di recupero, si sancisce per le sole Regioni e enti locali in regola con il patto di stabilità interno, nonché con la disciplina in materia di spese ed assunzione di personale e con le disposizioni di contenimento della spesa di cui all'art. 9 del d.l. 78/2010, la non applicabilità del quinto periodo del comma 3- *quinques* dell'art. 40 del D.Lgs. n. 165/2001 agli atti di utilizzo dei fondi adottati anteriormente ai termini di adeguamento previsti dall'art. 65 del D.Lgs. n. 165/2001 (e, dunque anteriormente al 31 dicembre 2012) qualora non vi sia stato né il superamento dei vincoli finanziari per la loro costituzione, né il riconoscimento giudiziale della responsabilità erariale. La legge sancisce, dunque, solo nei confronti di tali enti l'inapplicabilità della disposizione secondo cui nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole dei contratti collettivi integrativi sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. Sotto questo profilo la circolare ministeriale dell'8 agosto pare forzare il dettato normativo; e se ciò può essere utile sul piano della responsabilità erariale per escludere la colpa grave nel caso di mancata ripetizione dell'indebito anche nelle amministrazioni non virtuose, non esclude tuttavia che in sede di ispezione possa essere seguito un diverso orientamento volto comunque a sollecitare il recupero delle somme.

A questa prima questione se ne unisce una seconda, relativa all'individuazione dell'ambito temporale di riferimento del comma 3. La norma è chiara nell'affermare che deve trattarsi di atti di utilizzo adottati anteriormente al termine di adeguamento previsto dall'art. 65 del D.Lgs. n. 165/2001; dunque di atti adottati entro il 31 dicembre 2012 (anche se il termine di adattamento è fissato entro il 31 dicembre 2011 lo stesso art. 65 prevede che in caso di mancato adeguamento i contratti integrativi cessino la loro efficacia il 31 dicembre 2012). Se il *dies ad quem* è certo, dubbi vi sono circa il *dies a quo*. La questione è se la norma si riferisca a tutti gli atti adottati prima del 31 dicembre 2012, a prescindere dal momento della loro adozione precedente, o se l'ambito temporale debba essere limitato al periodo intercorrente tra l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2009 (15 novembre 2009) ed il 31 dicembre 2012. Il problema si pone in quanto il comma 3-*quinques* dell'art. 40 è stato introdotto nel 2009 e, dunque, la circostanza che il legislatore abbia operato un esplicito riferimento a tale norma assumerebbe una precisa valenza nel senso di circoscrivere l'ambito temporale di riferimento. In senso contrario si potrebbe sostenere che la sanzione della nullità e della non applicabilità era già prevista con formulazione di analogo contenuto

dalla previgente disposizione dell'art. 40, comma 3, dello stesso D.Lgs. n. 165/2001<sup>1328</sup>. Di qui l'esigenza di privilegiare un'interpretazione sostanzialistica. Senonché a favore della tesi che limita l'ambito temporale di riferimento agli atti adottati nel periodo 15 novembre 2009-31 dicembre 2012 depone un importante principio introdotto espressamente con la riforma Brunetta. Infatti solo a seguito della novella del 2009 l'art. 40 prevede – peraltro nel corpo dello stesso comma 3-*quinques* – l'obbligo di recupero in caso di superamento dei vincoli finanziari nell'ambito della sessione negoziale successiva; ovvero solo dal 2009 si prevede lo stesso obbligo espressamente considerato nel d.l. 16/2014.

#### 4.2. Il riparto tra legge statale e legge regionale.

Si tratta di ora di chiedersi se e come i più recenti interventi abbiano inciso o siano in grado di incidere sul riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Il dibattito pregresso è stato oggetto di puntuali analisi dottrinali che si sono trovate a confrontarsi con soluzioni della Corte Costituzionale non sempre coerenti tra loro<sup>1329</sup>. Cercando di sintetizzare quanto più la questione, senza scendere nella superficialità, il punto di analisi degli interpreti è stato di definire quanta e quale parte del lavoro pubblico regionale e locale rientrasse nella voce ordinamento ed organizzazione, sì da dover essere ricondotto in forza di una lettura a contrario del vigente art. 117, lett. g) della Costituzione – che, come noto, riconduce alla competenza esclusiva statale l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali – nella competenza generale e residuale delle regioni. Non meno rilevanti sono state le questioni aperte e le soluzioni offerte sulla base dell'interpretazione della esigenza di coordinamento della spesa pubblica e del principio di imparzialità e buon andamento *ex art. 97* Costituzione.

Se si lascia il dibattito pregresso e se ne approccia uno nuovo che tenga conto degli sviluppi recenti, l'attenzione non può che essere rivolta al ddl n. 1429. Si è detto dell'integrazione della lettera g) che non può essere disgiunta da una valutazione del prospettato mutamento dell'assetto istituzionale e da alcune soluzioni contenute nel disegno di legge n. 1577.

Pare evidente che la formula "disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tesa ad assicurare l'uniformità sul territorio nazionale" non possa essere interpretata estensivamente per ricondurre nella competenza legislativa statale tutti i profili di carattere organizzativo rientranti nella c.d. macro-organizzazione (così come definita dall'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001) degli enti diversi dallo Stato e dalle amministrazioni nazionali. È vero che nel testo riformato dell'art. 117 approvato dal Senato ed ora all'esame della Camera non solo scompare la legislazione concorrente tra Stato e Regioni e sono ampliate le competenze esclusivamente statali, ma si prevede anche che lo Stato potrà esercitare una "clausola di supremazia" verso le Regioni a tutela dell'unità della Repubblica e dell'interesse nazionale. Resta tuttavia il fatto che già sul piano letterale e sistematico, secondo una interpretazione tutta interna al nuovo

<sup>1328</sup> Tale norma disponeva, infatti, che "le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate".

<sup>1329</sup> In merito v., oltre a quanto già indicato *retro* nelle note da 23 a 25, cfr. A. TROISI, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Torino, 2013, 124 ss.; e R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale. Esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Padova, 2005, sp. 151 ss.

art. 117, la materia “disciplina giuridica del lavoro” sia mantenuta distinta dalla materia ordinamento ed organizzazione, espressamente conservata alla competenza esclusiva statale solo per quanto concerne lo Stato e gli enti pubblici nazionali. Né ovviamente la clausola di supremazia può essere invocata per dettare una disciplina omogenea degli aspetti strutturali. Ciò sarebbe in palese contrasto con i principi dell'autonomia e del decentramento costituzionalmente garantiti. Vi è però un ambito oggi rientrante nella c.d. macro-organizzazione che, anche sulla scorta di alcuni arresti della Corte Costituzionale, non preclude (tanto più alla luce delle proposte modifiche dell'art. 117) una disciplina statale omogenea. Ci si riferisce alla definizione delle regole per l'attribuzione degli incarichi di maggiore rilevanza. Ed in questo senso pare dirigersi l'intero articolo 10 del ddl n. 1577 nella parte in cui prevede l'istituzione di un ruolo unico dirigenziale anche per le Regioni e gli enti locali, in cui sancisce l'interscambiabilità dei dirigenti tra i ruoli e detta norme comuni per la disciplina del conferimento degli incarichi. In questo ambito, infatti, il profilo che inerisce il dato organizzativo e quello che concerne la disciplina del rapporto di lavoro sono tra loro legati a doppio filo, in un abbraccio inscindibile e che rende difficoltoso definirne i relativi ambiti. Mi pare – e lo pongo come spunto aperto di dibattito, consapevole delle molteplici critiche che mi saranno rivolte – che la clausola di supremazia potrà essere invocata per uniformare su tutto il territorio nazionale quei profili pubblicistici più strettamente connessi al rapporto di lavoro, in particolare per quanto concerne la categoria dirigenziale, senza dover invocare un assorbimento dei profili organizzativi, sulla base di una valutazione complessiva della fattispecie, in quelli attinenti alla regolamentazione del rapporto di lavoro<sup>1330</sup>. Una soluzione cui si può giungere anche senza modificare espressamente l'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001. Se infatti per valutare l'incidenza della riforma del Titolo V del 2001 sulla disciplina del lavoro pubblico si è utilizzato un criterio interpretativo oggettivo-contenutistico in forza del quale si è ritenuto possibile “fermare, almeno *pro tempore*, le lancette dell'orologio ermeneutico al momento del varo del nuovo art. 117 Cost.”<sup>1331</sup>, oggi queste lancette paiono in procinto di muoversi. Un movimento che può condurre ad un ampliamento della competenza statale, senza dover necessariamente invocare la voce “ordinamento civile”.

#### 4.3. Definizioni di pubbliche amministrazioni e possibili ricadute sul sistema delle fonti.

Il discorso non sarebbe compiuto senza considerare quanto previsto dall'art. 8 (“Definizioni di pubbliche amministrazioni”) del ddl n. 1577 con cui – come riportato nella Relazione al provvedimento – si delimita il “perimetro pubblico” con le diverse nozioni di pubbliche amministrazioni, al fine di agevolare l'individuazione dei destinatari delle norme”. Si precisa che “le definizioni introdotte non riguardano soltanto l'ambito di applicazione della presente legge, ma anche quello di tutte le future disposizioni normative che vi faranno espresso riferimento”. “In questo modo – prosegue la Relazione – si offrirà al futuro legislatore uno spettro di definizioni di diversa am-

<sup>1330</sup> In questo senso la Corte Costituzionale con riferimento speciale disciplina dell'assunzione con contratto a termine di cui al vigente comma 6 dell'art. 19 con la sentenza 3 novembre 2010, n. 324; sia permesso in termini critici rinviare a A. BOSCATI, *Ordinamento civile per incarichi dirigenziali ad esterni e per procedure di mobilità tra enti*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, 1197 ss.; v. anche D. BOLOGNINO, *Problemi di applicabilità dell'art. 19, comma 6 e 6 bis, alle Regioni ed agli Enti locali in uno Stato multilivello*, in *Lav.pubb.amm.*, 2011, 144 ss.. In merito v. per l'affermazione della competenza statale Corte Cost. 28 marzo 2014, n. 61; Corte Cost. 6 luglio 2012, n. 2012.

<sup>1331</sup> F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg.dir.lav.*, 2003, 67; e dello stesso A. v. anche *Una riforma “conclusa”*. *Fra norma scritta e prassi applicativa*, in F. CARINCI e L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, vol. V., Torino, 2004, LXI.



piezza, che gli consentiranno di scegliere consapevolmente l'ambito di applicazione delle disposizioni normative in materia, in relazione alla logica e allo scopo delle norme". Si prevedono così sette definizioni di amministrazione, variamente articolate, secondo un modello "matrioska" per cui alcune sono sintesi di altre: amministrazioni statali, amministrazioni nazionali, amministrazioni territoriali, amministrazioni di istruzione e cultura, amministrazioni pubbliche, soggetti di rilievo pubblico e organismi privati di interesse pubblico. Vengono poi fatti salvi i riferimenti ad altri elenchi e definizioni redatti a fini specifici o per l'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica.

Il dibattito fino ad ora si è concentrato sulle inclusioni / esclusioni operate con riferimento ad ogni singola definizione. Si tratta certamente di un aspetto importante e rispetto al quale anche le Università hanno espresso criticamente il proprio punto di vista (segnatamente con riguardo alla diversa collocazione tra Università pubbliche ed Università private). Posto che le definizioni proposte assumono valore generale, è indubbio che vi siano alcune specificità che ricadono anche sul lavoro pubblico.

La prima attiene al rapporto tra le definizioni dell'art. 8 del disegno di legge e quanto disposto dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 con cui, come noto, si definisce l'ambito oggettivo di applicazione del D.Lgs. n. 165/2001. La soluzione è in apparenza semplice: poiché nella definizione di "amministrazioni pubbliche" di cui alla lettera e) dell'art. 8 sono comprese le "amministrazioni nazionali, quelle territoriali, quelle di istruzione e cultura, nonché gli ordini professionali" si può sostenere una coincidenza tra tali amministrazioni e quelle indicate al citato art. 1, comma 2. Dal punto di vista descrittivo oggi è così, ma dal punto di vista giuridico si apre la via a possibili differenziazioni di disciplina; il che, con tutta evidenza, può essere sia positivo, sia negativo, "dipendendo dall'uso che se ne fa".

La seconda, di portata certamente maggiore, attiene all'impatto che le nuove definizioni legislative hanno sulla contrattazione collettiva e, più precisamente, sull'ambito soggettivo della stessa. Come noto, la disciplina vigente nel demandare ad un accordo quadro la definizione dei comparti pone una doppia regola. L'art. 40, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 prevede che siano definiti fino ad un massimo di quattro comparti di contrattazione collettiva nazionale, cui corrispondono non più di quattro separate aree per la dirigenza. L'art. 41, commi 2 e 3 dello stesso decreto 165, individua chi opera come Comitato di settore fornendo alcune precise indicazioni circa l'ambito dei comparti e delle aree. Si prevede, infatti, la costituzione di tre Comitati di Settore: un Comitato nell'ambito della Conferenza delle regioni e che esercita i propri compiti per le regioni, i relativi enti dipendenti e le amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale; un secondo costituito nell'ambito dell'ANCI, dell'UPI e dell'Unioncamere e che esercita le proprie competenze per i dipendenti degli enti locali, delle Camere di Commercio e dei Segretari comunali e provinciali; infine per tutte le altre amministrazioni opera come Comitato il Presidente del Consiglio dei Ministri tramite il Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia. Per assicurare le specificità delle diverse amministrazioni e categorie di personale ivi impiegate devono esser sentiti i ministeri di riferimento e/o le istanze rappresentative delle varie amministrazioni<sup>1332</sup>.

<sup>1332</sup> Sui comitati di settore v. M. D'ONGHIA, *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitato di settore e ARAN*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 373 ss.



L'elemento che emerge evidente se si comparano le definizioni contenute nel disegno di legge con quelle del decreto 165 appena richiamate è il numero quattro, ovvero la coincidenza tra il numero massimo di comparti previsti dalla vigente disciplina del decreto 165 ed il numero di articolazioni interne contenute nella definizione di amministrazioni pubbliche dall'art 8 del ddl [cfr. lett.e) prima citata]. Il che porta a ritenere che la definizione legislativa del ddl possa avere una significativa influenza sulla determinazione dei comparti da parte del futuro accordo quadro. Anche perché si potrebbe considerare non lineare un sistema in cui l'ambito di applicazione di alcune specifiche disposizioni normative non coincida con quello negoziale.

Sullo sfondo vi è però un altro e più complesso tema: l'incidenza che tutto ciò ha sul tema della rappresentatività sindacale, atteso che in base alla disciplina vigente questa viene misurata a livello di comparto. Non è escluso, ed anzi è probabile, che la scelta delle parti negoziali, volta a contemperare le istanze delle varie anime dell'ampio comparto, possa essere nel senso di far rivivere all'interno dei contratti di comparto delle apposite sezioni con cui, dopo una prima parte comune, si detti una disciplina particolare per certe categorie. Rimane però la questione che la rappresentatività è misurata a livello di comparto, con la probabile conseguenza che alcuni sindacati con disomogenea presenza possano non raggiungere la fatidica soglia del 5%, con l'effetto di non avere la forza di poter neppure presentare le proprie istanze.

## 5. (Segue) Disposizioni riferibili all'assunzione di personale.

Il tema dell'assunzione del personale è affrontato in maniera pressoché esclusiva nel d.l. n. 90, fatto salvo quanto si dirà per la dirigenza. La parola d'ordine dell'esecutivo è di garantire la c.d. staffetta generazionale. A tal fine si prevede l'abolizione del trattenimento in servizio<sup>1333</sup>, l'ampliamento della facoltà dell'amministrazione di risolvere unilateralmente i rapporti di lavoro, compresi quelli dei dirigenti<sup>1334</sup>, nonché l'allentamento del *turn over* (cfr. artt. 1 e 3 d.l. 90). Sotto quest'ultimo profilo viene meno il vincolo relativo alla percentuale delle unità cessate nell'anno

<sup>1333</sup> Come noto, tale istituto era stato introdotto dall'art. 16 del D.Lgs. n. 503/1992 con cui si prevedeva la possibilità per i dipendenti pubblici di permanere in servizio per un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo; in seguito l'art. 72, commi 7-10 del d.l. n. 112/2008 ha escluso che la permanenza in servizio potesse configurarsi in termini di diritto soggettivo, rimettendo la valutazione della domanda del dipendente alla pubblica amministrazione di appartenenza in ragione delle proprie esigenze organizzative e funzionali; in seguito l'art. 9, comma 31, del d.l. n. 78/2010 ha stabilito che i trattenimenti in servizio possono essere disposti esclusivamente nell'ambito delle facoltà assunzionali previste consentite dalla legislazione vigente in base alle cessazioni del personale e con il rispetto delle relative procedure autorizzatorie.

<sup>1334</sup> È stato riscritto l'art. 72, comma 11, del d.l. n. 112/2008 prevedendosi che le pubbliche amministrazioni, con decisione motivata con riferimento alle esigenze organizzative e ai criteri di scelta applicati e senza pregiudizio per la funzionale erogazione dei servizi, a decorrere dalla maturazione del requisito di anzianità contributiva per l'accesso al pensionamento (attualmente pari a 42 anni e 6 mesi per gli uomini e 41 anni e 6 mesi per le donne) e non prima del compimento dei 62 anni di età (al di sotto della quale opererebbero riduzioni percentuali del trattamento pensionistico), possono risolvere il rapporto di lavoro con un preavviso di sei mesi. In origine nel 2008 si era introdotta la facoltà per le pubbliche amministrazioni per il triennio 2009-2011 di risolvere unilateralmente il rapporto con il preavviso di sei mesi nei confronti del personale (compresi i dirigenti) che avessero maturato un'anzianità contributiva di 40 anni. Con legge 15/2009 si è disposto che l'istituto si applicasse non al compimento dell'anzianità massima contributiva di 40 anni, bensì al compimento dell'anzianità massima di servizio effettivo di 40 anni. L'art. 16, co. 16, del d.l. n. 98/2011 ha escluso la necessità dell'obbligo di motivazione di ciascun provvedimento qualora l'amministrazione avesse preventivamente determinato in via generale appositi criteri applicativi con atto di organizzazione interna; in seguito con l'art. 1, co. 16, del d.l. n. 138/2011 l'applicazione dell'istituto è stata prorogata per il triennio 2012-2014.

In dottrina v., con riguardo alla prima formulazione della norma D. CASALE, *Il licenziamento del personale pubblico (dirigente) con quaranta anni di anni di anzianità contributiva ex art. 72 d.l. n. 112/2008*, in *Lav.pubb.amm.*, 2008, 1058 ss.

precedente (c.d. limite capitario), mantenendosi solo quello legato alla percentuale di risparmi da cessazione. Del pari innovativa è la previsione che subordina anche le nuove assunzioni a tempo determinato per un periodo superiore a dodici mesi alla verificata impossibilità di ricollocare il personale in disponibilità<sup>1335</sup>. Un personale che può essere utilizzato anche in comando e che può avvalersi delle disposizioni dell'art. 23-bis del D.Lgs. n. 165/2001, ovvero della mobilità tra pubblico e privato.

In continuità con la legislazione vigente (cfr. art. 35, comma 3-bis, D.Lgs. n. 165/2001) si pone il criterio direttivo dell'art. 13, comma 1, lett. a) del ddl n. 1577 che prevede il riconoscimento nei concorsi pubblici della professionalità acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con pubbliche amministrazioni. In evidente discontinuità si pongono, invece, i criteri della successiva lettera b), primo fra tutti l'accentramento dei concorsi per tutte le pubbliche amministrazioni, con cui si estende a tutto il personale quanto previsto specificamente per la dirigenza, con una significativa deroga per gli enti locali (per la gestione dei relativi concorsi sono indicati la provincia o gli enti che le succedono ai sensi della legge Delrio), nonché la previsione della revisione delle modalità di espletamento dei concorsi, la definizione di limiti assoluti e percentuali, in relazione al numero dei posti banditi, di idonei non vincitori inseribili in graduatoria, e la riduzione dei termini di validità delle graduatorie. Espressione di una visione unitaria della pubblica amministrazione anche in una logica di razionalizzazione funzionale al contenimento della spesa sono i criteri volti a prevedere la rilevazione delle competenze dei lavoratori pubblici (lett. e)<sup>1336</sup>, la definizione di obiettivi di contenimento delle assunzioni, differenziati in base agli effettivi fabbisogni (lett. f)<sup>1337</sup>, nonché il progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni anche al fine di facilitare i processi di mobilità (lett. g).

Se si leggono criticamente le previsioni del decreto 90, l'impressione è che un ricambio di personale vi sarà, forse generazionale, difficilmente una staffetta. Il fatto che vi sarà un ricambio è nelle cose, fisiologico, anche perché l'istituto del trattenimento in servizio era già stato notevolmente ridimensionato dalla previsione di carattere finanziario che la equiparava ad una nuova assunzione; semmai occorre chiedersi se vi saranno i numeri per poter parlare di una reale staffetta, con prognosi secondo cui i dati reali dimostreranno effetti ben al di sotto delle aspettative. Più di una perplessità risiede anche nella possibilità che il ricambio (o la staffetta) sia effettivamente generazionale. Le previsioni introdotte dal governo Renzi devono essere, infatti, considerate in stretta connessione con quelle introdotte dal precedente esecutivo Letta con il d.l. 101/2013, segnatamente la riapertura delle procedure di stabilizzazione; la proroga della validità delle gra-

<sup>1335</sup> È stata altresì estesa agli enti locali (cfr. art. 3, comma 5-ter) la previsione dell'art. 4, comma 3, del d.l. n. 101/2013 che subordina l'avvio di nuove procedure concorsuali alla verifica dell'esaurimento delle graduatorie (più precisamente avvenuta immissione in servizio presso l'amministrazione di tutti i vincitori collocati nelle proprie graduatorie vigenti di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica "salve comprovate non temporanee necessità organizzative adeguatamente motivate", nonché assenza nella stessa amministrazione di idonei collocati nelle proprie graduatorie vigenti e approvate a partire dal 1° gennaio 2007, relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza).

<sup>1336</sup> La disposizione nel prevedere una mappatura delle competenze ricorda il "Civil Service Reform Plan" elaborato dal governo Cameron nel 2012.

<sup>1337</sup> In questo senso le aperture al *turn over* previste dal d.l. 90 si configurano come un'anticipazione di tale principio.

duatorie, subordinando l'indizione di nuovi concorsi all'assunzione di tutti i vincitori e alla mancanza di idonei in graduatorie vigenti e approvate successivamente al 1° gennaio 2007 relative alle professionalità necessarie anche sulla base di un criterio di equivalenza; la previsione di una possibile riserva di posti a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato con tre anni di servizio presso l'amministrazione che bandisce. Si tratta di disposizioni che, ancorché diversamente valutate dalla dottrina, hanno un ambito di applicazione mirato e circoscritto a superare il fenomeno del c.d. precariato, sì da riferirsi a soggetti con età anagrafica non sempre giovane. A ciò si aggiunge (e si conferma) l'obbligo prioritario delle amministrazioni di riassorbire i lavoratori in disponibilità, anch'essi con tutta evidenza non giovani. Un vincolo che il d.l. 90 ha esteso anche per le assunzioni a tempo determinato per un periodo superiore ai dodici mesi<sup>1338</sup>.

L'impressione che ne deriva è che il d.l. 90 abbia operato in relazione al tema assunzioni, nonostante i proclami, secondo una logica emergenziale, in cui le esigenze di contenimento della spesa hanno prevalso, anche se occorrerà aspettare i conti del prossimo futuro per accertare se vi sarà un effettivo contenimento<sup>1339</sup>. In ogni caso emblematica della spasmodica attenzione ai conti è la questione riferita alla c.d. quota 96 per la Scuola, prima proposta e poi ritirata per mancanza di copertura finanziaria<sup>1340</sup> al pari della nota questione relativa al prepensionamento forzato dei professori universitari. Ciò non toglie che vi siano alcuni profili certamente apprezzabili, primo fra tutti l'allentamento del *turn over*, con aperture particolari per gli enti locali e il riferimento per il calcolo degli assumibili non alla percentuale di personale cessato, bensì alla spesa relativa al personale cessato. Ciò può comportare sia un numero di assunzioni di personale a tempo indeterminato percentualmente superiore a quello cessato, sia assunzioni con professionalità più elevate rispetto a quelle del personale cessato.

Un giudizio decisamente positivo meritano, invece, i principi contenuti nel ddl delega. La previsione del riconoscimento nei concorsi pubblici della professionalità acquista da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le pubbliche amministrazioni merita certamente apprezzamento. Quella che in base alla disciplina vigente è una mera possibilità diviene un obbligo. È del pari significativo che si faccia riferimento alla professionalità acquista presso amministrazioni pubbliche e non presso quella che bandisce, ciò in un'ottica effettivamente selettiva che tralasci valutazioni troppo domestiche. È, altresì, auspicabile che la nozione rapporto di lavoro flessibile sia intesa in senso lato, con riferimento anche ai rapporti di lavoro autonomo (o meglio di collaborazione).

Un giudizio positivo deve essere espresso anche con riguardo alla postulata revisione delle modalità di espletamento dei concorsi. Senza seguire inutili speculazioni volte ad enfatizzare le patologie dello strumento concorso e limitandosi ad una riflessione che abbia riguardo alla fisiologia,

<sup>1338</sup> Con specifico riguardo alle assunzioni a tempo determinato l'art. 5, co. 1, lett. c), nel novellare il sesto comma dell'art. 34 del D.Lgs. n. 165/2001 prevede che le nuove assunzioni a tempo determinato per un periodo superiore a dodici mesi sono subordinate alla verificata impossibilità di ricollocare il personale in disponibilità iscritto nell'apposito elenco.

<sup>1339</sup> La relazione tecnica al ddl di conversione del decreto 90 ha, infatti, sottolineato i maggiori oneri previdenziali derivanti per l'anticipo dell'erogazione delle pensioni e dei trattamenti di fine servizio.

<sup>1340</sup> L'art. 1-bis ("Disposizioni per il ricambio generazionale nel comparto della scuola") inserito nel ddl n. 1582 e poi stralciato aveva previsto che un contingente massimo di 4000 unità del personale della scuola (coloro che avevano maturato i requisiti previgenti entro l'a.s. 2011-2012) potesse usufruire della disciplina pensionistica previgente alla riforma del 2011 per quanto concerne i requisiti per le pensioni di vecchiaia e di anzianità, ivi compreso l'istituto delle c.d. finestre.

pare ormai abbastanza condiviso che le modalità per l'espletamento delle procedure concorsuali consolidate negli anni siano divenute obsolete. Bisognerebbe passare da un modello che privilegia nozioni amministrativo-contabili ad un modello volto a valutare l'attitudine allo svolgimento di compiti operativi e gestionali. Si potrebbe così ipotizzare una prima fase selettiva finalizzata all'accertamento in capo al candidato del possesso di adeguate nozioni, cui far seguire una valutazione delle capacità relazionali e collaborative, propedeutiche allo svolgimento delle prove d'esame di carattere prettamente pratico.

La prevista riduzione dei termini di validità delle graduatorie merita anch'essa certamente apprezzamento. Sul punto sarebbe però forse opportuno preliminarmente ricordare che una ragionevole disciplina a regime è già presente. L'art. 35, comma 5-ter del D.Lgs. n. 165/2001 indica per le graduatorie un periodo di vigenza triennale, decorrente dalla data della pubblicazione, essendo, peraltro, previsto che le leggi regionali possano stabilire periodi di vigenza inferiori. Tale disposizione non deve essere confusa e sovrapposta con la disciplina eccezionale e transitoria che attraverso successivi interventi normativi di proroga è giunta a "mantenere in vita" graduatorie ultradecennali, ovvero anche graduatorie formati a seguito di concorsi banditi con regole diverse (e, dunque, meno rigorose) di quelle introdotte dalla riforma Brunetta. Connessa con la riduzione del periodo di vigenza delle graduatorie è il previsto ridimensionamento della figura dell'idoneo non vincitore. Una previsione che deve essere considerata alla luce dell'obbligo giuridico introdotto dal d.l. 101/2013 di esaurire le graduatorie prima di procedere a nuove procedure concorsuali.

L'impressione che si ricava da una lettura complessiva di queste norme è la convergenza della logica sottesa alla riforma del lavoro pubblico e di quello privato. Se nel settore pubblico è, infatti, chiara la volontà di incrementare l'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione tramite l'immissione a tempo indeterminato di nuovo personale (non necessariamente diverso per quanto abbiamo fin qui detto), senza incrementare gli organici, analogamente nel settore privato le proposte di riforme *in itinere* più che a puntare ad un incremento occupazionale immediato in termini assoluti, mirano ad un incremento della produttività del singolo lavoratore, vista e considerata quale preconditione per il rilancio dell'economia e, dunque, per nuove assunzioni.

Del pari rilevante è la previsione di una mappatura delle competenze. È evidente il rilievo strumentale di tale mappatura per l'attivazione dei processi di mobilità nell'ambito dei processi di riorganizzazione. Una previsione che si lega, dunque, a doppio filo con le novità già introdotte dagli articoli 4 e 5 del d.l. 90, ma anche con la futura programmazione delle assunzioni.

Strettamente connessa alla finalità del c.d. ricambio generazionale, condividendone la stessa filosofia di fondo, è la previsione di una formazione obbligatoria sia per i neo-assunti sia per tutti gli altri dipendenti. Si tratta di un profilo certamente importante, sempre ribadito da parte di tutti gli interventi di riforma, ma sempre scarsamente effettivo e che sconta nella recente riforma un evidente limite di fondo, ovvero che la formazione non deve comportare costi aggiuntivi. Il che francamente stride con l'esigenza di innovazione, non apparendo sufficiente l'accorpamento delle Scuole di formazione esistenti nella SNA<sup>1341</sup> per garantire una generalizzata formazione di

<sup>1341</sup> Tutti gli organismi coinvolti dal riordino compongono il Sistema unico del reclutamento e della formazione pubblica istituito dal regolamento adottato con D.P.R. n. 70/2013 in attuazione dell'art. 11, co. 1, del d.l. n. 95/2012 con cui si era inteso creare un meccanismo di coordinamento delle risorse e delle attività delle Scuole coinvolte.

qualità senza incremento della spesa. A questa prima perplessità se ne affianca Un'altra, cioè quanto un progetto formativo definito centralmente da un unico organismo riesca a cogliere le specifiche esigenze delle molteplici realtà di riferimento. Ma forse l'obiettivo è proprio quello di una uniformità formativa funzionale ad un potenziale interscambio di personale tra le amministrazioni. In ogni caso in una logica di assunzione e di formazione mirata dei giovani sarebbe opportuno considerare anche le opportunità fornite dal contratto di apprendistato quale strumento per l'inserimento di nuove leve all'interno delle pubbliche amministrazioni. Non si tratterebbe, con tutta evidenza, di una apertura alla flessibilità, ma di una apertura alla formazione sulla base di un coerente connubio tra lavoro e formazione, non solo teorica, ma soprattutto pratica.

Con specifico riguardo alle tipologie contrattuali flessibili ormai è storia l'obbligo previsto dall'art. 86, comma 6, del D.Lgs. n. 276/2003 con cui si prevedeva, previo confronto tra il Ministro per la Funzione Pubblica e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, la predisposizione di provvedimenti legislativi volti all'armonizzazione della disciplina tra privato e pubblico. Una storia che ha visto quali sviluppi successivi una legge Fornero del 2012 che ha riproposto il tema del coordinamento, senza risolverlo, e più recentemente una riforma dell'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001 da parte del d.l. 101 del 2013 con cui si è rafforzata la specialità di disciplina relativa alla possibile utilizzazione di contratti di lavoro flessibile. Ciò non toglie che un intervento sia necessario anche perché il ddl n. 1577 all'art. 11, fa riferimento ad una tipologia contrattuale, il lavoro ripartito, disciplinato dalla c.d. Legge Biagi (artt. 41 ss.) e fino ad oggi ritenuto non applicabile al lavoro pubblico. L'intervento del legislatore pare indefettibile non solo per fare chiarezza circa le tipologie contrattuali utilizzabili nel settore pubblico, ma anche per quanto concerne le conseguenze derivanti dall'accertata illegittimità del contratto flessibile. La disciplina vigente si limita ad affermare che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni "ferma restando ogni responsabilità e sanzione" (cfr. art. 36, co. 5, D.Lgs. n. 165/2001). Se il divieto di conversione è considerato espressione del principio dell'accesso per concorso all'accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni, resta aperta la questione relativa alla sanzione applicabile. La norma, infatti, si limita a prefigurare le sanzioni nei confronti del dirigente che abbia illegittimamente operato, ma non dice nulla per quanto concerne la tutela da riconoscere al lavoratore. Di qui diverse soluzioni espresse in giurisprudenza, relative soprattutto alle ipotesi di illegittimi contratti a termini, con decisioni che spaziano dal riconoscere l'applicabilità dell'art. 32, co. 5, del Collegato lavoro al diritto del lavoratore di vedersi riconosciuto un risarcimento pari al tempo verosimilmente necessario per trovare una nuova occupazione<sup>1342</sup>.

<sup>1342</sup> Nel primo senso v. Cass. 21 agosto 2013, n. 19371; nel secondo senso Cass. 2 dicembre 2013, n. 26951; sulla legittimità di una disciplina nazionale che, nel caso di utilizzo abusivo da parte di un datore di lavoro pubblico di una successione di contratti a termine, preveda solo il diritto per il lavoratore interessato ad ottenere il risarcimento del danno v. Corte di Giustizia (ord.), 12 dicembre 2013, C-50/2013, tutte in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, II, 75, con ampia nota (cui si rinvia per ulteriori riferimenti) di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*, pag. 86 ss. critica rispetto alla soluzione offerta dal giudice comunitario. Per una completa disamina di tutte le problematiche relative all'utilizzo delle tipologie flessibili nel lavoro pubblico v. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Bari, 2013, 316.

## 6. (Segue) Disposizioni in materia di gestione del rapporto di lavoro.

In materia di gestione del rapporto di lavoro le novità certamente più rilevanti sono quelle contenute negli articoli 4 e 5 del decreto 90, di cui alcuni profili sono già stati anticipati.

L'art. 4 disciplina due diversi istituti: la mobilità e il trasferimento geografico del lavoratore<sup>1343</sup>.

Quanto alla mobilità, occorre differenziare tra il *restyling* della previgente disciplina della mobilità volontaria e la nuova disciplina della mobilità tra sedi centrali di ministeri, agenzie ed enti pubblici nazionali<sup>1344</sup>.

Quanto alla prima, ancorché la norma non parli più espressamente di cessione del contratto, si deve comunque ritenere che l'esigenza di tre consensi, dell'amministrazione di appartenenza (oggi espressamente definito come preventivo rispetto alla proposizione della domanda: "previo assenso dell'amministrazione di appartenenza"), di quella di destinazione e del lavoratore, riconduca inevitabilmente la fattispecie entro la figura legale della cessione del contratto. Rispetto alla previsione precedente che si limitava a stabilire l'obbligo per l'amministrazione di rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico, la nuova disposizione stabilisce che le amministrazioni, previa definizione dei requisiti e delle competenze professionali richieste<sup>1345</sup>, debbano adottare un bando, da pubblicare sul sito istituzionale per un periodo pari ad almeno trenta giorni. Il bando deve contenere l'indicazione dei posti che si intendono ricoprire e deve indicare i requisiti da possedere per poter beneficiare del trasferimento.

Assume altresì rilievo la circostanza che la nuova formulazione della norma si riferisca al passaggio di dipendenti appartenenti a "una qualifica corrispondente" e non "alla stessa qualifica". Ciò porta, infatti, a superare le residuali resistenze di chi leggeva l'art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001 come disposizione concernente la sola mobilità compartimentale, proprio sul presupposto formale del riferirsi alla stessa qualifica<sup>1346</sup>. Del resto nel senso del definitivo superamento di una visione meramente compartimentale della mobilità depone anche l'accelerazione impressa all'attuazione dell'art. 29-bis del D.Lgs. n. 165/2001, ovvero alla disposizione che prevede l'adozione di una tabella di equiparazione fra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi dei diversi comparti di contrattazione (cfr. art. 4, co. 3, d.l. 90). Semmai con riferimento a tale previsione la questione che si pone, già sollevata all'indomani della sua introduzione da parte della novella del 2009, attiene al potenziale contrasto con la competenza della contrattazione collettiva in materia di inquadramento ai sensi del sesto comma dell'art. 52 del D.Lgs. n. 165/2001.

<sup>1343</sup> Con riguardo alla previgente disciplina v. F. BASENGHI, *La mobilità del dipendente pubblico*, in L. FIORILLO e A. PERULLI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2013, 449 ss.

<sup>1344</sup> Per un commento della disciplina risultante dalla novella del 2009 v. A. RICCOBONO, *La nuova disciplina della mobilità volontaria*, in M. NAPOLI e A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 139 ss. e M. MONTINI, *La mobilità e il reclutamento del personale*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 281 ss.

<sup>1345</sup> Tale specificazione è stata introdotta in sede di conversione quale effetto dell'accoglimento di una proposta di modifica delle parti sindacali, in luogo della precedente con cui si disponeva che dovessero essere previamente individuati i criteri di scelta. Peraltro anche in assenza di una specifica indicazione normativa si ritiene che l'amministrazione non possa prescindere anche da un preventiva determinazione dei criteri di scelta, al fine di individuare il dipendente che usufruirà del passaggio nel caso in cui siano state formulate più domande.

<sup>1346</sup> Peraltro è bene sottolineare come dal punto di vista rigorosamente letterale il termine qualifica non sia presente nei modelli contrattuali di inquadramento del lavoro pubblico, articolati in categorie/aree, posizioni economiche e profili professionali.

La seconda, di cui viene esplicitamente sancita la natura temporanea (“In via sperimentale e fino all’introduzione di nuove procedure per la determinazione dei fabbisogni standard di personale delle amministrazioni pubbliche”), ha un ambito di applicazione limitato al “trasferimento tra sedi centrali di differenti ministeri, agenzie ed enti pubblici non economici”. L’elemento di diversificazione è dato dal fatto che non è richiesto l’assenso dell’amministrazione di appartenenza, sì da non potersi parlare in questo caso di cessione del contratto. Si dispone, infatti, che, ferma la domanda del dipendente, gli spostamenti tra sedi centrali sono disposti entro due mesi dalla richiesta dell’amministrazione di destinazione, fatti salvi i termini di preavviso ed a condizione che l’amministrazione di destinazione abbia una percentuale di posti vacanti superiore all’amministrazione di appartenenza. La finalità della norma è evidente: coniugare l’aspettativa del dipendente di trasferirsi presso Un’altra amministrazione con l’esigenza di un riequilibrio degli organici tra le varie amministrazioni. Una mobilità che nelle intenzioni del legislatore verrà agevolata tramite l’istituzione presso il Dipartimento della Funzione Pubblica di un portale finalizzato all’incontro tra la domanda e l’offerta di mobilità.

Il comma 1-*bis* dello stesso articolo 4, introdotto in sede di conversione, prevede che l’amministrazione di destinazione provvede alla riqualificazione dei dipendenti di cui è accolta la domanda di trasferimento “eventualmente avvalendosi, ove sia necessario predisporre percorsi specifici o settoriali di formazione, della Scuola nazionale dell’amministrazione”. La lettura complessiva evidenzia se non una palese contraddittorietà comunque una disarmonia. Se la preventiva definizione dei requisiti e delle competenze professionali richieste è stata introdotta in quanto volta ad evitare che potessero usufruire della mobilità soggetti portatori di competenze e professionalità non funzionali all’esigenza dell’ente (e, quindi, nella sostanza per responsabilizzare la scelta dell’amministrazione), non si comprende la previsione della riqualificazione dei dipendenti la cui domanda è stata accolta. Dovrebbe essere evidente che se i lavoratori non posseggono un’idonea competenza non dovrebbero essere neppure scelti. Tuttavia la previsione pare assumere rilievo non tanto quale opportunità per la mobilità volontaria, quanto per quella, oggi sperimentale, finalizzata ad un riequilibrio degli organici, permettendo tramite processi di riqualificazione di risolvere situazioni di carenza d’organico. A questa prima considerazione se ne aggiunge una seconda. Il legislatore introduce il principio per cui l’attività di riqualificazione è onere dell’amministrazione di destinazione, potendosi solo in casi specifici e mirati ricorrere all’azione della SNA: ne consegue, quindi, che l’effettiva formazione è rimessa quanto a tempi e modalità al singolo ente, con tutti i limiti che questa soluzione presenta.

La disposizione relativa al nuovo trasferimento geografico del lavoratore è tra quelle che ha sollevato maggiori critiche. Il testo risultante a seguito della conversione del decreto-legge prevede che i lavoratori, compresi i dirigenti atteso che la norma si riferisce “globalmente” ai rapporti di cui all’art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, possano essere trasferiti all’interno della stessa amministrazione, o previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altra amministrazione, in sedi collocate nel territorio dello stesso comune, ovvero a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede cui sono adibiti<sup>1347</sup>. La norma afferma espressamente che il trasferimento

---

<sup>1347</sup> Opportunamente in sede di approvazione definitiva è stata superata l’originaria formulazione del decreto-legge che per addivenire alla stessa soluzione affermava che dovevano considerarsi quale unità produttiva ai sensi dell’art. 2103 cod.civ. le sedi delle amministrazioni collocate nel territorio dello stesso comune e le sedi collocate ad una distanza non superiore ai cinquanta chilometri dalla sede in cui il dipendente è adibito.



dei dipendenti possa essere disposto anche in assenza di “comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive” (si dispone, infatti, che “Ai fini del presente comma non si applica il terzo periodo del primo comma dell’art. 2103 del codice civile”). Un rafforzamento dell’unilateralità dei poteri datoriali che ha comportato l’esplicita abrogazione dal comma 29 dell’art. 1 del d.l. 138/2011 (convertito con modificazioni in l. n. 148/2011); quest’ultima norma nel prevedere l’obbligo per i dipendenti di effettuare la prestazione in luogo di lavoro e sedi diversi sulla base di motivate esigenze tecniche, organizzative e produttive, con riferimento ai piani della performance o ai piani di razionalizzazione, attribuiva alla contrattazione collettiva il compito di definirne criteri ed ambiti (“secondo criteri ed ambiti regolati dalla contrattazione collettiva di comparto”).

Un’espressa previsione di tutela è stata introdotta in sede di conversione del decreto per i dipendenti con figli di età inferiore ai tre anni che abbiano diritto al congedo parentale e per i dipendenti che assistono persone con handicap in situazione di gravità, non ricoverate a tempo pieno in una struttura. In questi casi il trasferimento in altra sede è subordinato al loro consenso, con previsione che riprende quanto già previsto in via generale per tutti i trasferimenti dall’art. 33, comma 5, della legge 104/1992.

A questo primo vincolo se ne deve aggiungere un secondo concernente i dirigenti sindacali. La disposizione in esame, infatti, non deroga alla previsione dell’art. 22 dello Statuto dei lavoratori secondo cui i dirigenti sindacali possono essere trasferiti solo con il consenso delle organizzazioni sindacali di appartenenza.

È peraltro evidente che il trasferimento geografico possa essere comunque disposto solo nel rispetto dell’equivalenza delle mansioni assegnate, dovendosi a tal fine far riferimento a quanto previsto dall’art. 52, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 e dal sistema di inquadramento definito dalla contrattazione collettiva.

Se la novella della disciplina del trasferimento nell’ambito della stessa amministrazione ha la finalità immediata di superare alcune ingessature dell’esistente (segnatamente la prassi conosce la nota difficoltà di poter trasferire senza contestazioni un dipendente da un ufficio a quello limitrofo), la previsione è significativamente innovativa nella parte in cui prevede che il trasferimento possa essere disposto anche verso una diversa amministrazione. È sufficiente che vi sia l’accordo tra le amministrazioni, nulla di più. In particolare non vi è alcun riferimento alla sussistenza di esigenze di colmare vacanze di organico od altre ragioni di carattere organizzativo. L’unico vincolo previsto dal legislatore è di carattere finanziario. Si dispone infatti che le risorse corrispondenti al cinquanta per cento del trattamento economico spettante al personale trasferito confluiscono nel fondo appositamente costituito per il miglioramento dell’allocazione del personale presso le pubbliche amministrazioni e da attribuire alle amministrazioni destinatarie dei processi di mobilità.

La portata effettiva della disposizione può essere più compiutamente compresa se si considera quanto è già legge con ciò che allo stato è mero disegno di legge. L’attenzione si rivolge sia alla riforma introdotta dalla legge 56/2014 (c.d. legge Delrio) sia più specificamente a quanto disposto nell’art. 7 (“Riorganizzazione dello Stato”) del ddl n. 1577 ed in particolare alla lettera a) ove si prevede la riduzione degli uffici e del personale destinati ad attività strumentali e correlativo rafforzamento degli uffici che erogano prestazioni ai cittadini ed alle imprese, nonché la possibilità di introdurre forme di gestione unitaria dei servizi strumentali, attraverso la costituzione di uffici



comuni e previa l'eventuale collocazione delle sedi in edifici comuni o contigui. Più in generale l'esigenza è di semplificare l'organizzazione cercando di eliminare le sovrapposizioni di ruoli e di competenze. È evidente che l'effettivo risultato della riorganizzazione è facilitato dall'introduzione di norme che garantiscano una gestione più flessibile del personale ivi impiegato.

\*

L'art. 5 amplia la possibilità di ricollocare il personale pubblico in disponibilità. Come già evidenziato la norma prevede che tali lavoratori possano formulare nei sei mesi antecedenti alla scadenza del periodo di disponibilità istanza di ricollocazione anche in posizione inferiore e che la ricollocazione non possa avvenire prima dei trenta giorni anteriori alla scadenza dello stesso periodo di disponibilità. Presupposto perché si possa avanzare istanza di ricollocazione è che detta istanza sia presentata per occupare posti vacanti in organico. Si dispone altresì che, al fine di ampliare le occasioni di ricollocazione, questa possa avvenire in deroga all'art. 2103 cod.civ. "anche in una qualifica inferiore o in posizione economica inferiore della stessa o di inferiore area o categoria di un solo livello per ciascuna delle suddette fattispecie". Il limite di un solo livello è stato introdotto nel corso del procedimento di conversione del decreto legge ancorché permanga un ventaglio molto aperto di questioni in merito al possibile ricollocamento.

Il richiamo all'art. 2103 deve intendersi riferito al secondo comma della disposizione codicistica con cui, come noto, si pone la regola della nullità di ogni patto che contrasti con il divieto di dequalificazione<sup>1348</sup>. Il riferimento alla deroga dell'art. 2103 e non dell'art. 52 del D.Lgs. n. 165/2001 è solo in apparenza frutto di una svista del legislatore. L'art. 52 è, infatti, norma speciale rispetto all'art. 2103 cod.civ. per quanto concerne l'esercizio del potere unilaterale datoriale di mutamento di mansioni (in senso orizzontale e verticale), ma non disciplina (o meglio non limita) la libertà delle parti di accordarsi a livello individuale per l'attribuzione di mansioni inferiori. Il che, peraltro, potrebbe, in ipotesi, avvenire anche in via di fatto per fatti concludenti, riproducendosi tutte le problematiche *ante* riforma dell'art. 2103 cod.civ. da parte dell'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori. Per questa ragione la disposizione codicistica è da ritenersi applicabile per le parti non "coperte" dalla speciale disposizione dell'art. 52, tra cui per l'appunto anche il divieto di demansionamento. Di qui l'esplicita esclusione da parte del d.l. 90 dell'applicabilità dell'art. 2103 cod.civ.. Peraltro anche nel settore privato sono ormai considerati legittimi i c.d. patti di demansionamento, negoziati sia a livello individuale<sup>1349</sup>, sia a livello collettivo ex art. 4, co. 11, della legge n. 223/1991<sup>1350</sup>. La differenza consiste nel fatto che nel settore privato tali patti sono considerati

<sup>1348</sup> Posta la specialità dell'art. 52 del D.Lgs. n. 165/2001 rispetto all'art. 2103 con riguardo all'attribuzione di mansioni equivalenti e superiori, il residuale ambito di operatività dell'art. 2103 potrebbe concernere il trasferimento geografico; senonché la circostanza che sia il lavoratore a formulare istanza di ricollocazione impedisce di porre un problema di applicabilità della norma.

<sup>1349</sup> Cfr. Cass. 18 marzo 2009, n. 6552; Cass. 10 ottobre 2006, n. 21700, in *Riv.giur.lav.*, 2007, II, 244 (s.m.); Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, *ivi*, 43 (s.m.); per la giurisprudenza di merito v., di recente, Trib. L'Aquila 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redazione Giuffrè* 2013; Trib. Napoli 17 gennaio 2012, n. 975, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, II, 822 (s.m.).

<sup>1350</sup> Cfr. Cass. 1 luglio 2014, n. 14944 secondo cui trattandosi di rimedio volto ad evitare il licenziamento i lavoratori non sono vincolati alla deroga concordata in sede collettiva potendo rifiutare la dequalificazione ed affrontando il rischio del licenziamento; per la giurisprudenza di merito Trib. Torino 8 luglio 2008, in *Giur. piem.*, 2008, 2, 257.

legittimi in quanto funzionali ad evitare un licenziamento, mentre nel caso in esame l'intervenuta cessazione del rapporto ed il collocamento in disponibilità ne rappresentano il presupposto<sup>1351</sup>.

Quanto al trattamento economico da riconoscere a seguito della ricollocazione la norma è espressa nell'escludere il diritto al mantenimento dell'indennità goduta durante il periodo di disponibilità (pari all'80 per cento dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale). In senso negativo deve essere risolta anche la questione relativa alla possibilità di attribuire al dipendente ricollocato un trattamento economico corrispondente all'inquadramento che aveva prima del collocamento in disponibilità. Il lavoratore avrà diritto al trattamento economico correlato al nuovo inquadramento anche se, in ipotesi, inferiore all'indennità goduta durante il periodo di disponibilità<sup>1352</sup>.

A garanzia del dipendente si riconosce il mantenimento del diritto di essere successivamente inquadrato nella propria originaria qualifica e categoria di inquadramento e ciò – lo si precisa – “anche attraverso le procedure di mobilità volontaria di cui all'art. 30”. Se quest'ultima precisazione è chiara nel riconoscere al dipendente ricollocato il diritto a partecipare alle procedure di mobilità bandite con riferimento al suo inquadramento precedente, più complesso è comprendere cosa accada in altri casi, primo fra tutti quello in cui nell'ambito dell'amministrazione presso cui è stato ricollocato si verifichi una vacanza d'organico per un posto “corrispondente” a quello occupato prima del collocamento in disponibilità. La norma sembrerebbe riconoscere un diritto soggettivo potestativo in capo al ricollocato, senza fissare alcun termine per il suo esercizio, che, in ipotesi, potrebbe avvenire anche a distanza di anni. Il che ovviamente apre la porta al contenzioso qualora l'amministrazione decida per altre soluzioni, anche sulla scorta di motivate ragioni di carattere organizzativo.

## 7. (Segue) Disposizioni in tema di valutazione del personale ed estinzione del rapporto di lavoro.

Un altro capitolo su cui si ferma l'attenzione del legislatore è quello relativo al sistema di valutazione. Dal punto di vista funzionale, la volontà di rafforzare il ruolo dell'autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) che sarà chiamata ad operare su più fronti anche in vista dell'expo 2015 ha comportato il trasferimento dei compiti inerenti la misurazione e la valutazione del personale pubblico sotto la responsabilità del Dipartimento della Funzione Pubblica e, con “moto contrario”, il trasferimento all'ANAC delle funzioni in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione in precedenza svolte dal Dipartimento per la Funzione Pubblica. Ciò al fine di concentrare la missione istituzionale dell'ANAC sui compiti relativi alla garanzia della trasparenza e alla prevenzione della corruzione<sup>1353</sup>. Dal punto di vista ricostruttivo giova ricordare che la CIVIT, poi divenuta ANAC, è stata istituita dall'art. 13 del D.Lgs. n. 150/2009 proprio per l'esercizio delle funzioni di

<sup>1351</sup> In merito v. anche art. 1, co. 7, lett. d) del progetto di legge 2660 (già S1428) ove anche per il settore privato si prevede la “revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento”, nonché di prevedere che “la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera”.

<sup>1352</sup> Cfr. anche art. 1, comma 458, della legge di stabilità per il 2014 (legge 27 dicembre 2013, n. 147) che ha abrogato il divieto di *reformatio in peius* del trattamento economico nel caso di mutamento di posizione.

<sup>1353</sup> All'ANAC è stato altresì assegnato dal d.l. 90/2014 il potere sanzionatorio in caso di omessa adozione da parte delle amministrazioni degli atti di pianificazione in materia di anticorruzione e trasparenza, nonché il compito di ricevere notizie e segnalazioni di illeciti.

valutazione e che l'art 5 del d.l. 101/2013 con la medesima finalità – e con disposizione che è stata soppressa in sede di conversione – aveva trasferito le citate funzioni all'ARAN.

Il d.l. 90 (art. 19, co. 10) oltre ad una diversa imputazione delle funzioni demanda ad un regolamento di delegificazione il riordino delle funzioni di misurazione e valutazione della performance, indicando con una formulazione ampia le “norme regolatrici della materia” (revisione e semplificazione degli adempimenti a carico delle pubbliche amministrazioni, al fine di valorizzare le premialità nella valutazione della performance, organizzativa ed individuale; progressiva integrazione del ciclo della performance con la programmazione finanziaria; raccordo con il sistema dei controlli interni; valutazione indipendente dei sistemi e risultati e conseguente revisione della disciplina degli organismi indipendenti di valutazione), senza tuttavia indicare le norme di rango primario da ritenersi abrogate con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento stesso. Inoltre quelle che sono definite quali norme regolatrici della materia appaiono in realtà semplici indicazioni di oggetti del regolamento.

Una specifica attenzione è dedicata dal ddl 1577 alla valutazione del personale dirigenziale, di cui si dirà nello specifico nel prossimo paragrafo, ma che condivide l'idea di una semplificazione della disciplina vigente.

Né nel decreto 90, né nel ddl 1577 vi è alcun riferimento alla dibattuta questione del licenziamento nel lavoro pubblico. E ciò sia per quanto riguarda il piano delle ragioni giustificatrici del licenziamento, sia per quanto concerne le tutele applicabili. Il che è quantomeno sintomatico, dato che il tema è uno di quelli che oltre a porre rilevanti problematiche di ordine strettamente giuridico ha da sempre più *appeal* mediatico sull'opinione pubblica.

Sul piano della fattispecie il nodo teorico di vasta portata – e rispetto al quale fino ad ora, almeno a quanto consta, non è stato dedicato alcun particolare approfondimento – è dato dall'interpretazione di quanto previsto nel primo comma dell'art. 3 del codice di comportamento del 16 aprile 2013, n. 62 secondo cui “Il dipendente osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa” (comma 1, primo periodo). La norma nell'affermare tale principio introduce certamente una sovrapposizione tra l'obbligo di diligenza, cui ogni pubblico dipendente è tenuto quale prestatore di lavoro subordinato, e l'obbligo di esercitare i poteri pubblici assegnati in conformità ai principi dettati dall'art. 97 della Costituzione. Due piani che devono però restare necessariamente distinti.

Sul piano delle tutele per il caso di illegittimo licenziamento il tema rimane quello della individuazione di “quale” articolo 18 si debba applicare, se il testo antecedente alla riforma del 2012 o quello introdotto dalla legge Fornero<sup>1354</sup>. Un tema che già oggi vede contrapposte diverse posi-

<sup>1354</sup> In dottrina, cui si rinvia anche per le indicazioni ivi contenute della prima giurisprudenza di merito, per l'immediata applicabilità del nuovo articolo 18 v. L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 1019 ss. e ID., *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: “difficile convivenza” o coesistenza pacifica?*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 176/2013 nonché ID., *Perché il nuovo art. 18 St. Lav. si applica al pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 927 ss.; A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 33 ss. e ID., *Il licenziamento dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali*

zioni e che inevitabilmente assumerà nuova linfa all'indomani dell'emanazione dei decreti attuativi del ddl delega n. 1428 (in questo momento, come visto, in discussione alla Camera, C2660). Un progetto che, stando alle anticipazioni informali, dovrebbe ridisegnare il confine tra licenziamento per motivi soggettivi e per motivi oggettivi con effetti certamente significativi nel settore privato, ma ancor di più nel settore pubblico in assenza di una specifica norma di raccordo. In questo caso nulla si è detto, ma è proprio questo silenzio assordante a preoccupare.

#### 8. (Segue) L'ampia delega in materia di riforma della dirigenza.

Con specifico riguardo alla dirigenza, alle limitate novità introdotte dal d.l. 90 – circoscritte al divieto di conferire incarichi dirigenziali al personale in quiescenza (cfr. art. 6)<sup>1355</sup> che rafforza il divieto di trattenimento in servizio ed alla riforma del primo comma dell'art. 110 del Tuel relativo al conferimento di incarichi dirigenziali a contratto per coprire posizioni vacanti in dotazione organica<sup>1356</sup>–, si affianca l'organico progetto di riforma della categoria delineato nel ddl di legge delega n. 1577. Un intero articolo, il 10 ("Dirigenza pubblica"), è dedicato alla dirigenza. Gli interventi ipotizzati prospettano una significativa rivisitazione dell'esistente che ha quale perno l'istituzione di un sistema articolato in tre ruoli [per i dirigenti dello Stato (in cui confluiscono oltre i dirigenti statali anche i dirigenti degli enti pubblici non economici nazionali e delle agenzie governative), per i dirigenti delle Regioni (con inclusione nel ruolo anche della dirigenza amministrativa del Servizio Sanitario Nazionale, ma non di quella medica e tecnica) e per i dirigenti degli enti

e collettivi, Torino, 2013, 826; R. RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Lav. giur.*, 2013, 22; R. DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 420 ss.; per la permanente applicabilità del vecchio art. 18 v. F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 247 ss. e ID., *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *Lav. giur.*, 2013, 27 ss.; ancora ID., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 2014, sp. 218 ss., nonché ID., *È applicabile il novellato art. 18 al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 913; C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 722; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 55; V. LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, sp. 757; P. SORDI, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, 856; E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 49 ss.; A. PILATI, *Un problema in più per il nuovo art. 18 St. lav.: è applicabile anche al lavoro pubblico privatizzato?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 313 ss.; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, 47; per una posizione intermedia, relativa all'applicabilità al lavoro pubblico della sola tutela reintegratoria forte, sia consentito rinviare a A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 991 ss., nonché M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 7 ss.; secondo A. OLIVIERI, *Il licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la l. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 389 sarebbe compatibile con il settore pubblico l'applicabilità della sola tutela reale, anche nella sua forma attenuata.

<sup>1355</sup> Si tratta, peraltro di una disposizione che lascia aperte alcuni dubbi interpretativi. Se, infatti, dalla rubrica dell'articolo ("Divieto di incarichi dirigenziali a soggetti in quiescenza") e dal testo dei suoi primi due periodi si evince un esplicito divieto di conferimento, al terzo periodo si afferma che "incarichi e collaborazioni sono consentiti, esclusivamente a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione". Quest'ultimo periodo sembrerebbe, dunque, prevedere un'eccezione che, tuttavia, appare difficilmente conciliabile con l'attribuzione di incarichi dirigenziali a titolo gratuito.

<sup>1356</sup> Tale modifica è apportata dall'art. 11 con cui si definisce la percentuale del 30 per cento di incarichi dirigenziali conferibili con contratto a termine ex art. 110, co. 1, del Tuel e si prevede che detti incarichi siano conferiti previa selezione pubblica; il medesimo articolo 11 fissa nel 10 per cento la percentuale di incarichi dirigenziali conferibili con contratto a tempo determinato nelle regioni e negli enti ed aziende del Servizio sanitario nazionale (per la dirigenza professionale, tecnica ed amministrativa). Viene altresì integrato l'art. 90 del Tuel prevedendosi la possibilità di parametrare il trattamento economico del personale impiegato negli uffici di diretta collaborazione a quello del personale dirigenziale, fermo il divieto di effettuazione di attività gestionale. Per un'analisi di dettaglio sia consentito rinviare a A. BOSCATI, *La dirigenza a contratto negli enti locali tra flessibilizzazione e rigore*, in *Risorse Umane*, 2014, n. 4/5, 25 ss.

locali], tra loro “unificati e coordinati, accomunati da requisiti omogenei di accesso e da procedure analoghe di reclutamento, basati sul principio del merito e della formazione continua” e caratterizzato dalla piena mobilità dei dirigenti tra i ruoli. Se ne riportano quelli che appaiono gli elementi qualificanti per poi passare ad una loro valutazione anche d’insieme.

Quanto alle forme di accesso non ha trovato conferma l’auspicio formulato dal Ministro Madia nelle dichiarazioni programmatiche alla Camera del 2 aprile sull’estensione a tutta la dirigenza del sistema di reclutamento del corso-concorso. Sono state così confermate le modalità del corso-concorso e del concorso, differenziati per ruoli, ma unici per ciascuno dei tre ruoli, con affidamento alla Scuola Superiore dell’amministrazione (SNA) dei bandi e della relativa gestione, con possibilità di avvalersi della collaborazione di altri soggetti per il reclutamento dei dirigenti regionali e degli enti locali (scuole regionali e locali e istituzioni universitarie). Alla SNA è attribuito anche un ruolo centrale per tutte le fasi della formazione dei dirigenti, unitamente alle scuole di formazione regionali e locali e alle istituzioni universitarie.

Sia nel caso di corso-concorso sia di concorso sono escluse graduatorie di idonei ed i vincitori non sono immediatamente immessi nel ruolo unico. Per i vincitori del corso-concorso si prevede l’immissione in servizio come funzionari per un periodo di quattro anni, riducibile in ragione di una pregressa esperienza lavorativa nel settore pubblico o all’estero, con successivo inserimento nel ruolo unico previo superamento di un esame; per i vincitori di concorso si prevede l’assunzione a tempo determinato e la successiva assunzione a tempo indeterminato, previo esame di conferma da parte di un organismo indipendente, dopo il primo triennio di servizio, anche in questo caso riducibile in ragione di una pregressa esperienza lavorativa nel settore pubblico o all’estero. La mancata conferma comporta la risoluzione del rapporto, con eventualità di un “ripescaggio” quale funzionario.

Della previsione di tre ruoli unici e della piena mobilità tra i dirigenti inseriti nei vari ruoli si è già detto; l’elemento certamente nuovo e di rottura rispetto all’esperienza fin qui maturata è l’eliminazione della distinzione dei dirigenti in due fasce. Se sul piano organizzativo resta la distinzione tra uffici dirigenziali generali e non generali, sul piano del rapporto di lavoro tale distinzione viene meno, sì da aprirsi la via per una flessibilità massima, come confermato dalle novità introdotte per il conferimento degli incarichi dirigenziali apicali.

I principi dettati in materia di conferimento di incarichi sono importanti, ma come si vedrà non tutti innovativi. Così, quanto ai criteri per il conferimento dell’incarico, si stabilisce di tener conto di caratteri oggettivi e soggettivi. Con riguardo ai primi si prevede la definizione per ciascun incarico dirigenziale dei requisiti necessari in termini di competenze ed esperienze professionali, tenendo conto della complessità, delle responsabilità organizzative e delle risorse strumentali assegnate all’ufficio. Per quanto concerne i requisiti soggettivi il riferimento è alle attitudini ed alle competenze del singolo dirigente, alla considerazione dei precedenti incarichi e della relativa valutazione (la cui rilevanza è espressamente richiamata anche nella lettera specificamente dedicata alla valutazione), alle specifiche competenze organizzative possedute, alle esperienze di direzione maturate all’estero, presso il settore privato o presso altre pubbliche amministrazioni in quanto attinenti all’incarico da conferire. La maturazione di esperienze in amministrazioni differenti è espressamente indicato quale criterio da privilegiare. Si ribadisce il necessario rispetto dell’equilibrio di genere nel conferimento degli incarichi.

Si prevede anche l'istituzione di una Commissione (o meglio di tre commissioni per i tre distinti ruoli) che per la dirigenza statale è collocata presso il Dipartimento della Funzione Pubblica. Questa commissione, oltre ad assorbire le competenze del Comitato dei Garanti in materia di responsabilità dirigenziale, è chiamata a svolgere molteplici compiti di verifica del rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi e dell'effettivo utilizzo dei sistemi di valutazione al fine del conferimento e della mancata conferma degli incarichi, nonché di esprimere un parere vincolante sulla decadenza degli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione. Nell'ambito dell'indicata unitarietà di compiti vi è però una significativa differenziazione che, come si vedrà, rappresenta uno degli aspetti centrali (se non il vero aspetto) dell'intero progetto di riforma: mentre per il conferimento degli incarichi dirigenziali di direzione di uffici non generali la Commissione è chiamata ad operare una valutazione di congruità *ex post*, per gli incarichi di direzione di uffici dirigenziali di vertice e generali il suo compito è previsto *ex ante*, con la preselezione di un numero predeterminato di candidati in possesso dei requisiti per poter svolgere detti incarichi entro cui avverrà la scelta da parte dell'organo politico.

Il disegno di legge interviene anche sulla durata degli incarichi, sulla valutazione dei risultati e sulla condizione del dirigente rimasto privo di incarico. La durata di tutti gli incarichi è fissata in tre anni, con possibilità di rinnovo senza esperimento della procedura di avviso pubblico per una sola volta e con proroga degli incarichi in essere nelle more dell'espletamento delle procedure. Quanto alla valutazione se ne prevede in generale una semplificazione del relativo processo e una differenziazione delle metodologie in ragione delle diverse realtà pubbliche. Si dispone così l'assegnazione alle regioni, agli enti locali ed agli enti pubblici nazionali del compito di definire il proprio sistema di valutazione sulla base dei principi del merito, della differenziazione, della semplificazione delle procedure e della misurabilità e comparabilità degli indicatori di risultato. In questa logica si prevede anche la revisione delle fasce di merito. Quanto all'oggetto della valutazione (il cui esito, come visto, assume rilievo ai fini del conferimento dei successivi incarichi) deve concernere i risultati conseguiti dalla struttura di cui il dirigente è responsabile, avendo riguardo alla coerenza rispetto agli obiettivi fissati dall'amministrazione, ai comportamenti organizzativi e all'impatto finale degli interventi attivati. Sotto questo profilo di rilievo è anche la prevista valutazione dei servizi e dei prodotti offerti in base a standard di qualità oggettivi, nonché la comparabilità tra amministrazioni omologhe. La previsione della mancata differenziazione delle valutazioni dei dirigenti e dei dipendenti quale criterio di valutazione e l'autonomia dei valutatori sono gli altri principi dati.

Anche la responsabilità dei dirigenti è oggetto di autonoma considerazione da parte del disegno di legge ove, con formula invero ampia e di scarso dettaglio, si prevede il riordino delle vigenti disposizioni legislative in tema di responsabilità dirigenziale e disciplinare, limitando la prima all'inosservanza delle direttive ed al mancato raggiungimento degli obiettivi e la seconda ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti.

Per il dirigente che rimanga privo di incarico è previsto il collocamento in disponibilità, con erogazione del trattamento economico fondamentale e della parte fissa della retribuzione. È sancita la decadenza del dirigente dal ruolo unico dopo un certo periodo di disponibilità, ma non si fornisce alcuna indicazione circa la durata massima di tale periodo. Il dirigente in disponibilità ha diritto al riconoscimento dell'aspettativa senza assegni per assumere incarichi presso altre amministrazioni, società partecipate o nel settore privato, con sospensione per tutta la durata dell'incarico del periodo di disponibilità. Vi è, infine, la possibilità di adibire il dirigente, che deve comunque

prestare il proprio consenso, allo svolgimento di attività di supporto presso pubbliche amministrazioni o presso enti privi di scopo di lucro, senza che vi possa essere il conferimento di incarichi dirigenziali ed il riconoscimento di retribuzioni aggiuntive.

L'ultimo ampio criterio attiene alla retribuzione del dirigente. I due principi portanti sono l'omogeneizzazione del trattamento economico, fondamentale ed accessorio, "nell'ambito di ciascun ruolo unico" e la definizione di limiti assoluti alla retribuzione, stabiliti in base a criteri oggettivi correlati alla tipologia dell'incarico. Con specifico riguardo al trattamento accessorio l'attenzione è rivolta sia alla retribuzione di posizione sia a quella di risultato. Quanto alla prima si prevede che la parte fissa confluisca nel trattamento fondamentale e che la parte variabile non possa essere inferiore al trenta per cento del totale; quanto alla seconda se ne stabilisce un limite massimo, ovvero che non possa essere superiore al quindici per cento del totale e la si collega sia a obiettivi fissati per l'intera amministrazione, sia ad obiettivi assegnati al singolo dirigente. Vi è poi un elemento di novità rappresentato dalla possibilità per ciascun dirigente di attribuire un premio monetario annuale a non più di un decimo dei dirigenti suoi subordinati e a non più di un decimo dei suoi dipendenti. Come visto questa corresponsione deve avvenire nel limite delle disponibilità a ciò destinate e nel rispetto dei criteri fissati dalla contrattazione collettiva.

Dopo alcuni criteri volti a gestire il periodo transitorio (tra i quali graduale riduzione del numero dei dirigenti ove necessario, progressiva confluenza dei dirigenti nel ruolo unico e riequilibrio dei fondi destinati alla retribuzione accessoria delle diverse amministrazioni) l'articolo 10 si chiude con specifici criteri concernenti il conferimento degli incarichi dei Direttori Generali e dei Direttori Sanitari ed Amministrativi degli enti del Servizio sanitario nazionale per i quali è previsto un meccanismo analogo a quello visto per il conferimento degli incarichi dirigenziali apicali, ovvero definizione da parte di un apposito organismo (nazionale per i Direttori Generali, regionali per i Direttori Sanitari ed Amministrativi) di una rosa di candidati entro cui effettuare la scelta.

\*

Se si opera una valutazione d'insieme dei contenuti dell'art. 10 se ne ricava una riscoperta di alcune vecchie idee, già regole, ma poi superate (il ruolo unico); la riproposizione di alcune idee già prospettate nel recente passato da altri, ma che non hanno avuto attuazione (l'istituzione di una specifica Commissione con compiti di garanzia in materia di conferimento d'incarichi); la conferma di principi che sono già oggi legge (procedimentalizzazione delle modalità di conferimento degli incarichi e individuazione del dirigente in applicazione di criteri che tengano conto del tipo di incarico e delle competenze del singolo); l'introduzione di principi potenzialmente dirompenti (e non necessariamente in senso positivo) quali l'abolizione dell'articolazione in fasce ed il rafforzamento della discrezionalità degli organi politici nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali apicali. Si tratta di profili che devono essere considerati alla luce della normativa vigente e in prospettiva del loro impatto futuro.



Si è anticipato che la creazione del ruolo unico non rappresenta una novità assoluta. Già le riforme del 1997-1998 (ed in particolare il D.Lgs. n. 80/1998<sup>1357</sup>) si erano concluse con una previsione analoga poi superata dalla novella del 2002 che aveva nuovamente istituito i ruoli presso le singole amministrazioni<sup>1358</sup>. Nel recente ddl vi sono però tre elementi di novità: la previsione di un ruolo unico anche per le Regioni e per gli enti locali, l'eliminazione nell'ambito del ruolo unico della dirigenza statale della suddivisione dei dirigenti in fasce e la possibilità di conferire incarichi ai dirigenti appartenenti a ciascuno dei tre ruoli. A questa eventualità si deve la previsione dell'istituzione di una banca dati contenente il *curriculum vitae* e un profilo professionale di ciascun dirigente dei tre ruoli, comprensivo delle valutazioni ottenute nei diversi incarichi ricoperti. In merito alla compatibilità con l'art. 117 dell'istituzione per legge statale di un ruolo unico regionale si è già detto<sup>1359</sup>; si sono già anche indicate le probabili difficoltà concrete di far operare a livello nazionale un ruolo unico nazionale per gli enti locali. Due sono le questioni da sottolineare. La prima attiene all'omessa considerazione di alcuni dirigenti, primi fra tutti quelli delle Università. La domanda che ci si pone è se siano destinati a confluire in un ruolo unico, e in questo caso con tutta probabilità sarebbe il primo, o se le singole Università manterranno i propri autonomi ruoli. Una soluzione quest'ultima che non può essere a priori esclusa in ragione delle specificità dell'ordinamento universitario. La seconda attiene all'esplicita previsione nell'ambito del ruolo unico di sezioni per le professionalità speciali. Una disposizione che può condurre a maggiori o minori rigidità a seconda della sua interpretazione, ma che assume con tutta evidenza importanza nell'attribuire esplicito rilievo anche a competenze tecniche e non esclusivamente manageriali. In altri termini nella definizione e nella composizione del ruolo unico la componente manageriale non deve sostituire la componente di competenza professionale, ma deve aggiungersi ad essa, ed entrambe devono bilanciarsi e sostenersi.

In sostanziale continuità con la disciplina pregressa si pongono anche le modalità di accesso, confermate nella doppia forma del corso-concorso e del concorso per esami, nonostante un'iniziale intenzione del Governo di limitare l'accesso alla sola forma del corso-concorso. La novità è rappresentata dalla previsione di un concorso unico nazionale di cui si condivide la finalità di razionalizzazione dell'esistente e di trasparenza, ma che pone dubbi circa la sua concreta gestibilità, soprattutto per quanto concerne gli enti locali e le Regioni. In particolare si aspetta con interesse di avere indicazioni sulle modalità di definizione della "quantità" di posti da bandire annualmente in presenza di una formula che quanto al corso-concorso parla di "un numero fisso di posti, definito in relazione al fabbisogno minimo annuale del sistema amministrativo" e che per il corso concorso si riferisce ad "un numero di posti variabile, per i posti disponibili nella dotazione organica e non coperti dal corso concorso". Quest'ultima indicazione pare emblematica del favore comunque riposto dal legislatore per il corso-concorso che, come visto, nelle intenzioni originarie

<sup>1357</sup> V. anche DPR 26 febbraio 1999, n. 150 "Regolamento recante disciplina delle modalità di costituzione e tenuta del ruolo unico della dirigenza delle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e della banca dati informatica della dirigenza, nonché delle modalità di elezione del componente del comitato di garanti".

<sup>1358</sup> Sul ruolo unico introdotto dalla riforma del 1998 v. C. MEOLI, *Qualifica dirigenziale unica, fasce dirigenziali e ruolo unico dei dirigenti*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Dal D.Lgs. n. 29/1993 ai D.Lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario diretto da F. CARINCI e D'ANTONA, 2a ed., Milano, 2000, sp. 680 ss.

<sup>1359</sup> In merito v. criticamente anche il testo dell'audizione della Corte dei Conti nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche dell'ottobre 2014, pag. 12 ove si afferma che "l'estensione del ruolo unico anche ai dirigenti delle Regioni e degli enti locali viene ad incidere sulla materia riguardante l'organizzazione degli uffici, che l'attuale art. 117 della Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva delle singole Regioni".



avrebbe dovuto rappresentare l'unica modalità di accesso. Il problema che si porrà sarà con tutta probabilità quello di coniugare e razionalizzare le istanze avanzate dalle singole amministrazioni con la gestione unitaria. Compito non semplice, soprattutto se intende rispettare la cadenza annuale. Una cadenza, quest'ultima, che deve, peraltro, essere considerata in connessione con la programmazione triennale di fabbisogno di personale.

Se l'apertura ad un ripensamento delle modalità di effettuazione delle prove dei concorsi merita apprezzamento (in particolare suggestivo è il riferimento alle "migliori pratiche a livello internazionale"), alcune considerazioni critiche devono essere espresse con riguardo alla dilatazione dei tempi per l'effettiva assunzione in ruolo. Come visto i vincitori del corso-concorso sono immessi in servizio come funzionari (con definizione che peraltro non trova alcun riscontro nell'attuale sistema di inquadramento di fonte collettiva) per poi essere inseriti nel ruolo dirigenziale all'esito del superamento di un nuovo esame; i vincitori di concorso sono assunti con contratto a termine dirigenziale ed immessi nel ruolo a seguito del superamento di un esame di conferma. Dunque, nel caso del corso-concorso, si verifica che soggetti formati per essere dirigenti dovranno svolgere per un certo periodo mansioni inferiori. La soluzione sembra riecheggiare la proposta più volte formulata di creare Un'area di funzionari direttivi (vice-dirigenza o diversamente qualificata) da cui attingere per l'assunzione dei dirigenti. Pare evidente che se il funzionario ha svolto diligentemente i compiti assegnatigli come funzionario, ma non ha superato l'esame, non potrà essere licenziato in ragione della bocciatura all'esame, avendo un diritto a continuare a svolgere le mansioni di funzionario in attesa di un futuro concorso<sup>1360</sup>. Ma la qualifica di funzionario (o meglio le funzioni corrispondenti all'inquadramento apicale nell'ambito del comparto) potrà essere acquisita anche da soggetti assunti per lo svolgimento di compiti non dirigenziali. In astratto le due situazioni sono giuridicamente differenziate, ma è dato presumere che sul piano pratico possano sorgere questioni di difficile gestibilità che dovrebbero forse condurre ad un ripensamento della scelta. Non meno rilevanti sono le valutazioni critiche del previsto giudizio di conferma previsto per i dirigenti assunti a termine all'esito del corso concorso. Il punto è che in questo caso il vincitore di concorso già svolge mansioni dirigenziali. Sicché o è configurabile una sua evidente incapacità a svolgere mansioni dirigenziali nel corso del contratto dirigenziale a termine, da cui dovrebbe conseguire o il recesso anticipato o, comunque, la mancata trasformazione del contratto in contratto a tempo indeterminato a prescindere dallo svolgimento di un esame di conferma, oppure non è configurabile alcuna grave incapacità, con la conseguenza che si dovrebbe dare per accertato che il dirigente abbia dimostrato "sul campo" l'idoneità allo svolgimento dei compiti dirigenziali. Né quanto detto può essere superato dalla previsione secondo cui il mancato superamento dell'esame di conferma può comportare un eventuale inquadramento nella qualifica di funzionario. A parte il fatto che la norma prevede un'eventualità e non un diritto, l'inquadramento nella qualifica di funzionario potrebbe essere l'effetto di una indimostrata incapacità a svolgere mansioni dirigenziali a prescindere dal superamento di un esame.

---

<sup>1360</sup> Infatti il mancato superamento dell'esame per poter comportare la cessazione del rapporto dovrebbe essere considerata una causa legale di estinzione del contratto. Diversa sarebbe la situazione – ma tale eventualità non è esplicitata nel testo del ddl – in cui l'assunzione come funzionario fosse avvenuta in forza di un contratto a termine. In questo caso il mancato superamento dell'esame coinciderebbe con la scadenza del contratto a termine.

Non rappresenta una novità assoluta neppure la previsione dell'istituzione di una Commissione per la dirigenza statale con compiti di verifica circa la corretta applicazione delle disposizioni normative in materia di conferimento di incarichi dirigenziali. Già la legge delega n. 15/2009 prevedeva un ampliamento delle competenze del Comitato dei Garanti estesa dalla mera formulazione di un parere preventivo all'applicazione di misure per accertata responsabilità dirigenziale "alla verifica sul rispetto dei criteri di conferimento o di mancata conferma degli incarichi, nonché sull'effettiva adozione ed utilizzo dei sistemi di valutazione al fine del conferimento o della mancata conferma degli incarichi" [art. 6, co. 2, lett. i)].

Con riguardo a quella previsione ed alla vigente disciplina dell'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001 vi è però una novità che appare dirompente. Se nella sostanza, come si è già avuto modo di anticipare, nel corpo del disegno di legge sono ribaditi i criteri oggettivi e soggettivi definiti nel primo comma dell'art. 19 per il conferimento degli incarichi<sup>1361</sup>; e se del pari sembra confermata la procedura per avviso pubblico oggi disciplinata dal comma 1-*bis* dell'art. 19 [espressamente qualificata come procedura selettiva alla lett. f)], senza che il ruolo assegnato alla Commissione di approvazione dei criteri fissati dalle singole amministrazioni modifichi significativamente la procedura, certamente più importanti sono le competenze assegnate alla cennata Commissione nella individuazione di una rosa di dirigenti idonei a ricoprire gli incarichi dirigenziali di vertice e nell'espressione di un parere vincolante sulla decadenza degli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione.

Si trascurava volutamente ogni considerazione concernente l'effettiva possibilità per la Commissione di svolgere compiutamente tutti i compiti assegnatigli e circa il suo dover operare nell'ambito del Dipartimento per la Funzione Pubblica e, dunque, di una struttura che agisce secondo criteri politici. Vi è tuttavia da sottolineare un doppio limite, quantomeno quale stimolo di riflessione: il primo è meramente temporale, ovvero lo svolgimento delle attività attribuite richiede un impegno a tempo pieno; il secondo, strettamente connesso al primo discende dal fatto che, con formula ormai consolidata, l'istituzione della Commissione deve avvenire "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". Il che ovviamente stride con il rilevante impegno richiesto e con la specifica professionalità di cui si suppone debbano essere in possesso i soggetti che saranno designati a far parte di tale Commissione.

Si è detto della competenza della Commissione di procedere alla preselezione di un numero predeterminato di candidati in possesso dei requisiti richiesti per coprire gli incarichi dirigenziali di vertice. Una modalità che riprende quanto previsto dalla disciplina vigente per la nomina dei Direttori Generali nel Servizio Sanitario Nazionale (e che, come visto, è confermata dal ddl n. 1577 ed estesa anche alla scelta dei Direttori Sanitario ed Amministrativo) e che lascia all'ampia discrezionalità "tecnica" del politico l'individuazione concreta del singolo dirigente tra quelli preselezionati.

Dirigenti incaricati di uffici dirigenziali apicali che saranno i soggetti competenti a conferire gli incarichi di direzione di uffici dirigenziali non generali. Ciò è, infatti, quanto prevede la normativa

<sup>1361</sup> In generale, in merito alle novità introdotte v. L. MENGHINI, *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 629 ss.; E. ALES, *Conferimento e "mutamento" degli incarichi di funzione dirigenziale*, in F. CARINCI-S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 177 ss.

vigente, non prevedendosi nel ddl (almeno esplicitamente) un criterio direttivo di segno contrario. Il rischio concreto è che vi sia nella sostanza una discrezionalità “a cascata” da parte dei dirigenti apicali del cui corretto esercizio si dovrebbe far carico la Commissione con la propria valutazione *ex post*. A prescindere da quanto si può astrattamente ipotizzare è dato tuttavia ritenere che il giudizio della Commissione sarà negativo solo in caso di scelte manifestamente erranee ed arbitrarie. Una delle questioni rilevanti attiene, infatti, alla delimitazione della competenza e dei poteri della Commissione nello svolgimento della valutazione successiva. La questione è aperta. Il termine “congruità” si apre a molteplici scenari interpretativi; tuttavia, è preferibile una tesi di *self restraint*. Diversamente la Commissione diverrebbe l’effettiva titolare del potere di conferimento degli incarichi in contrasto con la logica di garanzia sottesa alla sua istituzione. In ogni caso è da escludere che la Commissione possa sostituire la propria valutazione a quella già operata dal titolare del potere di conferimento nel senso di individuare i dirigenti destinatari dei singoli incarichi. La Commissione si potrà limitare ad evidenziare i profili di illegittimità e a prevedere la ripetizione della scelta.

Sotto questo profilo – attesa la natura privatistica degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali<sup>1362</sup> – la valutazione della Commissione non può essere qualificata come condizione sospensiva per l’efficacia degli incarichi; piuttosto parrebbe assumere le caratteristiche di una condizione risolutiva, in ragione del fatto che la valutazione è successiva all’avvenuto conferimento. Ad integrazione di quanto evidenziato è d’uopo sottolineare che la valutazione della Commissione non esclude l’instaurazione di un possibile contenzioso da parte del dirigente che si ritenga leso dal suo operato. Anzi, proprio la valutazione operata dalla Commissione potrebbe essere l’oggetto di un autonomo contenzioso. Di qui l’opportunità di riflettere, sulla scorta di una semplice considerazione logica in cui si vagliano costi e benefici, l’opportunità di mantenere la previsione di tale intervento o, quantomeno, di limitarne l’attivazione su istanza di parte. Del resto non è irrilevante che Un’analoga previsione contenuta nella legge delega n. 15/2009 non sia stata recepita nel decreto delegato attuativo.

A conferma delle perplessità appena avanzate si consideri un ulteriore profilo. Se la Commissione è competente ad individuare una rosa di dirigenti idonei a svolgere incarichi di direzione apicale, esclusa ogni valutazione successiva circa la congruità dell’incarico effettivamente assegnato, non si comprende la ragione per la quale, invece, questa valutazione posteriore debba essere effettuata per gli altri dirigenti. Secondo quanto si ricava chiaramente dal dettato normativo se il dirigente non è idoneo a svolgere incarichi dirigenziali generali, lo sarà in via residuale per gli incarichi di direzione non generale. In definitiva, la Commissione nei fatti individua due rose di idonei, una per inclusione (per lo svolgimento di incarichi dirigenziali apicali), Un’altra per esclusione, comprendente tutti coloro che non sono stati preselezionati per svolgere incarichi dirigenziali apicali.

<sup>1362</sup> La giurisprudenza è sostanzialmente univoca nel riconoscere natura privatistica all’atto di conferimento dell’incarico dirigenziale: v., dopo l’affermazione della natura privatistica dell’atto di conferimento da parte di Cass. 20 marzo 2004, n. 5659, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 153 ss. (i principi contenuti in tale decisione erano stati anticipati da Corte di cassazione – Consiglio di Stato, *Relazione di sintesi dei lavori della Commissione di studio istituita dai presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per l’approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione*, in *Foro it.*, 2004, V, p. 38), nello stesso senso Cass. S.U., 9 dicembre 2004, n. 22990, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1392; Cass. S.U., 5 luglio 2005, n. 14252, in *Foro it.*, 2006, I, 1487; Cass. 14 aprile 2008, n. 9814, in *Giust. civ.*, 2008, I, 3046; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2850; Cass. 30 settembre 2009, n. 20979, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2350; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888; Cass. 12 ottobre 2010, n. 21088, in *Foro it.*, 2011, I, 804; Cass. 26 settembre 2011, n. 19630, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1337; Cass. 4 aprile 2012, n. 5369; Cass. 23 settembre 2013, n. 21671. In senso diverso Cass. pen., Sez. VI, 2 aprile 2009, n. 19135.

Di qui il diverso meccanismo per due situazioni sostanzialmente uguali e che, come tale, si espone a critiche evidenti. Semmai la Commissione potrebbe accertare che un certo numero di dirigenti non è idoneo a ricoprire alcun incarico dirigenziale, attivando le necessarie attività di formazione/riqualificazione.

Come visto la Commissione ha anche il compito di esprimere un parere vincolante sulla decadenza degli incarichi in caso di riorganizzazione dell'amministrazione. Se la *ratio* della norma appare chiara, ovvero evitare che siano strumentalmente attivati processi di riorganizzazione di una struttura o di un servizio per revocare anticipatamente l'incarico al dirigente preposto, meno definito è l'ambito di azione della Commissione ed il potere che il legislatore intende assegnarle. Posto che la Commissione non può esprimere un giudizio di merito vincolante circa la scelta organizzativa dell'amministrazione, resta tuttavia il fatto che al parere espresso dalla Commissione è attribuita natura vincolante. Ne deriva, in analogia a quanto era previsto per il parere del Comitato dei Garanti espresso in materia di responsabilità dirigenziale prima della riforma del 2009<sup>1363</sup>, che un parere negativo della Commissione impedisce la decadenza dall'incarico. Ma così facendo, la decisione sull'atto di gestione (decadenza) risale a monte vincolando la stessa scelta di riorganizzazione. Sembra evidente che sul punto sia necessario un ripensamento, volto ad escludere la vincolatività del parere, ma non la sua necessità, ovvero prevederne la formulazione, ma stabilire nel contempo che l'amministrazione se ne possa motivatamente discostare.

I criteri dettati per la definizione della durata degli incarichi meritano apprezzamento, sia se considerati in sé, sia se considerati in stretta correlazione alla normativa in materia di anticorruzione. La durata "comune" triennale, la facoltà di rinnovo dell'incarico senza procedura selettiva per una sola volta e la proroga degli incarichi nelle more del perfezionamento delle procedure di avviso pubblico appaiono coerenti con il regime di temporaneità degli incarichi e con il principio di rotazione dettato dalla legge n. 190/2012 in tema di anticorruzione per gli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento di attività nel cui ambito il rischio è più elevato. Sotto questo profilo la creazione di un ruolo unico e l'interscambiabilità tra i ruoli è in grado di consentire un'effettiva rotazione in tutte le amministrazioni, anche in quelle più piccole in cui diversamente il limitato numero di dirigenti in servizio la impedirebbe, rendendo di fatto inapplicabile quanto dettato dalla legge 190.

Troppa enfasi è stata posta sulla prevista possibilità di collocare in disponibilità il dirigente che rimanga privo di incarico. Una possibilità vista e vissuta da alcuni come l'anticamera di una libera recedibilità, dimenticando però i rigorosi principi più volte affermati dalla Corte Costituzionale<sup>1364</sup>. Per considerare compiutamente la disposizione si deve partire da quanto oggi è *ius receptum*. È

<sup>1363</sup> L'art. 22 del D.Lgs. n. 165/2001 prevedeva infatti che i provvedimenti conseguenti ad accertata responsabilità dirigenziale fossero adottati "previo conforme parere di un comitato di garanti"; la norma è stata modificata dalla novella del 2009 prevedendo che tali provvedimenti sono adottati "sentito il Comitato dei garanti".

<sup>1364</sup> Cfr. Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, ove si afferma che "l'applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso, ma semplicemente che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e a procedure di carattere oggettivo – assistite da un'ampia pubblicità e garanzia del contraddittorio"; in seguito v. per l'affermazione di rigorosi principi Corte cost., 16 maggio 2002, n. 193, in *Giur. cost.*, 2002, 1513; Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103.

vero che il dirigente ha diritto ad un incarico (e non ad un certo incarico)<sup>1365</sup> e che è tenuto ad accettare l'incarico<sup>1366</sup>; ma ha questo diritto in quanto vi sia una posizione dirigenziale da ricoprire. È indubbio che l'amministrazione non possa ricorrere all'assunzione di dirigenti esterni (tranne circoscritte e limitatissime eccezioni) nel caso in cui non abbia occupato tutti i propri dirigenti. Ciò proprio per evitare esautoramenti forzati dei dirigenti di ruolo. Se, dunque, già in base alla disciplina vigente la posizione del dirigente è adeguatamente tutelata, lo sarà ancora di più nel prossimo futuro allorché si passerà ad un ruolo unico "di area" e ad una interscambiabilità tra i ruoli. In un contesto così definito la possibilità che il dirigente rimanga senza incarico non è ovviamente esclusa; ma sarà difficile che ciò costituisca l'effetto di una scelta perniciosa dell'amministrazione. Semmai lo sforzo che dovrà fare il legislatore delegato sarà quello di coniugare tale previsione con quelle vigenti per l'accertato caso di esubero di personale.

Infine non si può che sottolineare l'evidente analogia tra quanto previsto per la dirigenza e quanto previsto per il restante personale dall'art. 5 del d.l. 90, ovvero la possibilità di sospendere il periodo di disponibilità (di cui per la dirigenza non viene fissata la durata massima che, tuttavia, si ritiene non possa che essere fissata in misura pari al biennio, al fine di evitare arbitrarie disparità di trattamento con il restante personale) per lo svolgimento di un diverso incarico. Una previsione che anche in questo caso deve essere considerata come opportunità e non come vincolo.

Con riguardo al tema della valutazione e delle responsabilità della dirigenza la questione è del pari articolata. La volontà manifestata è di addivenire ad una semplificazione dell'esistente, con una palese quanto opportuna retromarcia da troppo sofisticati sistemi che sono vittime proprio della loro astratta perfezione. Una semplificazione dei sistemi di valutazione che, come visto, è richiesta anche per il personale non dirigenziale. Quanto all'oggetto della valutazione in più parti è evidente la sovrapposizione (se non proprio la confusione) fra valutazione del rendimento individuale del dirigente e rendimento collettivo, in alcuni casi riferito alla struttura di cui il dirigente è responsabile, in altri all'amministrazione nel suo complesso. Così per quanto concerne l'attribuzione degli incarichi si opera un generico riferimento al rilievo della valutazione ottenuta nei precedenti incarichi, sia nella parte dedicata al conferimento dell'incarico [lett. e)] sia in quella dedicata alla valutazione dei risultati [lett. g)]. Nel definire l'oggetto della valutazione il ddl si riferisce ai "risultati conseguiti dalla struttura" assegnata alla responsabilità del dirigente che devono essere "coerenti con gli obiettivi dell'amministrazione, ai comportamenti organizzativi e all'impatto finale degli interventi attuati". Nella parte dedicata alla retribuzione si prevede che quella di risultato sia collegata ad "obiettivi fissati per l'intera amministrazione", nonché ad "obiettivi assegnati al singolo dirigente", sì da assumere esplicito rilievo il rendimento individuale, mentre per quello collettivo non si fa riferimento alla struttura cui il dirigente è preposto, ma all'amministrazione nel suo complesso. Il che pare assumere più il valore di premio collettivo che non di retribuzione accessoria in senso stretto. Poste le indicate disomogeneità si auspica che in sede di redazione dei decreti delegati si riponga maggiore attenzione per una ricomposizione dei vari piani di valutazione, apparendo tuttavia evidente la volontà di superamento della previsione della

<sup>1365</sup> Sul diritto all'incarico, ma non ad un certo incarico v., tra le molte, Cass. 15 febbraio 2010, n. 3451; Cass. 20 marzo 2004, n. 5659.

<sup>1366</sup> Come rileva C. ZOLI, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 283 il dirigente che contesti le scelte dell'amministrazione deve provare la violazione dei criteri di scelta per ottenere la nullità e/o il risarcimento del danno, precisando l'impossibilità per il giudice di emanare una sentenza costitutiva.

valutazione legata ad obiettivi del singolo sancita dalla novella del 2009 a favore di una valutazione che abbia ad oggetto l'attività della struttura.

Quanto alla “mancata differenziazione delle valutazioni dei dirigenti e dei dipendenti quale criterio di valutazione” il ddl non fa altro che ribadire quanto è già oggi legge ai sensi dell'art. 9 del D.Lgs. n. 150/2009. Palesemente indefinito è, invece, il criterio che si riferisce alla necessaria “autonomia dei valutatori”. Nella sua semplicità il principio è certamente condivisibile; senonché andrebbe garantita l'autonomia di giudizio a partire dall'autonomia di posizione e di nomina. In altri termini si ritiene che il soggetto valutatore non possa essere diretta espressione dell'organo politico. Il che vale per tutti gli incarichi dirigenziali, anche per quelli di direzione di un ufficio dirigenziale non generale. Già a seguito della riforma del 2009 si era giunti a riconoscere la competenza dei dirigenti di prima fascia a valutare quelli di seconda fascia<sup>1367</sup>, con una soluzione che sul piano sistematico poneva più di un problema per la tenuta del principio dell'autonomia dei singoli dirigenti nell'ambito dell'autonomia della dirigenza dalla politica. Un problema che si ripresenta e che deve essere risolto in discontinuità anche in ragione della maggiore flessibilità nel conferimento degli incarichi apicali e soprattutto dell'abolizione delle due fasce dirigenziali. Si auspica quindi che il legislatore prenda atto delle delineate criticità e predisponga un sistema che configuri gli organismi di valutazione come organismi terzi rispetto alla singola amministrazione.

Con tutta probabilità volutamente ampio, ma ad una ponderata valutazione meno generico di quanto una prima lettura aveva suggerito, è il criterio di delega volto al riordino delle disposizioni in tema di responsabilità dirigenziale e disciplinare, istituti oggetto di approfondite analisi teoriche, ma di scarsa applicazione pratica. Ciò è conseguenza anche del fatto che l'originaria distinzione tra le due forme di responsabilità è stata progressivamente intaccata da previsioni legislative che hanno qualificato singoli comportamenti inadempienti quale forma di responsabilità dirigenziale (ed a questo neppure il d.l. 90 si è sottratto<sup>1368</sup>), contro natura e *ratio* di tale forma di responsabilità come inizialmente pensata e che ha portato una parte della dottrina a negarne una propria specificità<sup>1369</sup>. Alla luce di ciò il ddl nel prevedere il “riordino delle disposizioni legislative relative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale o disciplinare dei dirigenti, con limitazione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165” sembra proprio voler riaffermare che i comportamenti che integrano la responsabilità dirigenziale sono configurabili nei casi indicati dei due commi dell'art. 21<sup>1370</sup>. Fa riflettere

<sup>1367</sup> Così espressamente C. SPINELLI, *Organizzazione e poteri “datoriali” del dirigente pubblico*, in U. CARABELLI-M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, 120.

<sup>1368</sup> L'art. 17, comma 2, del d.l. 90 prevede che il mancato inserimento dei dati sulle modalità di gestione dei servizi strumentali costituisce rileva ai fini della responsabilità dirigenziale del dirigente responsabile.

<sup>1369</sup> Da ultimo in tema v., F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 429-430 che ritiene condivisibile la tesi di chi ha affermato trattarsi di un'unica forma di responsabilità e in maniera più problematica ID, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT – 112/2010, 8 ss. Nel senso della riconduzione della responsabilità dirigenziale a quella disciplinare v. P. TULLINI, *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica*, in *Argomenti dir. lavoro*, 2003, 506. V. anche D. MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Napoli, 2010, p. 225, il quale ravvisa nella responsabilità dirigenziale una sottospecie di responsabilità disciplinare, dotata di una propria ed esclusiva disciplina normativa.

<sup>1370</sup> Chi scrive ha già espresso l'opinione (in merito sia consentito rinviare a A. BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, 233 ss., sp. 236 ss.) che si ribadisce

anche l'affermazione secondo cui la responsabilità disciplinare dovrà essere limitata "ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti stessi"; una formulazione che assume rilievo per la possibile lettura *a contrario* che ne può derivare, ovvero che la responsabilità dirigenziale (ovvero "l'altra forma" di responsabilità) possa assumere valore anche come responsabilità oggettiva, quale effetto del "solo" mancato raggiungimento degli obiettivi. Una soluzione già prospettata in dottrina<sup>1371</sup>, ma che non tiene conto del fatto che il dirigente, prestatore di lavoro subordinato, agisce in un contesto organizzato da altri, con la conseguenza che il mancato raggiungimento degli obiettivi può anche essere un effetto non riconducibile al suo operato.

Non meno rilevanti sono le considerazioni riferite agli interventi concernenti il trattamento economico fondamentale ed accessorio della dirigenza, di cui in parte si è già detto. È indubbio che anche in questo ambito si prospetti un evidente ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva, prevedendosi *ex lege* una retribuzione di posizione non inferiore al 30% del totale, una retribuzione di risultato non superiore al 15%, una confluenza della retribuzione di posizione parte fissa nel trattamento fondamentale (peraltro oggi rispettivamente finanziate utilizzando le risorse presenti nei fondi per la retribuzione accessoria e dagli ordinari capitoli di bilancio), l'introduzione di criteri omogenei per la disciplina dei fondi per la retribuzione accessoria. L'espansione del ruolo della legge e le modalità di predeterminazione delle "quote" di trattamento accessorio attribuibile segna un'evidente discontinuità con la disciplina vigente<sup>1372</sup>. Segnatamente mentre oggi si prevede un tetto minimo per la retribuzione di risultato ("almeno il trenta per cento della retribuzione complessiva del dirigente": cfr. art. 24, comma 1-bis, D.Lgs. n. 165/2001 peraltro non attuata a seguito del blocco della contrattazione collettiva), il ddl indica un tetto massimo (non più del 15%). Il che appare in controtendenza con la volontà più volte enunciata di correlare una parte congrua del trattamento economico al raggiungimento di obiettivi prefissati. Non solo. Il ddl attribuisce alla retribuzione di posizione una rilevanza molto significativa, non meno del 30% del totale. Una previsione che ha con tutta probabilità la finalità di

---

secondo cui questa contaminazione non si sia avuta in virtù del comma 1-bis dell'art. 21 del D.Lgs. n. 165/2001. Tale norma configurando quale forma di responsabilità dirigenziale la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto da parte del personale assegnato ai propri uffici degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione si è aggiunta a quella dell'art. 21, comma 1 relativa al mancato raggiungimento degli obiettivi ed all'inosservanza delle direttive, sì da differenziare una responsabilità del dirigente dipendente (co.1), dal dirigente datore di lavoro (co. 2).

<sup>1371</sup> In merito v. B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT – 104/2010, 29 secondo cui nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi vi è responsabilità dirigenziale "per il solo verificarsi della fattispecie a prescindere dal comportamento del dirigente" il quale poi precisa in nota (n. 80) che l'addebito di responsabilità "si verifica quando l'obiettivo è mancato perché magari conseguito soltanto al di sotto di una certa soglia ritenuta minima o saliente". Ma già M. ESPOSITO, *La responsabilità dirigenziale: il buon andamento dei pubblici uffici tra politica ed amministrazione*, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, n. 31 ("La dirigenza"), 246, secondo cui la responsabilità di risultato del dirigente pubblico avrebbe tendenziale natura oggettiva in quanto "vicenda strettamente connessa al fatto oggettivo della gestione". V. anche G. NICOSIA, *La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in U. CARABELLI-M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, 143 secondo cui la responsabilità dirigenziale disciplinata dal 1° comma dell'art. 21 è "una responsabilità essenzialmente di natura oggettiva"; analogamente la stessa autrice, in *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 340 secondo cui "si tratta di un addebito di natura oggettiva, e quindi senza colpa, che intende proprio punire il cattivo manager per il solo fatto di aver fallito l'obiettivo".

<sup>1372</sup> In merito alla struttura della retribuzione del dirigente pubblico, v. G. ZILIO GRANDI, *Il trattamento economico dei dirigenti tra riduzione della spesa e aumento della produttività delle pubbliche amministrazioni*, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, n. 31 («La dirigenza»), 209 ss.



limitare gli effetti dell'abolizione delle fasce, cercando di far ricadere sulla quantificazione della retribuzione di posizione gli inevitabili effetti dell'incremento della retribuzione tabellare dei dirigenti già appartenenti alla seconda fascia. Come evidenziato dalla Corte dei Conti in sede di audizione<sup>1373</sup> l'abolizione dell'attuale articolazione della dirigenza in due fasce implica di dover ridefinire in un unico valore l'ammontare dei trattamenti fissi spettanti a tutti i dirigenti che saranno inquadrati nella medesima posizione retributiva. A questa prima esigenza di omogeneizzazione si unisce poi l'altra esigenza di omogeneizzazione del trattamento fondamentale dei dirigenti appartenenti ad enti diversi. Un'omogeneizzazione che non potrà che essere nel senso di portare la retribuzione tabellare verso il valore più alto. Di qui l'incremento del valore della retribuzione di posizione, probabilmente considerato dai tecnici elemento idoneo per garantire l'effetto perequativo.

Fin qui quello che si prevede. Vi è poi Un'ampia parte che "rimane silente". È quella relativa al conferimento di incarichi dirigenziali ad esterni ai sensi del vigente comma 6 dell'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001<sup>1374</sup>. Il dl 90 interviene per gli enti locali, modificando i commi 1 e 5 dell'art. 110 del TUEL, e per la dirigenza regionale e delle aziende del Servizio Sanitario Nazionale fissando il limite di incarichi conferibili ad esterni e prevedendo che siano conferiti previa selezione pubblica, mentre nulla dice per gli incarichi a contratto nelle amministrazioni centrali<sup>1375</sup>. La ragione va forse ravvisata nel fatto che il legislatore ritiene che con il nuovo sistema del ruolo unico l'esigenza di ricorrere ad esterni sia destinata a ridursi drasticamente, se non ad azzerarsi; è un'ipotesi, ma forse sarebbe stato opportuno, proprio sulla scorta della manifestata volontà di giungere ad una omologazione tra i ruoli, addivenire ad una omogeneizzazione anche delle regole per l'assunzione dei dirigenti a contratto.

#### 8.1. (Segue) Le peculiari disposizioni relative ai segretari comunali.

Un capitolo a parte, ma non troppo, è quello relativo ai segretari comunali di cui il ddl prevede l'abolizione e il loro inserimento (secondo varie modalità a seconda della fascia professionale e dell'attuale effettivo esercizio delle funzioni) in Un'apposita sezione a esaurimento del ruolo dei dirigenti degli enti locali [art. 10 lett. b) n. 4]. Già il decreto 90, all'art. 10, aveva inciso sulla figura, o meglio, sul trattamento economico da riconoscere alla figura, prevedendo l'abrogazione dei diritti di rogito del segretario comunale e l'abrogazione della ripartizione del provento annuale dei diritti di segreteria. Una rigidità in parte attenuata in sede di conversione con il riconoscimento ai segretari comunali che operano in un ente locale privo di personale con qualifica dirigenziale e, comunque, a tutti i segretari che non hanno la qualifica dirigenziale, il diritto ad una quota annuale del provento spettante al comune in misura non superiore ad un quinto dello stipendio. Appare evidente come il legislatore non solo abbia regolato per legge una componente del trattamento economico in precedenza disciplinata dalla fonte collettiva, ma abbia introdotto un'evidente disparità di trattamento (soprattutto per quanto concerne la differenza tra enti con e senza dirigenti) che non pare avere alcuna fondata giustificazione.

<sup>1373</sup> V. audizione ottobre 2014, pag. 24.

<sup>1374</sup> In merito cfr. A. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 108 il quale ha rilevato che la possibilità di ricorrere a soggetti esterni presenta il rischio di diffondere una forte dipendenza e fidelizzazione nei confronti del potere politico.

<sup>1375</sup> V. retro nota 80.



Ma ancor più significativo è il fatto che la legge Delrio (n. 56/2014) aveva espressamente sottolineato la centralità del ruolo dei segretari comunali. Nel regolamentare l'unione dei comuni si era, infatti, espressamente previsto che "Il presidente dell'unione di comuni si avvale del segretario di un comune facente parte dell'unione, senza che ciò comporti l'erogazione di ulteriori indennità e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica" (art. 1, co. 105).

Dunque, il cambio di prospettiva attuato in pochi mesi dal presente esecutivo è evidente: dapprima conferma la figura, poi ne ridimensiona il trattamento economico, quasi a stimolare una reazione della categoria in vista del successivo intervento, ed, infine, ne prevede l'abrogazione con l'attribuzione dei relativi compiti ad un dirigente. In questo senso è emblematica la previsione che consente agli enti locali privi di figure dirigenziali di "nominare comunque un dirigente apicale con compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa e controllo della legalità dell'azione amministrativa, in luogo del segretario comunale, eventualmente attingendo nella sezione speciale"<sup>1376</sup>. Un dirigente che deve essere, dunque, assunto ai sensi dell'art. 110 del Tuel, ancorché non sia chiaro se debba essere ricondotto tra quelli in dotazione organica o tra quelli extra-dotazione organica (scelta sistematicamente preferibile) e che sarebbe comunque con tutta probabilità (e certamente così sarà nelle realtà di minori dimensioni) l'unico dirigente.

La *ratio* del disegno di legge appare evidente, ovvero trasformare i Segretari da soggetti controllori a manager locali. La critica che viene avanzata nei confronti di questa scelta è di rafforzare il ruolo della politica, ovvero di incrementare la discrezionalità nella scelta di colui che sarà chiamato a svolgere i compiti già assegnati al segretario. In realtà questa obiezione non coglie nel segno: già oggi le modalità di selezione del segretario sono improntate secondo modalità strettamente fiduciarie, con una durata dell'incarico legata al mandato dell'organo politico. Il tema sarebbe stato semmai quello di individuare modalità di assegnazione slegate da una scelta del politico, con un ritorno al passato, forse criticabile, ma che non è stato neppure preso in considerazione. Resta, comunque, il fatto che l'abrogazione della figura del segretario non può essere disgiunta da una rivisitazione dei sistemi di controllo.

## 9. Conclusioni.

Giunti a questo punto si tratta di trarre le conclusioni e di verificare se sia o meno emerso un filo rosso unitario negli interventi di riforma del Governo Renzi in materia di lavoro pubblico anche comparando l'azione del presente esecutivo con quella dei governi precedenti, individuandone i profili di continuità/discontinuità. Una riflessione che per essere completa non può prescindere da uno sguardo a ciò che sta accadendo nel settore privato.

Il punto da cui partire è la comparazione (ovviamente a grandi linee e per profili caratterizzanti) tra le due riforme organiche recenti (o quantomeno così definite), ovvero quella dettata dal Ministro Brunetta e quella proposta dall'esecutivo Renzi; considerazioni aggiuntive rispetto a quelle esposte in premessa all'analisi dei contenuti degli interventi del presente governo.

Da tale comparazione una differenza attiene certamente anche all'approccio mediatico: mentre nel 2009 si è assistito ad un attacco frontale ed indistinto nei confronti dei pubblici dipendenti,

<sup>1376</sup> Si aggiunge l'obbligo per i comuni con meno di 5000 abitanti di gestire, nelle more del completamento dei percorsi associativi, l'eventuale funzione di direzione apicale in via associata.

con l'effetto di coalizzare la categoria contro il Governo, l'attuale esecutivo è stato molto più cauto: ha voluto evitare un possibile scontro con i lavoratori, pur marcando le differenze al loro interno tra nullafacenti e volenterosi, quasi a voler portare la contrapposizione tra "buoni" e "cattivi" sul luogo di lavoro. Un'apertura al confronto anche con i lavoratori che assume in certa misura i toni della sfida. Il 30 aprile il Primo Ministro Renzi nel presentare i punti della propria riforma come una "assoluta rivoluzione" esplicita di voler ascoltare, sottolineando, non senza spavalderia, di non aver paura del confronto ("prima di dare il via libera al documento normativo vi vogliamo ascoltare, non abbiamo paura del confronto"). Un confronto che è iniziato, ma che via via è scemato e che non ha per nulla considerato il "nuovo" punto 45, il più invocato da tutti, ovvero la riapertura della contrattazione collettiva. Sul punto l'esecutivo prima ha taciuto, poi a fine agosto ha annunciato per voce del Ministro Madia il blocco della contrattazione, puntualmente inserito nella legge di stabilità attualmente in discussione nel cui corpo però trova soddisfazione la richiesta del comparto Sicurezza per il quale le coperture economiche sono state rinvenute. Mi viene da dire che si è trattato di un confronto formale, ma privo di sostanza: un gran parlare per poter procedere senza ostacoli secondo lo schema prefigurato.

Proseguendo il confronto con il prima, sia con Brunetta sia con Renzi lo scontro con le organizzazioni sindacali è indubbio, ancorché diversamente amplificato. Senza dubbio più marcato ed evidente è stato quello del 2009, vista la volontà di scardinare un sistema che si era consolidato anche *contra legem* per una contrattazione che, soprattutto a livello decentrato, si era estesa oltre i limiti consentiti<sup>1377</sup>; l'intervento recente è stato più agevole potendosi sviluppare sulle praterie aperte dalla riforma dell'assetto delle fonti disegnato dalla riforma Brunetta e dal successivo blocco della contrattazione collettiva. Un blocco che nei fatti ha inciso sulla forza delle organizzazioni sindacali le quali, a mio avviso, hanno comunque avuto il grande demerito di non essere state in grado di presentare un progetto realmente alternativo, arroccandosi sul conservatorismo più rigido, vivendo ogni possibile modifica quale inevitabile arretramento di diritti acquisiti. Si è detto che l'azione dell'esecutivo Renzi è stata più agevole, ma non per questo meno dura e decisa. Ne è prova emblematica l'abbattimento del cinquanta per cento dei distacchi, delle aspettative e dei permessi sindacali, reso possibile anche in forza del consenso mediatico alla riduzione al quale le organizzazioni sindacali non sono riuscite a contrapporsi adeguatamente.

Se si passa dall'aspetto mediatico ai contenuti (di cui peraltro qualcosa si è già detto), è indubbio che l'elemento qualificante della riforma del 2009, espresso come tale anche dallo stesso Ministro Brunetta, fosse la trasformazione in senso aziendalistico della pubblica amministrazione; un processo di trasformazione che vedeva coinvolti come attori privilegiati i cittadini. La prospettiva aziendalista era vista come l'unica in grado di incrementare, efficienza, efficacia ed economicità nell'azione della pubblica amministrazione. Il punto debole di quel progetto, come anche recentemente ribadito dalla dottrina, era però quello di pensare ad Un'azienda senza impresa, in un contesto non di mercato sostituito dal giudizio della collettività.

<sup>1377</sup> Così espressamente U. CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT – 101/2010, sp. 7 ss., il quale sottolinea la "progressiva espansione della contrattazione verso le molteplici aree dell'organizzazione di uffici e strutture" (p. 21), nonché V. TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 14 ss. il quale ha rilevato che le materie rimesse in sede decentrata a forme di partecipazione più pervasive, quali la concertazione, sono state soventemente contrattate determinando "una sorte di paralisi delle prerogative dirigenziali giustificata con il richiamo alla categoria dei contratti gestionali" (p. 15).

In continuità con tutti gli interventi precedenti anche in quello del presente esecutivo è presente una logica di contenimento dei costi. Il punto è se a fianco dell'esigenza di contenimento, vi siano anche misure in grado di raggiungere gli obiettivi di incremento ipotizzati. È indubbia la finalità di rendere più agile e più efficace l'intero agire del settore pubblico, in una parola di semplificarne l'azione; tuttavia la spinta rigorosamente aziendalista che aveva caratterizzato la precedente esperienza risulta indebolita. La riforma recente non pone al centro l'azienda, ma la politica e sul piano del rapporto di lavoro amplia l'ambito della speciale disciplina del lavoro pubblico e riafferma e rafforza l'unilateralità dei poteri datoriali e la flessibilità nella gestione del personale. Poteri che sono esercitati da dipendenti, i dirigenti, ancor più legati al vertice politico. Un rafforzamento del ruolo regolatore della legge cui si affianca anche una compressione, esplicita nonché indiretta, ma non per questo meno forte, del ruolo della contrattazione collettiva. Tale tendenza, peraltro, è presente con evidenza anche nei progetti di riforma del settore privato. Con specifico riferimento al settore pubblico, se da un lato l'intervento della legge comprime lo spazio del contratto, se alcuni interventi postulano in futuro una limitazione della competenza della contrattazione (segnatamente quella integrativa), dall'altro lato è indubbio che alcune proposte in apparenza solo definitorie (l'art. 8 del ddl) o organizzative (l'istituzione di ruoli unici dirigenziali) incidono anche sulla "libera" esplicazione della contrattazione collettiva.

Si potrebbe, dunque, concludere che nulla in realtà è cambiato; che si tratta di una continuazione del *trend* in essere; quella che doveva essere una rivoluzione si traduce in nient'altro che in una manutenzione "rafforzativa", priva di specifica e qualificante progettualità.

In realtà così non è, almeno in quelle che sembrano essere le intenzioni. Mi pare di poter scorgere evidente una netta discontinuità di filosofia rispetto al passato. L'elemento nuovo è ciò che mi sentirei di qualificare come la "strumentalità ribaltata" del Governo Renzi in materia di riforma delle pubbliche amministrazioni. Fino ad ora al centro delle riforme, tranne marginali casi, vi è stata la riforma del rapporto di lavoro. Così è stato nel 1992, dove il mito dell'efficienza del privato ha portato ad una tendenziale omogeneizzazione di disciplina tra pubblico e privato; è stato così in tutti gli interventi successivi in cui, non mettendosi mai in discussione la matrice privatistica del rapporto di lavoro (precisamente la pietra angolare costituita dal contratto di assunzione) si è progressivamente divaricata la specialità di disciplina quale strumento per una maggiore flessibilità e, dunque, per una maggiore efficienza; non vi è stato mai un progetto di effettiva riforma strutturale ed anche la "politica dei tagli" si è tradotta in previsioni di tagli lineari e non selettivi. Le riforme dell'organizzazione sono state nei fatti all'insegna del Gattopardo e della moltiplicazione delle strutture, mentre la riduzione complessiva del personale è stata per lo più l'effetto di naturali cessazioni dei rapporti di lavoro non rimpiazzati con nuove assunzioni.

Il presente esecutivo al fine di favorire la ripresa economica ha chiara l'esigenza di semplificare le procedure amministrative di interesse dei cittadini e delle imprese. Secondo alcuni un tributo a Confindustria ed alle imprese, secondo altri un'esigenza imprescindibile per ridurre i costi della burocrazia e, dunque, per dare un effettivo impulso alla crescita. Quale che sia la valutazione che se ne voglia dare, è chiaro che la realizzazione di detto obiettivo presuppone di dover preliminarmente affrontare il nodo dell'organizzazione pubblica ed ancora prima di dover creare le condizioni affinché nel processo di riorganizzazione vi sia il giusto temperamento tra interesse pubblico e garanzia dei diritti dei lavoratori pubblici. Sul personale il Governo interviene solo marginalmente, ma con una chiara opzione: rafforzare l'unilateralità di regolazione e la flessibilità. Sotto questo profilo si pone in linea di continuità con la riforma del 2009, di cui "utilizza" i risultati.

Tuttavia rispetto alla riforma del 2009 segna una precisa discontinuità: la riforma Brunetta aveva al centro l'amministrazione/azienda; la riforma Renzi ha al centro l'amministrazione/politica. Appare evidente la chiara opzione per cui il processo non può che essere "costantemente attenzionato" dalla politica con una volontà non troppo celata di una sua riappropriazione sostanziale del ruolo di comando. La riforma presentata, pur rafforzando la discrezionalità della politica nella scelta della dirigenza, si configura peraltro come un "progetto minore" rispetto a quello cui si era inizialmente lavorato nelle chiuse stanze della politica per la realizzazione di una dirigenza totalmente a termine, con dirigenti scelti da un unico albo di "abilitati". Su questo si tornerà.

Dunque il filo rosso è costituito dalla strumentalità degli interventi sul personale, al fine di evitare che l'inamovibilità dei dipendenti possa essere di ostacolo alla riorganizzazione o per dirla in senso ribaltato per facilitare la flessibilità del personale. Paiono emblematici di tale percorso le nuove disposizioni in tema di mobilità e di trasferimento geografico. Ma allo stesso filo rosso si legano anche le previsioni che postulano un ricambio generazionale. Si sono già espressi dubbi sul fatto che si possa parlare di vera e propria staffetta e sul fatto che possano trovare conferma gli elevati numeri di nuovi accessi indicati dal Primo Ministro e dal Ministro dell'economia. Resta tuttavia il fatto che la logica da cui sono ispirati è la stessa. La riorganizzazione presuppone innovazione e, dunque, sia professionalità diverse e maggiormente qualificate, sia giovani, cresciuti nell'era digitale ed idonei a mettere in atto quella digitalizzazione più volte auspicata, ma sempre rimasta sostanzialmente inattuata. L'eliminazione del limite capitaro nell'ambito del turn-over ne è prova; parimenti ne è prova l'abolizione dell'istituto del trattenimento in servizio, con valutazione opposta rispetto al privato dove vi è un incentivo alla permanenza in servizio per consentire un immediato risparmio di spesa previdenziale. Comune al privato è, invece, la volontà di incrementare la produttività. L'impressione è che le riforme del settore privato non tendono nell'immediato tanto ad incrementare l'occupazione, quanto la produttività. Ed allora pubblico e privato si ritrovano accomunati.

In tutto questo qual è il ruolo della contrattazione collettiva? Se lasciamo da parte vecchi stereotipi ne consegue che la partita che può essere giocata dalla contrattazione è più ampia di quello che possa apparire. Usando una metafora calcistica sembra chiaro che le parti sociali non possano giocare all'italiana, accontentandosi di difendere agendo in contropiede; devono avere la forza di proporre un proprio gioco, anticipando e suggerendo le azioni della politica, non predefinendo alleati e nemici, ma ragionando sui contenuti. E se così vorranno comportarsi c'è un ambito di competenza della contrattazione collettiva, non espropriato, e strettamente connesso al tema dell'organizzazione, su cui operare fin da subito: la materia dell'inquadramento del personale, a sua volta strettamente connesso alla disciplina del trattamento economico. Quanto a quest'ultimo è vero che vi è il blocco della contrattazione nazionale e che permangono vincoli massimi di distribuzione delle risorse, ma è del pari vero che dai processi di riorganizzazione possono derivare dei risparmi di spesa in parte (ed il fatto che lo siano solo in parte dovrebbe essere oggetto di attenta riflessione politica) spendibili per il riconoscimento di trattamenti accessori. Ma ancor prima vi è il necessario ripensamento del sistema di inquadramento, fermo ancora alle dichiarazioni dei contratti della seconda tornata e oggetto di potenziale immediato confronto, atteso che il perdurante blocco contrattuale non attiene alla parte normativa. La logica non deve però essere quella di irrigidire il sistema, ma propositiva. È opportuno (se non indispensabile) pensare ad una razionalizzazione ed integrazione dei modelli di inquadramento anche per definire nuovi profili professionali in grado di inserirsi con prospettiva di innovazione nei modelli organizzativi che si

andranno a determinare. Non meno importante è il poter mettere a disposizione dell'innovazione istituti contrattuali aggiornati che si pongono come supporto al processo riorganizzativo.

Quanto ai modelli, il ripensamento della "geografia" delle amministrazioni si accompagna con l'espressa volontà di accentrare molte funzioni sul Governo, rafforzandone il ruolo di motore dell'intera azione amministrativa. Una visione istituzionale centralista, da qualcuno ribattezzata "palazzochigicentrica". Nella ridefinizione della geografia in senso sostanzialmente monistico c'è poi un tema che è strettamente politico e non giuridico, che evidenzio, ma non affronto, ovvero il tema relativo a quanto pubblico rimarrà nella gestione dei servizi. Una questione che si lega a doppio filo con la sorte delle società pubbliche, molte delle quali chiamate a svolgere nel libero mercato attività non strettamente connesse al perseguimento di interessi pubblici, altre, pur correlate al perseguimento di interessi pubblici, inefficienti e sistematicamente in perdita. Anche in questo caso l'annunciata "cura Cottarelli" di tagli è rimasta un annuncio, ma la volontà razionalizzatrice del presente esecutivo non può che meritare apprezzamento.

Si è detto accentramento e primato della politica; un binomio che sul piano del lavoro pubblico ha comportato una ridefinizione delle regole che disciplinano il conferimento degli incarichi dirigenziali. Chi scrive nel proprio percorso di analisi ha già più volte sottolineato che la dirigenza deve essere al "servizio esclusivo della Nazione" e non della maggioranza di governo, quale garanzia dei principi di imparzialità e di buon andamento. Ma ha anche sottolineato e difeso l'esigenza che il politico abbia adeguata flessibilità nell'individuazione di coloro che saranno chiamati a tradurre in attività concreta gli obiettivi prefissati. La questione di per sé ovvia – ed andando alla sostanza – non è tanto (o solo) inerente alle modalità di scelta, ma alla scelta stessa, ovvero la necessità che la scelta ricada su di un soggetto idoneo a svolgere i compiti assegnati, e alla garanzia di autonomia nello svolgimento dell'incarico. Di qui la scontata affermazione della centralità del ruolo della valutazione che – lo si ribadisce – dovrebbe essere slegata dalla politica anche per quanto concerne la scelta dei valutatori e rivolta ad Un'analisi obiettiva dei risultati ottenuti, rispetto a cui è certamente apprezzabile la scelta di considerare i risultati collettivi della struttura e non solo quelli individuali del singolo dirigente. Ma bisognerebbe anche alleggerire l'ampia disciplina di dettaglio in quanto tanto più il dirigente è deresponsabilizzato del ruolo manageriale, tanto più è legato a doppio filo alla politica, configurandosi più come un esecutore che non come un manager.

Peraltro il ritorno al primato della politica unitamente al rafforzamento del ruolo della legge e alla contrazione dell'ambito di libera esplicazione della contrattazione collettiva devono essere considerati alla luce di una permanente natura privatistica del rapporto di lavoro. L'effetto è un indubbio ampliamento del potere decisorio unilaterale dell'amministrazione nella gestione del rapporto di lavoro, atteso che, come noto, l'esercizio unilaterale dei poteri datoriali deve essere motivato da specifiche ragioni solo in quanto ciò sia esplicitamente richiesto dalla fonte legislativa o da quella negoziale. Poiché il ruolo di quest'ultima è oltremodo ridimensionato e poiché le speciali disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001 non prevedono di regola alcun obbligo di motivazione ne deriva un'indubbia limitazione di limiti esterni all'esercizio di un potere che diviene molto ampio ed insindacabile e che pertanto dal punto di vista sistematico rischia di compromettere l'essenza stessa del diritto del lavoro. Di qui la riflessione circa la possibilità di invocare a tutela del prestatore di lavoro (ma più in generale a tutela dell'intero sistema) non più solo limiti esterni, ma anche limiti interni volti a verificare il corretto esercizio dei poteri datoriali. Del resto la Suprema Corte ha già affermato con riguardo all'adozione di atti gestionali – ancorché in via pressoché esclusiva

con riferimento al potere di scelta in sede di conferimento degli incarichi dirigenziali – l'obbligo per l'amministrazione datore di lavoro di rispettare le clausole generali di correttezza e buona fede applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento<sup>1378</sup>. Il che ovviamente pone un problema circa i limiti del sindacato giurisdizionale, atteso che in questo caso la valutazione concreta spetta al giudice del lavoro chiamato a decidere la singola controversia instaurata sul presupposto di un asserito illegittimo esercizio del potere datoriale.

In definitiva, la macchina del cambiamento è avviata, non si tratta di una rivoluzione, ma neppure di una semplice manutenzione; si tratta di una prospettiva di cambiamento che chiede un'azione non solo continua, ma anche più aperta alla sfida intellettuale fin ora troppo ignorata, per consentire, in prospettiva positiva, al cielo sempre illuminato dagli annunci di consolidarsi quale luce perpetua ed evitare che all'esaurirsi delle polveri ci si accorga di aver solo sognato.

---

<sup>1378</sup> In questo senso cfr. Cass. S.U., 23 settembre 2013, n. 21671; Cass. 26 settembre 2011, n. 19630, in *Giust.civ.*, 2012, I, 1337. In termini critici V. FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati*, in M. NAPOLI e A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 71 ss. il quale sottolinea che il significato della privatizzazione sta proprio nell'ampliamento degli spazi di discrezionalità del soggetto pubblico "che può anche avvenire a danno delle posizioni soggettive del singolo lavoratore, seppur a condizione che l'equilibrio tra le due fonti non finisca per metter in pericolo il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 97 Cost., di modo che non possano in via di semplice interpretazione introdursi elementi contrari a tale espressa finalità".

## L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici\*

Patrizia Tullini

1. Adempimento della prestazione e *performance* nel lavoro pubblico: i “gemelli diversi”. 380
2. Patologia dell'adempimento lavorativo e vincoli deontologici. Tre tesi sul potere disciplinare del datore di lavoro pubblico. 382
  - 2.1. Prima tesi: il potere disciplinare nel settore pubblico ha una prevalente cifra simbolica e comunicativa. 384
  - 2.2. Seconda tesi: il potere disciplinare nel settore pubblico è effettivamente “plurale”. Trasparenza, anticorruzione, codice di comportamento: la triade della nuova etica pubblica. 387
  - 2.3. Terza tesi: la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico è “aggiuntiva”. I rischi di sovrapposizione, duplicazione e interferenza. 390
  - 2.4. Segue. Il concorso tra differenti forme di responsabilità giuridica. Ancora sulla responsabilità disciplinare e manageriale del dirigente pubblico. 391
3. Uniformità o specialità del potere disciplinare nel settore pubblico? A cosa servono le categorie del diritto civile. 395

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 229/2014

## 1. Adempimento della prestazione e *performance* nel lavoro pubblico: i “gemelli diversi”.

La prospettiva di analisi è abbastanza inusitata: l'adempimento della prestazione lavorativa non ha ricevuto una propria ed autonoma concettualizzazione e neppure una chiara visibilità nella costruzione giuridico-sistematica dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

La scarsa idoneità esplicativa della nozione di adempimento/inadempimento non può sorprendere. L'ordinamento del lavoro pubblico ha alle spalle una storia troppo risalente e celebrata, e non basta certo adottare il *mainstream* della “contrattualizzazione” per far dimenticare il lungo tempo immobile nel quale era la “qualifica formale” a determinare il trattamento giuridico ed economico dell'impiegato pubblico, rimanendo pressoché irrilevante stabilire quale fosse l'effettiva prestazione da adempiere, il contenuto del debito e i suoi esatti confini.

L'introduzione verso la fine degli anni '90 del vecchio secolo di organismi e di procedure di controllo interno - (strategico, gestionale, di regolarità: cfr. d. lgs. n. 286/99) – e l'avvio sperimentale della valutazione dei dirigenti non hanno cambiato molto le cose. L'instabile e faticosa “cultura” del monitoraggio ha orientato il *focus* sugli obiettivi e sui risultati dell'azione amministrativa secondo un parametro di congruità rispetto ai costi, lasciando in ombra l'oggetto della prestazione di lavoro e la vicenda dell'adempimento.

Dieci anni dopo, nella medesima linea d'indirizzo (ma senza un vero raccordo con il d. lgs. n. 286/99 tuttora parzialmente in vigore), il d. lgs. n. 150/2009 ha innestato la controversa nozione di *performance* organizzativa e individuale, collocandola al centro del disegno di riforma del lavoro pubblico. A conti fatti, è stata sicuramente sproporzionata o avventata “l'eccessiva enfasi posta su questo elemento”<sup>1379</sup>; è innegabile tuttavia il forte impatto dell'innovazione (anche lessicale) che ha avuto *presumibilmente* l'intento di rappresentare la tensione con cui le strutture pubbliche, la dirigenza e i singoli dipendenti sono tenuti a realizzare gli obiettivi assegnati dal decisore politico, in considerazione delle risorse allocate e degli interessi degli *stakeholders* esterni<sup>1380</sup>. C'è l'evocazione del corretto adempimento della prestazione lavorativa, ma anche del suo valore economico e professionale, che deve esprimersi in termini di efficacia/efficienza secondo i principi della scienza manageriale e la più accreditata versione dell'idealtipo della c.d. amministrazione di risultato<sup>1381</sup>.

Quando la Riforma Brunetta ha impostato il complesso sistema di valutazione della *performance* individuale, esigendone la certificazione attraverso una mole documentale (secondo le linee

<sup>1379</sup> L. Torchia, *Valutazione e amministrazione pubblica*, in G. Gardini (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Quaderni Spisa, BUP, Bologna, 2012, p. 214.

<sup>1380</sup> A. Viscomi, *Sistema di valutazione delle performance delle strutture, della dirigenza e del personale nella riforma della pubblica amministrazione*, in U. Carabelli-M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 100.

<sup>1381</sup> Com'è stato ampiamente rilevato in dottrina, “l'elemento complessivamente connotativo del nuovo modello, alternativo a quello amministrativistico” consiste nella concezione della congruità dell'attività organizzativa “non in chiave formale-legalistica, bensì sostanziale-aziendalistica”: così A. Corpaci, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGL*, 2010, I, p. 473. Nell'ambito di una letteratura amplissima sul tema cfr., ad es., P. Cerbo, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2007, p. 203 ss.; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, Torino, 2002.



guida dettate dall'Autorità nazionale di cui all'art. 13 d. lgs. n. 50/2009)<sup>1382</sup>, ha senza dubbio oltrepassato e, per così dire, doppiato la nozione giuridica di adempimento della prestazione lavorativa. Come uno specchio che riflette e duplica, modificando però i contorni.

Il legislatore s'è preoccupato d'indicare i metodi e gli strumenti per "misurare, valutare e premiare" (cfr. art. 3, co. 4, d. lgs. n. 150/2009), così da comporre un virtuoso "ciclo di gestione" di cui si possono conoscere "le fasi, i tempi, le modalità, i soggetti e le responsabilità" (cfr. art. 7, co. 3)<sup>1383</sup>. Ma l'intero processo ruota attorno ad un perno che continua a presentare contorni nebulosi: la rubrica dell'art. 9 allude agli "ambiti" della *performance* individuale che l'Amministrazione deve misurare, senza che si chiarisca effettivamente qual è l'oggetto della valutazione. Con qualche maggiore approssimazione, la *performance* dirigenziale risulta collegata (tra l'altro) alle "competenze professionali e manageriali dimostrate", mentre per il restante personale rilevano, con una leggera variazione e attenuazione lessicale, "le competenze dimostrate ed i comportamenti professionali e organizzativi".

Con un'autentica aspirazione filologica, i giuristi del lavoro hanno sperimentato accostamenti e analogie: da quelle più scontate, con le teorie sociologiche e dell'organizzazione, sino a quelle più contigue alla scienza politica, o quelle più eufoniche che abbinano il merito, la giustizia e la dignità della persona<sup>1384</sup>. Al fondo, però, resta l'interrogativo irrisolto: come s'individua il debito contrattuale del dipendente pubblico; come si ricostruisce l'ambito di adempimento del suo contratto di lavoro?

Fattori significativi per una definizione dell'area debitoria possono rintracciarsi nella potente riedizione legislativa del potere disciplinare, finalizzato a specifiche esigenze efficientistiche e di controllo del rendimento lavorativo nel settore pubblico (art. 67, d. lgs. n. 150/2009). È l'esercizio di tale prerogativa tipicamente datoriale che consente di far emergere e di profilare, sul versante passivo, un ambito di responsabilità del dipendente che è direttamente connesso alla mancata o inesatta esecuzione della sua prestazione lavorativa.

La responsabilità di tipo disciplinare affianca ed interseca in più punti l'esito negativo della *performance* e il mancato raggiungimento degli obiettivi, pur senza coinvolgere né collegarsi necessariamente al processo di valutazione individuale. Anzi, l'impressione che si vuole comunicare è che l'adempimento contrattuale e la *performance* costituiscono fattispecie contigue o parzialmente coincidenti, eppure non sovrapponibili: gemelli, forse, ma comunque diversi.

<sup>1382</sup> Cfr. Linee guida (ex) Civit per la Relazione della *performance* (delibera n. 5/2012) e Linee guida per la validazione da parte dell'OIV (delibera n. 6/2012). Per un giudizio critico sull'iper-regolazione del sistema cfr. G. Capano, *Misurazione e valutazione nella Riforma Brunetta: idee datate per una riforma solo annunciata*, in G. Gardini (a cura di), *op. cit.*, p. 219 ss.; S. Battini-B. Cimino, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, ivi, p. 255 ss.; R. Mercurio-V. Esposito, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in L. Zoppoli (a cura di), *ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ES, Napoli, 2009, p. 231 ss.; F.G. Grandis, *Luci ed ombre nella misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in GDA, 2010, p. 27 ss.; M. Morciano - G. Cammarota, *Programmazione di bilancio, performance organizzativa e valutazione dei risultati*, in RGL, 2010, I, p. 493 ss.

<sup>1383</sup> Per un'analisi delle metodologie di misurazione/valutazione cfr., ad es., A. Naddeo, *La misura delle prestazioni e riforma della pubblica amministrazione*, in LPA, 2013, p. 17 ss.; G. Della Rocca, *Convergenze e dilemmi nelle esperienze di valutazione delle prestazioni nella pubblica amministrazione*, ivi, 2013, p. 23 ss.

<sup>1384</sup> Cfr., per le soluzioni linguistico-esegetiche, A. Occhino, *Il diritto del lavoro di fronte alla questione del merito*, in Studi in onore di T. Treu, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, p. 173 ss.; Ead., *Misurazione e valutazione della performance nel sistema della responsabilità*, in M. Napoli-A. Garilli (a cura di), *Il lavoro nelle PP.AA tra innovazione e nostalgia del passato. Commentario sistematico*, in NLCC, 2011, p. 1188 ss. Considera invece "opaco" il termine, B. Caruso, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nelle P.A. italiane)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 104/2010, p. 7.

Non a caso, nell'ipotesi di mancato soddisfacimento delle attese la reazione non è unica né unitaria, ma il legislatore ritiene configurabili separate e distinte ricadute in termini giuridici. Ciò sembra dimostrare il doppio canale introdotto per la dirigenza pubblica che ammette simultaneamente la responsabilità manageriale e quella disciplinare (v. *infra* § 2.4.).

Seguendo la traccia indicata dallo stesso legislatore, si può tentare d'inquadrare la nozione di adempimento della prestazione lavorativa attraverso l'analisi della sua patologia, individuando il contenuto e i limiti del debito contrattuale in considerazione degli strumenti di reazione predisposti dall'ordinamento del lavoro pubblico.

## 2. Patologia dell'adempimento lavorativo e vincoli deontologici. Tre tesi sul potere disciplinare del datore di lavoro pubblico.

Tradizionalmente inglobata nello statuto del dipendente pubblico, quale supporto irrinunciabile della costruzione teorica della supremazia speciale dell'Amministrazione, la materia disciplinare ha accompagnato l'evoluzione legislativa verso la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro attraversando fasi alterne (e spesso confuse), con contaminazioni e ibridismi delle fonti<sup>1385</sup>. Sino a diventare, per un sorprendente effetto di nemesi storica, il principale rinforzo della logica privatistico-aziendalistica allorché la novella del 2009 ha ravvisato nell'azione disciplinare un indispensabile strumento gestionale delle organizzazioni pubbliche, e non più solo l'*editio minor* d'un potere afflittivo d'impronta penalistica.

Alla prerogativa sanzionatoria, infatti, è stato assegnato un fondamentale rilievo ricostruttivo-sistematico. Da un lato, risulta co-essenziale e persino *costitutiva* del ruolo manageriale, in coerenza con l'obiettivo di valorizzare il dirigente quale datore di lavoro pubblico: operando come rafforzativo della contrattualizzazione, almeno in apparenza sembra favorire la convergenza con il settore privato. D'altro lato, la ristrutturazione del potere disciplinare e la sua dettagliata regolamentazione eteronoma – secondo l'assetto delle fonti fissato inderogabilmente dall'art. 40, co. 1, d. lgs. n. 165/2001 (mod. dall'art. 54, d. lgs. n. 150/2009) – hanno indotto a profilare la responsabilità del dipendente pubblico in corrispondenza di un'area *normativamente* definita di obblighi giuridici e di regole di condotta.

A partire dalla Riforma Brunetta la rilevanza della materia disciplinare è rapidamente cresciuta sul piano politico-legislativo, e ancor più su quello politico-comunicativo. E ciò, sia per effetto degli interventi che hanno ricondotto all'ambito tipicamente sanzionatorio il presidio di norme etico-sociali e comportamentali; sia in forza di normative generali che hanno inteso ridisegnare l'attività amministrativa secondo principi d'integrità, imparzialità e trasparenza, collocando nella prospettiva dell'adempimento del dipendente – *sub specie* di "doveri d'ufficio" – una serie piuttosto eterogenea di prescrizioni relative alla condotta nei rapporti interni ed esterni, al conflitto d'interessi e all'incompatibilità, alla prevenzione degli illeciti e della corruzione. L'assetto integrato di alcuni provvedimenti legislativi pressoché coevi e complementari (cfr. spec. l. n. 190/2012; d. lgs. n. 33/2013; D.p.r. n. 62/2013) ha definito la triade della nuova etica pubblica –

<sup>1385</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione della materia disciplinare sino al d. lgs. n. 165/2001 cfr. S. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro pubblico e privato*, *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2002, p. 41 ss.; A-M. Perrino, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 2004, p. 399 ss.

trasparenza amministrativa, anticorruzione, codice di comportamento - contribuendo in modo significativo alla fioritura di sistemi para o pseudo-disciplinari (cfr. § 2.2.).

Dopo aver investito considerevoli risorse (materiali e non) sul “ciclo di gestione della *performance*” e il suo ipertrofico apparato documentale, le organizzazioni pubbliche si trovano ora a dover recuperare (anche) le dimensioni della correttezza, della legalità e del controllo: non solo evitando improprie commistioni tra verifiche di legalità e di risultati, ma introducendo correttivi adeguati rispetto al divorzio tra legalità ed efficienza<sup>1386</sup>. Ciò avviene con la giustapposizione e l'aggiunta – accanto e oltre l'approccio aziendalistico della razionalizzazione della spesa e dell' “efficientamento” (cfr. capo II, d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013) – di ulteriori strumenti di regolazione, probabilmente da ascrivere al genere della *soft law*, che si collocano a metà tra la sfera etica e quella giuridica, tra la responsabilità sociale e quella disciplinare. Il riferimento è alla tipologia, ormai abbastanza ampia, di “programmi” della trasparenza e dell'integrità, di “piani” della prevenzione della corruzione, di “modelli” di rendicontazione sociale, di bilanci di “missione”, di “codici” etici e di comportamento.

In termini generali il fenomeno risulta in espansione e procede a tappe forzate, evidenziando i limiti del normativismo classico e la ricerca di un'alternativa fondata sulla condivisione e la sostenibilità sociale della dimensione giuridica<sup>1387</sup>. Peccato, però, che gli strumenti di normazione flessibile vengano adottati ed incentivati soprattutto per le nuove (e, forse, migliori) opportunità che presentano sul piano tecnico, o più semplicemente per reagire all'inflazione del veicolo normativo. Si rivelano invece insufficienti i criteri relazionali e le categorie concettuali che dovrebbero consentire un efficace raccordo e inter-scambio tra il versante giuridico e quello sociale.

Il *mix* di regole sviluppa un processo di pianificazione/rendicontazione più largo rispetto a quello delineato dalla riforma del 2009 - nel quale viene inglobato a guisa di cerchio concentrico il ciclo della *performance* - con forti ambizioni di rigenerazione dei meccanismi di governo delle organizzazioni pubbliche. Com'è inevitabile, si scontano sovrabbondanze e duplicazioni, ma soprattutto non sono ancora state osservate le molteplici ricadute di tale processo nella gestione dei rapporti di lavoro.

È innegabile che il *mood* dell'aziendalizzazione tenacemente perseguito dal corso riformista degli

<sup>1386</sup> In questo senso può interpretarsi anche l'art. 19, co. 9, d.l. n. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. n. 114/2014 (“Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa, e per l'efficienza degli uffici giudiziari”), secondo cui, “al fine di concentrare l'attività dell'Autorità nazionale anticorruzione sui compiti di trasparenza e di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, le funzioni della predetta Autorità in materia di misurazione e valutazione della *performance* di cui agli artt. 7, 10, 12, 13 e 14 del d. lgs. n. 150 del 2009 sono trasferite al Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione”. Per una sintetica ricostruzione dell'evoluzione del principio di legalità, quale premessa teorico-sistemica delle riforme del lavoro pubblico a partire dagli anni Novanta, cfr. M. Cerbone – F. Rota, *Dalla “legalità” in senso formale alla intrinseca “legislatività” dell'organizzazione pubblica*, in R. Mercurio-A. Zoppoli (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali. La comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, ES, Napoli, 2009, p. 3 ss.; U. Gargiulo, *Principio di legalità ed efficienza organizzativa: una “lente bifocale” per la lettura delle più recenti riforme del lavoro pubblico*, in RGL, 2014, I, p. 407 ss.

<sup>1387</sup> Cfr. A. Febbrajo, *Limiti della regolazione giuridica nelle crisi intersistemiche*, in R. Bifulco- O. Roselli, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 25 ss.; ID., *Note sul concetto sociologico-giuridico di “confine”*, in *Diritto e libertà*. Studi in memoria di M. Dell'Olio, Giappichelli, Torino, 2008, vol. I, p. 491 ss.

anni Duemila non abbia prodotto i risultati ipotizzati e attesi, come testimoniano i rinnovati annunci d'un ripensamento del legislatore<sup>1388</sup>. Così, l'amministrazione pubblica si propone ora di reagire *tanto* ai vuoti di legalità *quanto* alle deficienze organizzativo-gestionali anzitutto riattivando o potenziando i consueti mezzi sanzionatori.

L'aumento della pressione (etico)-afflittiva si avverte specialmente nei confronti del dirigente pubblico costretto ad assumere la doppia veste di (forzato) titolare e di soggetto passivo del recente attivismo disciplinare<sup>1389</sup>, sebbene si possa fondatamente dubitare - come hanno rilevato molti commentatori - che simili rimedi siano idonei a favorire comportamenti proattivi e sollecitare funzioni manageriali<sup>1390</sup>.

Come dire che l'esigenza espressa dal legislatore di *empowerment* del ruolo dirigenziale si accompagna all'ipertrofia dei meccanismi di controllo e, dunque, alla mancanza d'una reale autonomia. Il che sembra evocare un paradosso, ma a ben vedere solo apparente, se si considera che è proprio la massiccia adozione di pratiche manageriali finalizzate al cambiamento (o alla *modernizzazione*) a rilanciare fortemente l'idea (o la promessa) del governo dell'organizzazione pubblica e delle risorse umane attraverso una maggiore autonomia *formale* caratterizzata contemporaneamente dal controllo<sup>1391</sup>.

L'effetto intuitivo, e più evidente, del fenomeno descritto riguarda l'ampliamento del debito contrattuale del dipendente pubblico, i cui contorni risultano progressivamente ridefiniti dai reiterati interventi legislativi e dal concorso di fonti eterogenee destinate ad incrementare la materia disciplinare. Altre contro-indicazioni si possono cogliere nella concreta fase operativa, là dove s'intravedono problemi di stratificazione, d'interferenza e di sovrapposizione (o addirittura raddoppio) dei meccanismi di tipo afflittivo.

Ci sono argomenti sufficienti per focalizzare il piano tematico relativo al fondamento del potere disciplinare e al suo radicamento nell'area dell'(in)adempimento della prestazione lavorativa. Per esigenze di sintesi, una riflessione sugli innumerevoli profili critici può essere sommariamente organizzata intorno ad alcune tesi o proposizioni principali.

## 2.1. Prima tesi: il potere disciplinare nel settore pubblico ha una prevalente cifra simbolica e comunicativa.

La materia disciplinare è stata spesso negletta dalla dottrina e per lo più assente dai repertori di giurisprudenza. Secondo un luogo comune, di solito incontestato, le amministrazioni pubbliche

<sup>1388</sup> Cfr. in materia di misurazione della *performance*: l'art. 19, co. 10, d.l. n. 90/14, conv. in l. n. 114/14 prevede la "revisione e semplificazione degli adempimenti" relativi alla valutazione della *performance* organizzativa e individuale, il "raccordo con il sistema di controlli interni", la "revisione degli organismi indipendenti" e una "valutazione indipendente dei sistemi e risultati"; l'art. 10, lett. h), d.d.l. n. 1577 presentato al Senato il 23 luglio 2014 introduce per la decretazione delegata (tra gli altri) i seguenti criteri direttivi: la "semplificazione del processo di valutazione" della dirigenza pubblica, la "revisione delle fasce di merito"; la "definizione dell'oggetto della valutazione con riferimento ai risultati conseguiti dalla struttura della quale il dirigente è responsabile".

<sup>1389</sup> Si accentua "la struttura duale, Giano Bifronte, della dirigenza: controllore/controlato, manager/lavoratore subordinato": B. Carruso, *le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità*, cit., p. 11.

<sup>1390</sup> Ne dubita, ad es., F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 399 ss.

<sup>1391</sup> Cfr. M. Nicoli - L. Paltrinieri, *Il management di sé e degli altri*, in *Aut aut*, 2014, 362, p. 49 ss.

hanno sempre esercitato poco e male l'azione disciplinare<sup>1392</sup>; raramente tuttavia si citano le evidenze statistiche e mancano serie indagini in grado di penetrare nel vasto arcipelago pubblico, dove la (presunta) ineffettività del sistema sanzionatorio assume probabilmente sfumature e gradazioni differenti (cfr., ad es., nel settore sanitario e della scuola)<sup>1393</sup>.

In ogni caso, negli anni post-riforma Brunetta sembra iniziata una narrazione, esattamente speculare a quella del passato, che pone al centro la restaurazione della prerogativa disciplinare e l'utilizzo costante (di più, obbligatorio) della sanzione per finalità efficientistiche/meritocratiche. Continua così ad esprimersi la sua essenziale cifra simbolica e comunicativa, assecondando la connotazione pedagogica del binario premio-sanzione sul quale è stata incardinata la terza riforma del lavoro pubblico.

Come si legge in una Direttiva risalente al 2007, l'omesso avvio dell'azione disciplinare costituisce un danno all'immagine dell'amministrazione, mentre il "perfezionamento delle procedure sanzionatorie integra il presupposto per diffondere un'immagine di efficienza". I dirigenti sono chiamati ad "una continua ed attenta disamina in merito alla condotta del personale ... sia sotto il profilo dell'esatto adempimento delle prescrizioni contrattuali che della conformità alle regole deontologiche", con la precisa indicazione di non "minimizzare le sanzioni"<sup>1394</sup>.

È evidente che si addebita alle organizzazioni pubbliche e, in particolare, alla dirigenza un atteggiamento d'impunità e di auto-tutela corporativa: un rimprovero che, in termini comunicativi, è tanto incisivo quanto l'apparente rigore sanzionatorio che s'intende ricostituire. Il significato esemplare prescinde da qualsiasi *test* di operatività e sembra destinato a prevalere sulle reali *chances* di applicazione della sanzione.

La valenza comunicativa si manifesta a partire dalle *finalità* espressamente correlate all'uso del potere sanzionatorio (cfr. art. 67, d. lgs. n. 150/2009). Quando tuttavia si consideri la minuta regolamentazione scandita dalla riforma del 2009, ci s'imbatte in un intreccio largo, e piuttosto confuso, di scopi ed obiettivi che superano quelli dichiarati dal legislatore.

È sin troppo nota l'intenzione di contrastare l'assenteismo e recuperare la produttività, sebbene susciti qualche perplessità una commistione così forte tra l'esercizio del potere disciplinare e quello di controllo, sino al punto di prevedere, con l'intarsio dell'art. 55-*septies*, co. 4 e 6, d. lgs. n. 165/2001, la regolamentazione dei controlli di malattia e i relativi obblighi di certificazione al centro del sistema sanzionatorio. Talora emerge sotto traccia anche una finalità latamente "restitutiva" della sanzione, specie quando sia rapportata al valore economico dell'azione risarcitoria promossa da terzi e derivante dalla violazione "degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa" (previsti da qualsiasi fonte: legislativa, regolamentare, contratto collettivo e individuale, atti e provvedimenti amministrativi, codici di comportamento). Con qualche licenza espressiva,

<sup>1392</sup> L'osservazione è comune. Nella dottrina amministrativista cfr. F. Merloni, *L'autonomia professionale della dirigenza pubblica*, in G. Gardini (a cura di), *op. cit.*, p. 148 e, in quella giuslavorista, S. Mainardi, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in RGL, I, 2010, p. 617; F. Borgogelli, *la responsabilità disciplinare del dirigente pubblico*, cit., p. 400.

<sup>1393</sup> In occasione d'una indagine empirica (ormai risalente nel tempo) s'è osservato che "non si può genericamente affermare che il potere disciplinare ha perso ogni consistenza": così M. Esposito, *Il potere disciplinare*, in M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 550, con riferimento ad alcuni comparti (Stato e Parastato, USL, enti locali).

<sup>1394</sup> Cfr. Dir. Stato 6 dicembre 2007, n. 8, "Principi di valutazione dei comportamenti nelle pubbliche amministrazioni – responsabilità disciplinare", in Gazz. Uff. 18 febbraio 2008, n. 41.

sembra configurarsi in questo caso un addebito per danno erariale provocato (non dall'attività amministrativa illegittima, ma) dall'inadempimento del dipendente.

Si consideri, in particolare, l'anomala sanzione introdotta nell'ipotesi di "responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione", ove "già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione" (art. 55-*sexies*, co. 1, d. lgs. n. 165/2001). L'infrazione a carico del dipendente pubblico assume un carattere residuale, eppure generale, consentendo l'irrogazione d'una pena (la sospensione dal servizio senza retribuzione sino a tre mesi) "in proporzione all'entità del risarcimento" al quale sia stata condannata l'amministrazione. A prescindere dal sospetto d'una duplicazione degli strumenti afflittivi - considerato che l'azione risarcitoria rimane comunque esperibile nei confronti dell'incolpato (v. *infra* § 2.3.) - l'intero meccanismo concorre ad espandere l'effetto esemplare.

È sempre la cifra simbolico-comunicativa a giustificare alcune caratteristiche procedurali: l'immediatezza e la celerità, l'accresciuta facoltà d'indagine dell'amministrazione, la garanzia d'irrinunciabilità e indefettibilità dell'azione disciplinare che non si estingue per il trasferimento o le dimissioni dell'incolpato e, in caso di condanna penale, si rinnova con la riapertura d'ufficio del procedimento (cfr. art. 55-*ter*, co. 3, d. lgs. n. 165/2001).

Ancor più esplicito nel premiare il profilo comunicativo è il meccanismo destinato a rafforzare la potestà punitiva dell'amministrazione attraverso la previsione della responsabilità del dirigente per omissione, tolleranza o mancata collaborazione nei confronti dell'Ufficio procedente (art. 55-*sexies*, co. 3, d. lgs. n. 165/2001).

La questione è stata a lungo discussa in dottrina: si può configurare un potere-dovere sanzionatorio<sup>1395</sup>. Gli interpreti hanno sottolineato una latente contraddizione<sup>1396</sup> per il fatto che un'azione disciplinare imposta o dovuta per legge finirebbe per de-responsabilizzare il titolare del potere. È più probabile allora che il complicato congegno debba interpretarsi quale antidoto di (qualche) efficacia psicologica rispetto all'inerzia ingiustificata ("senza giustificato motivo"): tant'è vero che, se il dirigente omette o ritarda l'avvio del procedimento disciplinare, ne risponde personalmente; se si attiva e sbaglia, potrà ritenersi responsabile solo per dolo o colpa grave (art. 55-*sexies*, co. 4, d. lgs. n. 165/2001). Di più, la reazione per la sua ingiustificata inattività è puntualmente tipizzata (sospensione dal servizio senza trattamento economico e mancata corresponsione della retribuzione di risultato), oltre che commisurata alla "gravità della infrazione non perseguita" (art. 55-

<sup>1395</sup> Sul punto cfr. S. Mainardi, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., p. 626 ss., secondo cui "si può parlare di obbligatorietà "di fatto", come effetto determinato dal timore del dirigente"; R. Voza, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2011, I, p. 660, che individua "meglio, la limitazione del suo carattere squisitamente discrezionale"; C. Spinelli, *ruolo "datoriale" e autonomia del dirigente: da burocrate a manager e ritorno?*, in *RGL*, 2010, I, p. 647 s.; A. Boscatti, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *LPA*, 2009, I, p. 49, il quale aggiunge la sorprendente considerazione che talora risulta "più proficuo esimersi dall'attivare un procedimento disciplinare ... rappresentando questa la via per acquisire un'autorevolezza spendibile nella successiva gestione quotidiana". *Contra* V. Bavaro, *Il potere disciplinare*, in U. Carabelli – M.T. Carinci (a cura di), *op. cit.*, p. 217, che configura un "vero e proprio obbligo legale a carico del dirigente".

<sup>1396</sup> F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., p. 401.

*sexies*, co. 3, d. lgs. n. 165/2001)<sup>1397</sup>. In altri termini, opera alla stregua d'una penalità - per il solo fatto del mancato esercizio del potere disciplinare - a prescindere dall'effettiva sussistenza dell'infrazione che non è stata contestata.

In breve, il dibattito sul punto dell'obbligatorietà (o meno) dell'utilizzo del potere disciplinare finisce per risultare un po' ozioso se non si considera il risvolto comunicativo, per quanto un po' contorto, dell'intera costruzione che sollecita il dirigente ad interpretare con convinzione il suo ruolo "datoriale"<sup>1398</sup>.

Va anche rilevato che l'omessa attivazione - ove l'iniziativa sanzionatoria sia fondata per "l'oggettiva e palese rilevanza" dell'infrazione - è tutt'altro che agevole da riscontrare in concreto. Come preannunciato dall'art. 60, co. 6, d. lgs. n. 165/2001, il legislatore ha puntato sul potenziamento dell'attività ispettiva interna ed esterna quanto all'esercizio dei "poteri disciplinari" (al plurale!), ma è ovvio che le oggettive difficoltà non intaccano, e semmai confermano, la preminente valenza simbolica.

## 2.2. Seconda tesi: il potere disciplinare nel settore pubblico è effettivamente "plurale". Trasparenza, anticorruzione, codice di comportamento: la triade della nuova etica pubblica.

Quando il legislatore allude alla prerogativa sanzionatoria dell'amministrazione si esprime con il genere plurale, e probabilmente non si tratta d'un preziosismo né tanto meno d'un refuso: nel settore pubblico il potere disciplinare ha effettivamente una dimensione *plurale*.

Va richiamata anzitutto la molteplicità dei regimi sanzionatori connessi allo statuto giuridico del personale: l'art. 55, co. 1, d. lgs. n. 165/2001 applica il sistema riformato ai rapporti di lavoro di natura privatistica, mentre per le restanti categorie pubbliche (art. 3, d. lgs. n. 165/2001) restano vigenti le regolamentazioni separate o speciali (talora rivisitate dal legislatore: cfr., ad es., l'art. 10, l. n. 240/2010 relativo al personale docente delle Università).

All'interno di queste macro-aree (lavoro pubblico privatizzato e non), la responsabilità disciplinare presenta matrici plurime: non solo l'inadempimento degli obblighi previsti dalle consuete fonti eteronome e negoziali, ma anche la violazione di regole etiche, deontologiche e di comportamento.

L'accentuazione della base etica aderisce esattamente alla funzione simbolico-comunicativa della materia disciplinare (v. *retro* § 2.1.) e solleva molto allarme nella dottrina giuslavorista il fatto di assumere determinati *standard* di tipo valoriale come "presupposti" o "fondamenti" della responsabilità disciplinare, così da consegnarli in via definitiva al territorio della giuridicità<sup>1399</sup>. Resta,

<sup>1397</sup> In base all'art. 55-*sexies*, co. 3, ult. periodo, d. lgs. n. 165/2001, ai soggetti non aventi qualifica dirigenziale si applica la medesima sanzione della sospensione dal servizio senza retribuzione "ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo".

<sup>1398</sup> Come osserva A. Naddeo, *La misura delle prestazioni e riforma della pubblica amministrazione*, cit., p. 18, la riforma del 2009 ha cercato soprattutto "di neutralizzare eventuali strategie di ostruzionismo", incidendo sui comportamenti che "ritardano, ostacolano o impediscono".

<sup>1399</sup> Cfr. spec. U. Gargiulo, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *LPA*, 2012, I, p. 763, che considera "inquietante" una possibile interpretazione come fonte in senso tecnico "perché scardina il principio di remissione della materia disciplinare alla contrattazione collettiva". Nello stesso senso R. Nunin, *Integrità e corruzione amministrativa. L'etica pubblica e il codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in *RGL*, 2010, I, p. 532. Viceversa, si riferisce ad una "doppia anima etica



poi, una certa insofferenza per il carattere unilaterale e l'origine in prevalenza regolamentare dei "nuovi" fondamenti del potere disciplinare.

Eppure, a dispetto del tormento dei giuslavoristi per l'ulteriore e progressivo sbilanciamento del rapporto tra le fonti a vantaggio di quella eteronoma – in continuità con la linea inaugurata dal d. lgs. n. 150/2009 le questioni sollevate dall'intensificarsi di prescrizioni etico-comportamentali si concentrano soprattutto sul piano operativo e procedurale. Al di là dell'interrogativo primario sul "grado ideale di legificazione del lavoro pubblico"<sup>1400</sup>, il tema che sfida gli attori della *governance* pubblica è soprattutto quello della reciproca comunicazione tra le diverse matrici (in senso tecnico o meno) del sistema sanzionatorio. Che l'inosservanza del codice di comportamento dei dipendenti pubblici potesse assumere una specifica valenza disciplinare era già previsto dall'art. 54, d. lgs. n. 165/2001, purché in raccordo operativo con le previsioni dei contratti collettivi<sup>1401</sup>. La riscrittura della norma – secondo l'art. 1, co. 44, l. n. 190/2012 e il regolamento attuativo ex d.p.r. n. 62/2013 – ha rafforzato le ricadute *direttamente* disciplinari (a prescindere dalla mediazione della fonte collettiva) e attratto ulteriori elementi di doverosità nel recinto del rapporto di lavoro. Il modello di codice nazionale, generalmente applicabile al settore pubblico<sup>1402</sup>, contiene i "doveri *minimi* di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i dipendenti sono tenuti ad osservare" (art. 1, co. 1, d.p.r. n. 62/2013) ed è suscettibile d'essere "integrato" e "specificato" (ma non modificato o derogato) dalle singole amministrazioni<sup>1403</sup>. Non è trascurabile il fatto che agli Uffici di disciplina siano state automaticamente attribuite (oltre alle competenze sanzionatorie) la vigilanza e il monitoraggio, l'esame delle segnalazioni, la diffusione e l'aggiornamento del codice (cfr. art. 15, d.p.r. n. 62/2013).

Il codice nazionale è servito a rincarare la dose dell'impegno *of good behaviour* del personale pubblico: per espressa volontà regolamentare, le infrazioni ai precetti generali – compresi quelli previsti dal Piano di prevenzione della corruzione (art. 8, d.p.r. n. 62/2013) – integrano una "violazione di doveri d'ufficio" e legittimano l'applicazione di sanzioni stabilite dalla legge, dai regolamenti e dai contratti collettivi. Sono incluse le misure "espulsive" da irrogare per alcune infrazioni puntualmente elencate, nonché nei casi di recidiva o di particolare gravità. È sempre fatta salva

---

e disciplinare, che connota in genere la categoria dei codici di comportamento": A. Riccardi, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in *LPA*, 2002, I, p. 92. Sui controversi rapporti tra le fonti del lavoro pubblico e il codice di comportamento v. già M. Esposito, *La riforma del potere disciplinare nel lavoro pubblico: dalla riserva di legge alla contrattazione collettiva*, in M. Rusciano-L. Zoppoli, *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 266 s.

<sup>1400</sup> Così, in termini generali, L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in ID (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 15.

<sup>1401</sup> Sul punto cfr. E. Ales, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2007, p. 179, secondo cui spetta(va) ai contratti collettivi stabilire "l'ineludibile nesso tra infrazione e sanzione"; in mancanza del raccordo, occorre(va) verificare se le esemplificazioni contenute nel codice trovassero riscontro nelle infrazioni previste dalla fonte negoziale.

<sup>1402</sup> Secondo l'art. 2, co. 2, d.p.r. n. 62/2013, le norme del codice nazionale di comportamento stabiliscono "principi" applicabili anche alle categorie di personale in regime di diritto pubblico. Per una descrizione del contenuto del modello "nazionale", v. C. Galbiati, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *DRI*, 2013, p. 1181 ss.

<sup>1403</sup> Cfr. Delibera Civit n. 75/2013 (Linee guida in materia di codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni (art. 54, co. 5, d. lgs. n. 165/2001), secondo cui il codice nazionale "deve costituire la base minima e indefettibile di ciascun codice di comportamento adottato dalle varie amministrazioni". Ciò implica che "a prescindere dai contenuti specifici di ciascun codice, il regolamento n. 62/2013 trova applicazione in via integrale in ogni amministrazione inclusa nel relativo ambito di applicazione".



la “comminazione del licenziamento senza preavviso” nelle *ulteriori* ipotesi indicate dalle fonti in materia disciplinare (cfr. art. 16, co. 2 e 3, d.p.r. n. 62/2013).

Una medesima logica incrementale è destinata a guidare l'intervento della contrattazione collettiva, che è abilitata dal codice nazionale a definire “*ulteriori* criteri d'individuazione delle sanzioni applicabili in relazione alle tipologie di violazioni”. Alla fonte negoziale è consentito di specificare, integrare o aggiungere, istituendo un raccordo più sicuro con l'apparato sanzionatorio, senza tuttavia poter ridurre o incidere con la deroga *in melius*.

In altri termini, la materia disciplinare può essere solo ampliata, sia sul versante delle sanzioni che delle infrazioni, mentre resta escluso qualsiasi effetto di assimilazione o di assorbimento. Così, anche volendo, pare difficile minimizzare le conseguenze o disconoscere il valore impegnativo dei precetti etici o, ancora, svalutare il ruolo dei codici nella produzione di schemi comportamentali vincolanti<sup>1404</sup>. È appena il caso di rilevare che “all'atto dell'assunzione” l'amministrazione è tenuta a consegnare al dipendente una copia del proprio codice, richiedendone la sottoscrizione, così da confermare e rafforzare il fondamento doveroso degli obblighi unilateralmente imposti attraverso l'adesione esplicita e il recepimento nel contratto individuale (art. 54, co. 2, d. lgs. n. 165/2001).

L'area del debito contrattuale risulta incrementata da un catalogo variegato di prescrizioni che si ricollegano *in apicibus* alla Carta fondamentale e, in particolare, ai “doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico” (art. 54, co. 1, d. lgs. n. 165/2001). Ciò che colpisce non è tanto la funzionalizzazione del *code of conduct* rispetto alla tavola dei valori fondamentali (sebbene ciò evochi costantemente il timore che s'intenda insidiare o intaccare la natura privatistica del sistema disciplinare); preoccupa piuttosto la loro immediata traduzione in obblighi concreti di comportamento.

Quando il codice nazionale nella sua parte generale richiama i “principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza” che il dipendente è tenuto ad osservare “in posizione di indipendenza e imparzialità” (art. 3, co. 2, D.p.r. n. 62/2013), appare evidente che si pone quanto meno un problema di determinatezza delle prescrizioni suscettibili di causare la responsabilità disciplinare. Basta ricordare che, a tutela dell'incolpato, l'ordinamento del lavoro (pubblico e privato) impone il rispetto del principio di legalità provvisto di copertura costituzionale (art. 25 Cost.), con l'esigenza di preservare un grado adeguato di specificità ed analiticità delle infrazioni (pur senza richiamare la tassatività di marca penalistica).

In conclusione, si può condividere il fatto che un codice di (buona) condotta richiami figure deontiche ed elevati precetti di etica pubblica, ma resta necessario distinguere: da un lato, il piano dei valori costituzionali ai quali è improntato l'agire dell'amministrazione; dall'altro, la chiara e puntuale formulazione degli obblighi che attengono alla dimensione del rapporto di lavoro e concretamente esigibili dal dipendente pubblico con la specifica garanzia posta dall'art. 2106 c.c.

<sup>1404</sup> Cfr. già la Direttiva della Presidenza Consiglio dei Ministri n. 8/2007, cit.: “È opportuno ricordare che tutte le prescrizioni contenute nel Codice di condotta assumono oltre che un valore etico, uno specifico rilievo giuridico, atteso che è sulla base dello stesso che possono essere comminate le sanzioni di più tenute afflittività”.

### 2.3. Terza tesi: la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico è “aggiuntiva”. I rischi di sovrapposizione, duplicazione e interferenza.

Le fonti in materia disciplinare, inclusa quella collettiva, ribadiscono con una certa insistenza che la responsabilità a carico del dipendente pubblico è da ritenersi “aggiuntiva” rispetto a quella civile, amministrativa, contabile e penale (art. 55, co. 2, d. lgs. n. 165/2001)<sup>1405</sup>. E parimenti “aggiuntiva” viene considerata la responsabilità per violazione del codice di comportamento e degli (altri) obblighi introdotti dal piano anti-corruzione. A scanso di equivoci o di dubbi teorici, è lo stesso legislatore a precisare che, oltre a quella disciplinare, l’inosservanza delle prescrizioni etico-comportamentali “è *altresì* rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti” (cfr. art. 54, co. 3, d. lgs. n. 165/2001; art. 16, co. 1, d.p.r. n. 62/2013).

La tendenza a cumulare le forme di responsabilità - in presenza d’un medesimo presupposto fattuale - segna una sostanziale differenza rispetto al settore privato dove l’accertamento della colpa disciplinare del lavoratore risulta, almeno in via tendenziale, esaustiva ed assorbente (salva ovviamente la responsabilità penale)<sup>1406</sup>. Viceversa, il carattere esplicitamente “aggiuntivo” consente di ipotizzare il concorso o il cumulo con altri titoli di responsabilità, lasciando emergere rischi evidenti di sovrapposizione oltre ad una legittima perplessità circa il rispetto della garanzia di “ne bis in idem”.

Da questo angolo visuale può essere considerata l’ipotesi dell’inadempimento della prestazione lavorativa che abbia causato un pregiudizio economico all’amministrazione (v. *retro* § 2.1.). S’è già rilevato che, secondo l’art. 55-sexies, co. 1, d. lgs. n. 165/2001, la reazione sanzionatoria a carico del dipendente dev’essere proporzionata – anziché alla gravità della colpa - all’entità del risarcimento riconosciuto ai terzi. In linea astratta, non è escluso anche il cumulo della responsabilità civile-risarcitoria, purché si eviti l’arricchimento ingiusto a vantaggio dell’amministrazione: infatti, la sanzione disciplinare tipica (sospensione dal servizio con perdita della retribuzione) potrebbe già consentire il recupero della “entità del risarcimento” riconosciuto ai terzi, rendendo così ingiustificata l’azione risarcitoria nei confronti del dipendente.

Un rischio di duplicazione o di parziale sovrapposizione sembra affiorare, inoltre, quando il codice di etico o di comportamento si limiti a riprodurre specifici obblighi connessi all’attività di servizio, già previsti dal contratto collettivo o individuale: così, ad es., in relazione all’uso degli strumenti di lavoro, alla corretta fruizione dei permessi e dei periodi di astensione dalla prestazione lavorativa (cfr. art. 11, d.p.r. n. 62/2013).

<sup>1405</sup> Non diversamente la contrattazione collettiva: cfr., ad es., art. 5, co. 3, CCNL per la sequenza contrattuale dell’art. 29 CCNL del personale della dirigenza sanitaria, professionale, tecnico e amministrativa del SSN del 17 ottobre 2010, secondo cui “restano ferme le altre fattispecie di responsabilità di cui all’art. 55 del d. lgs. n. 165/2001 che hanno distinta e specifica valenza rispetto alla responsabilità disciplinare”.

<sup>1406</sup> Mentre la giurisprudenza del lavoro (privato) ammette di solito il concorso tra la responsabilità disciplinare e quella civile-risarcitoria per inadempimento, in dottrina v’è chi dubita di tale conclusione. Cfr. V. Ferrante, *Potere di autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 102, che ritiene il potere disciplinare “equivalente ad altre forme di rimedi contro l’inadempimento” e, di conseguenza, conclude per “l’omogeneità della responsabilità del lavoratore a quella ordinaria del debitore contrattuale”.

Solo raramente il legislatore ha considerato la possibilità di assorbire e di ricomporre i diversi titoli di responsabilità, evitando il cumulo/concorso di sanzioni che insistono sul medesimo fatto concreto (così, ad es., l'art. 2, co. 4, l. n. 240/2010, secondo cui, in caso di violazione contemporanea del codice etico e di quello disciplinare, prevale quest'ultima ipotesi). Ragionevolmente si potrebbe attribuire una generale operatività al criterio dell'assorbimento, in base dell'elementare (e pratica) considerazione che nel più sta il meno. Quando un'infrazione assuma una duplice rilevanza etica/disciplinare e sia contemplata su entrambi i versanti, l'amministrazione sarebbe tenuta ad applicare una sola sanzione, quella più grave.

È lecito chiedersi tuttavia cosa accada quando le conseguenze disciplinari previste per una medesima fattispecie siano di diverso tipo o fortemente disomogenee: l'amministrazione potrebbe liberamente scegliere quale "canale" sanzionatorio attivare e quale misura afflittiva irrogare?

L'interrogativo è probabilmente superfluo tenuto conto che i codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni rinviano prudentemente alla contrattazione collettiva per la definizione dell'apparato sanzionatorio. Eppure, la questione potrebbe porsi con qualche urgenza nelle ipotesi in cui la fonte legislativa abbia espressamente stabilito che la sanzione da applicare sia il licenziamento, pur senza autorizzare una deroga al criterio di proporzionalità rispetto all'infrazione ma indicando "comunque" la sanzione più grave (cfr. gli artt. 54, co. 3, e 55-*quater*, d. lgs. n. 165/2001; art. 16, co. 2, d.p.r. n. 62/2013).

#### 2.4. Segue. Il concorso tra differenti forme di responsabilità giuridica. Ancora sulla responsabilità disciplinare e manageriale del dirigente pubblico.

Oltre al rischio di un'eventuale sovrapposizione o duplicazione delle forme di responsabilità per il medesimo fatto-presupposto, il carattere "aggiuntivo" della colpa disciplinare solleva delicati problemi d'interferenza con altre forme di responsabilità giuridica<sup>1407</sup>.

Com'è noto, le maggiori criticità si annidano nella complicata (ed instabile) relazione tra la responsabilità disciplinare e quella manageriale, più volte rimaneggiata dalle successive ondate revisioniste. La riformulazione dell'art. 21 d. lgs. n. 165/2001 (*ex art.* 41, d. lgs. n. 150/2009) non ha risolto i dubbi sui quali s'è affaticata molta parte della dottrina, e neppure ha fornito sicuri elementi identificativi delle responsabilità *proprie* del dirigente. Ha confermato piuttosto la persistente commistione tra fattispecie diverse: il "mancato raggiungimento degli obiettivi", l' "inosservanza delle direttive", la "colpevole violazione del dovere di vigilanza".

In termini descrittivo-sistematici, la configurazione legislativa della responsabilità disciplinare del dirigente pubblico ha comportato l'introduzione di sanzioni conservative e condizionato in tal senso la contrattazione collettiva, con un prevedibile appiattimento del ruolo manageriale su quello del restante personale<sup>1408</sup>. In modo reciproco, l'accertamento della responsabilità dirigenziale attraverso i meccanismi di valutazione della *performance* ha finito per adottare le garanzie tipiche della procedura sanzionatoria (contestazione preventiva, contraddittorio, proporzionalità

<sup>1407</sup> Rileva il rischio di "possibili cortocircuiti" in quanto le medesime fattispecie "potrebbero entrare contemporaneamente sia nel procedimento di valutazione, sia nel procedimento di addebito disciplinare", S. Caruso, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., p. 30.

<sup>1408</sup> Valuta invece positivamente l'introduzione di sanzioni conservative per i dirigenti, C. De Marco, *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 165 s.

della reazione). Il piano di convergenza è rappresentato emblematicamente dalla “misura” consistente nella decurtazione della retribuzione di risultato “in proporzione della gravità della violazione” prevista dall’art. 21, co. 1-*bis*, d. lgs. n. 165/2001, e parimenti inserita nell’apparato delle sanzioni disciplinari.

L’ibridazione s’è diffusa con rapidità crescente: per un verso è stato accentuato il profilo *soggettivo* della responsabilità gestionale del dirigente in corrispondenza di precise violazioni; per altro verso, risulta evocata la colpa disciplinare a fronte di *deficit* prestazionali collegati ai poteri organizzativo-manageriali. Non è un caso che i provvedimenti legislativi recenti tendano ad utilizzare indifferentemente o in modo contestuale entrambi i canali.

Il quadro risulta ancor più confuso quando la responsabilità disciplinare, in forza del suo carattere espressamente “aggiuntivo”, viene richiamata insieme con altri titoli di responsabilità (per l’ “eventuale danno all’immagine dell’amministrazione”: art. 46, co. 1, d. lgs. n. 33/2013), ovvero abbinata all’irrogazione di sanzioni amministrative (cfr. art. 47, d. lgs. n. 33/2013), o ancora, accompagnata alla riduzione del trattamento retributivo accessorio (cfr., ad es., art. 46, co. 1, d. lgs. n. 33/2013).

L’esemplificazione è piuttosto ampia<sup>1409</sup>. In caso di omesso controllo e contrasto delle condotte assenteistiche da parte del dirigente possono configurarsi entrambe le forme di responsabilità (disciplinare e manageriale), tuttavia non è chiaro se debbano ritenersi alternative o cumulative (cfr. l’art. 55-*septies*, co. 6 e l’art. 55-*sexies*, co. 3, d. lgs. n. 165/2001). Altre ipotesi sono previste un po’ alla rinfusa dalla legislazione sulla trasparenza amministrativa: così, l’omessa pubblicazione di determinati atti “è comunque valutata ai sensi dell’art. 21 d. lgs. n. 165/2013” (cfr. art. 1, co. 33, l. n. 190/2012; art. 46, d. lgs. n. 33/2013), ma talvolta si aggiunge anche la responsabilità disciplinare. E infatti, secondo l’art. 15, co. 2-3, d. lgs. n. 33/2013, qualora l’omissione riguardi l’attribuzione d’un incarico o d’un contratto per il quale sia stato pagato un corrispettivo, ne deriva “la responsabilità del dirigente che l’ha disposto, accertata all’esito del procedimento disciplinare”.

E ancora, le violazioni connesse alla stipula dei contratti di lavoro a termine comportano generalmente una responsabilità dirigenziale (cfr. art. 36, co. 5-*quater*, d. lgs. n. 165/2001, mod. *ex* art. 4, d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013), mentre analoghe violazioni relative all’affidamento di incarichi esterni costituiscono illeciti disciplinari (cfr. all’art. 1, co. 5 e 7, d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013). Sulla medesima linea si collocano le norme sulla revisione della spesa pubblica: l’inosservanza dei limiti per l’acquisto di beni e servizi (attraverso il mercato elettronico) può determinare la responsabilità disciplinare e quella per danno erariale (cfr. art. 1, co. 7 e 8, d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012); l’esercizio illegittimo dei poteri di gestione del personale (spec. concessione di ferie, permessi, riposi) è “fonte di responsabilità disciplinare e amministrativa” del dirigente (art. 5, co. 8, d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012)<sup>1410</sup>.

L’iper-regolazione legislativa - per lo più sprovvista della necessaria sedimentazione nell’esperienza applicativa - finisce per sovrapporre (e confondere) piani diversi, lasciando intatto il contesto problematico.

<sup>1409</sup> Per un elenco già esteso v. B. Caruso, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità*, cit., p. 27 e nt. 74.

<sup>1410</sup> Così, anche l’art. 5, co. 4, d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012 a proposito della violazione dei limiti di spesa per noleggio e manutenzione di autovetture nonché per il loro utilizzo.

Nel tentativo di semplificare si potrebbe sostenere che la responsabilità ex art. 21, d. lgs. n. 165/2001 attiene strettamente alla (valutazione dell') adempimento dell'incarico dirigenziale, mentre quella disciplinare riguarda solo l'esecuzione della prestazione connessa al (sottostante) rapporto di lavoro<sup>1411</sup>. L'assunto tuttavia presenta un valore solo *descrittivo*: nel senso che la conformazione duale delle responsabilità intende assecondare (e, se possibile, confermare) lo sdoppiamento tra il contratto di lavoro e il conferimento dell'incarico, pur riferibili entrambi alla prestazione (unitaria) svolta dal dirigente<sup>1412</sup>.

Resta il fatto che, nei casi più gravi, l'amministrazione può scegliere di recedere secondo quanto previsto dal contratto collettivo (art. 21, co. 1, ult. periodo, d. lgs. n. 165/2001): in altri termini, il notevole inadempimento dell'incarico dirigenziale può provocare *anche* la patologia del rapporto di lavoro. Ciò induce a ritenere che i due piani non siano completamente impermeabili: capacità professionale, conseguimento dei risultati e competenze organizzative rappresentano profili pertinenti sia all'incarico sia all'adempimento del contratto di lavoro. Dunque, a quale tipo di responsabilità dev'essere imputato il recesso dell'amministrazione?<sup>1413</sup>

La reciproca *permeabilità* dei presupposti ascrivibili alle distinte forme di responsabilità del dirigente rende ardua anche la proposta interpretativa di connotare in senso soggettivo la colpa disciplinare e, viceversa, in senso oggettivo il *deficit* di competenza manageriale<sup>1414</sup>. Per caratterizzare meglio l'ambito disciplinare si adotta un concetto di "colpevolezza" che è più prossimo al diritto penale e all'elemento psicologico della condotta, ma così si trascura che, sul piano della patologia contrattuale, la colpa del lavoratore è altro. Né pare che il legislatore abbia inteso qualificare la responsabilità del dirigente pubblico in termini oggettivi ovvero del tutto estranei allo sforzo di diligenza che è normalmente richiesto in una relazione contrattuale.

<sup>1411</sup> Cfr. G. Nicosia, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 148; Ead., *La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in U. Carabelli-M.T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 142 ss.

<sup>1412</sup> Sulla base di tale considerazione s'è tentato di ricomporre il quadro delle responsabilità dirigenziali: cfr. F. Borgogelli, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in RGL, 2010, I, p. 664 ss. Secondo D. Mezzacapo, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, Napoli, 2010, p. 225, quella dirigenziale è "una sottospecie di responsabilità disciplinare, dotata di una propria ed esclusiva disciplina normativa".

<sup>1413</sup> Secondo F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., p. 429 s., la riflessione sui profili concreti fa propendere per "un unico tipo di responsabilità" del dirigente pubblico; Ead., *Sulle nuove regole in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti e dei dirigenti pubblici*, in G. Gardini (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, cit., 2012, p. 241. In precedenza cfr. P. Tullini, *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavorista)*, in ADL, 2000, p. 591 ss.; Ead., *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica*, in ADL, 2003, p. 491 ss.

<sup>1414</sup> L'orientamento è ampiamente condiviso: cfr. A. Viscomi, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in DLRI, 2013, p. 68; A. Zoppoli, *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in L. Zoppoli, (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 142 ss., che aderisce alla tesi di M. Rusciano, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in RTDPC, 1998, p. 391; G. Nicosia, *La valutazione della prestazione dirigenziale*, cit., p. 143, secondo cui la responsabilità dirigenziale è "essenzialmente di natura oggettiva"; Ead., *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali*, cit., p. 148. In base a tale ricostruzione, secondo l'A., "il dirigente è, insomma, responsabile per il mero mancato conseguimento del risultato, e questo a prescindere dalla verifica del modo in cui ha gestito l'ufficio, coordinato persone e disposto strumenti". Il che appare francamente eccessivo, se si deve intendere che il dirigente risponde per dolo o colpa altrui e per caso fortuito, a prescindere dalla sua capacità professionale e manageriale. La conclusione sarebbe in contraddizione con l'idea che "la responsabilità dirigenziale è principalmente volta a sanzionare l'incapacità dimostrata dal dirigente nell'esercizio della propria funzione manageriale e datoriale; cioè l'inidoneità a realizzare il progetto micro-organizzativo e gestionale correlato al contratto d'incarico" (*op. cit.*, p. 190).

A meno di voler riconsiderare la lettura pan-privatistica sinora sostenuta dalla prevalente dottrina giuslavorista: il che naturalmente è possibile, e in parte è già avvenuto con quell'indirizzo interpretativo che ha valorizzato la marcata correlazione della *performance* dirigenziale rispetto alla realizzazione di (superiori) interessi pubblici<sup>1415</sup>. Come contestare il fatto che l'attività gestionale/manageriale debba aprirsi alle esigenze della collettività e creare valore sociale?<sup>1416</sup>. L'indicazione offerta dalla scienza politica è naturalmente condivisibile, sebbene nella prospettiva del contratto individuale rimangano da spiegare le ragioni dell'accollo al dirigente d'una responsabilità personale di carattere oggettivo o senza colpa.

La stessa contrattazione collettiva si sforza di trovare un discrimine, assumendo – quale criterio interpretativo – che la responsabilità disciplinare riguarda *solo* la violazione degli obblighi di comportamento previsti dalla fonte negoziale, mentre quella dirigenziale attiene alla realizzazione degli obiettivi indicati nell'atto di incarico. Va da sé che neppure il contratto collettivo risulta immune da contaminazioni quando, al momento di elencare in dettaglio le infrazioni tipiche del dirigente, ascrive all'area disciplinare il mancato esercizio di compiti organizzativo- gestionali e l'inosservanza di direttive "imputabili" (in modo non diverso dall'art. 21, d. lgs. n. 165/2001). Mentre una linea discrezionale più chiara emerge unicamente tra le *procedure* di valutazione dell'incarico dirigenziale e le *procedure* di accertamento della responsabilità disciplinare<sup>1417</sup>.

Ciò significa allora che la distinzione non è sostanziale né concettuale, ma riconducibile – in pratica – alla separata tipizzazione delle procedure: la verifica della colpa disciplinare è affidata alle regole del contratto collettivo; l'apprezzamento dell'attività manageriale è presidiata dalla fonte eteronoma e richiede l'attivazione del sistema di valutazione<sup>1418</sup>. In definitiva, nella ricerca delle reciproche differenze, l'elemento più significativo sarebbe il parere del Comitato dei garanti, previsto in via esclusiva nell'ambito della responsabilità dirigenziale (art. 22, d. lgs. n. 165/2001, mod. ex art. 42 d. lgs. 150/2009): il che rappresenta un esito ridicolmente modesto rispetto all'impegno teorico-ricostruttivo profuso dagli interpreti.

<sup>1415</sup> Sulle proposte di adeguamento del modello privatistico-contrattuale cfr. G. D'Alessio, *Le prospettive di modifica del quadro legislativo in materia di lavoro pubblico*, in *DLM*, 2013, p. 603 ss., che ipotizza, tra l'altro, il superamento dell'uniforme regolamentazione per l'alta dirigenza ed elevate professionalità.

<sup>1416</sup> Cfr. in questa prospettiva G. Nicosia, *Efficienza, etica e buona gestione: nuovi paradigmi nel settore del lavoro pubblico*, in *RGL*, 2010, I, p. 537 ss.

<sup>1417</sup> Cfr., ad es., l'art. 5, co. 2, CCNL per la sequenza contrattuale dell'art. 29 CCNL della dirigenza sanitaria, professionale, tecnico e amministrativa del 17 ottobre 2010: "costituisce *principio generale* la distinzione tra le *procedure* ed i criteri di valutazione dei risultati e quelli relativi alla responsabilità disciplinare, anche per quanto riguarda gli esiti delle stesse". In questo senso pare R. Salomone, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *GI*, 2010, c. 2731, secondo cui, una volta assodato che entrambe le responsabilità sono di natura contrattuale, a variare è solo l'individuazione di "regole procedurali specifiche e diverse conseguenze sanzionatorie".

<sup>1418</sup> Cfr. G. Nicosia, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali*, cit., p. 146 s.: "l'unico elemento che oggi consente di differenziare i due tipi di responsabilità" è da ricercare nella necessità "prevista per l'addebito della responsabilità dirigenziale, e non invece per quello disciplinare, del previsto esperimento della procedura di valutazione".

Insomma, se si vuole andar oltre la valenza simbolico/comunicativa della materia disciplinare e accedere ad una prospettiva giuridico- sistematica, ci s'imbatte in una situazione davvero ingarbugliata. In attesa dell'ennesimo intervento di riordino già promesso dal legislatore<sup>1419</sup>, non resta che affidarsi ad una (corretta) prassi applicativa e auspicabilmente al buon senso.

### 3. Uniformità o specialità del potere disciplinare nel settore pubblico? A cosa servono le categorie del diritto civile.

La dottrina giuslavorista tende generalmente a sottolineare l'omogeneità del regime disciplinare nel settore pubblico e privato, quale prodotto indiscutibile del superamento della logica dello *status* e adesione al "valore euristico del contratto"<sup>1420</sup>. L'ovvia conseguenza è quella di circoscrivere l'area dell'inadempimento del dipendente pubblico, depurandola da tutti i riferimenti estranei o esterni agli obblighi contrattuali e previsti dal codice civile (cfr. artt. 2104-2105 c.c.)<sup>1421</sup>.

E tuttavia, proprio quel recinto contrattuale - non preservato attraverso un'adeguata concettualizzazione - è rimasto imprigionato in un cono d'ombra. Com'è emerso dall'analisi appena svolta, si assiste alla crescente stratificazione di profili particolari, derogatori, eccedenti: il rapporto di lavoro pubblico torna a caricarsi di forti specificità<sup>1422</sup> ed è probabile che la superfetazione legislativa del quadro disciplinare - per la sua pregnanza teorica - finisca per insinuare una nuova distanza o separatezza dal diritto dei contratti.

Di certo pare essersi arrestato quel percorso di convergenza delle fonti che si reputava consolidato e s'è incrinata la tendenza all'omologazione delle modalità d'esercizio del potere sanzionatorio. Non si tratta solo della prevalenza riconosciuta alla regolazione eteronoma, a differenza di ciò che si riscontra nel settore privato (cfr. art. 55, co. 3, d. lgs. n. 165/2001); va segnalata anche l'abrogazione del rinvio all'art. 7 st. lav. che rappresentava il baluardo (anche simbolico) della raggiunta uniformità, mentre il superstite richiamo all'art. 2106 c.c. (art. 55, co. 2, d. lgs. n. 165/2001) non attenua l'impressione d'una *voluntas legis* diretta a riformulare in modo esaustivo l'azione disciplinare (eventualmente in deroga allo Statuto dei lavoratori)<sup>1423</sup>. A tali evidenti peculiarità presta ulteriore sostegno l'inclinazione del legislatore a tipizzare direttamente gli illeciti disciplinari e le relative sanzioni, a conferma dello spazio residuale assegnato alla fonte negoziale<sup>1424</sup>.

<sup>1419</sup> Si allude all'art. 10, lett. i), d.d.l. n. 1577 presentato al Senato il 23 luglio 2014 che prevede il riordino delle "ipotesi di responsabilità dirigenziale o disciplinare dei dirigenti".

<sup>1420</sup> "Il valore euristico del contratto e della sua propria logica giuridico-istituzionale, come criterio ordinatore del lavoro pubblico, idoneo in quanto tale ad assicurare una più adeguata integrazione della prestazione individuale nell'assetto organizzativo delle pubbliche amministrazioni": A. Viscomi, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in P. Lambertucci (a cura di), *Diritto del lavoro*, in *Dizionario di diritto privato* promosso da N. Irti, Giuffrè, Milano, 2010, p. 406.

<sup>1421</sup> Così, ad es., Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., p. 97 ss.; C. Zoli, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 643.

<sup>1422</sup> La riemersione di "profili di specialità" è segnalata da B. Cimino, *Il merito e la responsabilità*, in *GDA*, 2009, 5, p. 481.

<sup>1423</sup> *Contra*, valorizza il significato dell'art. 2106 c.c. quale garanzia della natura privatistica del potere disciplinare, F. Borgogelli, *La responsabilità disciplinare del dirigente pubblico*, cit., p. 410.

<sup>1424</sup> Non a caso gli accordi sindacali stipulati a ridosso della riforma Brunetta risultano sul punto perfettamente conformi al dato normativo Cfr., ad es., art. 5 e segg. CCNL 6.5.2010 per la sequenza contrattuale dell'art. 29 CCNL della dirigenza sanitaria; art. 8 e segg. CCNL 12.2.2010 per la dirigenza dell'Area I; art. 13 e segg. CCNL 15.7.2010, Area V, relativo alla dirigenza scolastica.



Il rafforzamento dei profili di unilateralità potrebbe leggersi all'insegna della (temuta) ri-pubblicizzazione: quale sintomo d'un arretramento o una vera retromarcia del processo di contrattualizzazione. Una conclusione, questa, decisamente respinta dalla dottrina giuslavorista con l'appello a complesse ricostruzioni teoriche destinate ad arginare le continue sortite legislative nel cantiere sempre aperto del lavoro pubblico<sup>1425</sup>. Si evoca talvolta la difesa ad oltranza e ad ogni costo d'un progetto che la (infinita) transizione storica dovrebbe portare a compimento, e che si fatica ormai a distinguere nel *continuum* di integrazioni, correzioni, ridefinizioni (il d.d.l. n. 1577 presentato al Senato il 23 luglio 2014 sarebbe la quarta o la quinta tappa della riforma?). Per un verso, l'indebolimento del progetto politico-legislativo della contrattualizzazione, sotto gli attacchi delle manovre di spesa pubblica, stimola rinnovate ed inesauste proposte di ingegneria giuridica (con un particolare accanimento revisionista nei confronti della dirigenza pubblica)<sup>1426</sup>; per altro verso, alimenta un'ampia disillusione sull'effettiva praticabilità di svolte propriamente riformiste<sup>1427</sup>.

Una possibile reazione rispetto alla ricorrente tentazione nichilista è quella che scommette sulle capacità di rigenerazione delle categorie concettuali di cui si avvale il pensiero giuslavorista. La lunga sequenza di esperimenti legislativi è stata sinora interpretata con il ricorso alle consuete coppie oppositive: pubblico/privato; legge/contratto collettivo; *status*/contratto individuale; continuità/discontinuità. Ciò non ha impedito il formarsi di costruzioni ideologiche - "forse si potrebbe definirle come autentiche mitologie" - capaci di trasfigurare la realtà, consentendo "in fondo una sua semplificazione a scapito della storicità e della complessità delle relazioni di lavoro nell'ambiente pubblico"<sup>1428</sup>.

Vale la pena di verificare se sia possibile contrastare il procedimento mentale che adotta tali ideo/mitologie come filtri o criteri di analisi dell'esperienza, e le sostituisce – consapevolmente o meno - alle strutture categoriali che sostanziano il discorso giuridico. Non si tratta di riscoprire gloriose e rassicuranti tradizioni sistematiche né di rifugiarsi dietro schemi tecnici di pretesa neutralità, quanto piuttosto di recuperare l'uso competente e pratico delle categorie civilistiche in funzione d'una migliore comprensione ed operatività, quasi artigianale, delle regole<sup>1429</sup>.

<sup>1425</sup> Ravvisa una parziale ri-pubblicizzazione di "una materia che negli anni Novanta era stata privatizzata", B.G. Mattarella, *Il principio del merito, la tragedia della valutazione e la riforma del pubblico impiego*, in G. Gardini (a cura di), *op. cit.*, p. 260. *Contra*, ad es., U. Gargiulo, *principio di legalità ed efficienza organizzativa*, cit., p. 420; S. Mainardi, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in F. Carinci - S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano, 2011, p. 461. Sull'evoluzione del ruolo della fonte legislativa cfr., in termini generali L. Zoppoli, *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, cit., p. 15 ss.; ID., *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, in LPA, 2013, I, 713 ss.; B. Caruso, *Gli esiti regolativi della "Riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro)*, in LPA, 2010, I, p. 235 ss.

<sup>1426</sup> Nella prospettiva *de jure condendo* v. l'art. 10, d.d.l. n. 1577 presentato al Senato il 23 luglio 2014 che prevede un'ampia riforma della dirigenza pubblica, con riguardo al conferimento degli incarichi, alla disciplina del rapporto di lavoro e al trattamento economico. <sup>1427</sup> S. Cassese, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in Studi in onore di M. Rusciano, Giappichelli, Torino, 2013, p. 38 ss.

<sup>1428</sup> L. Montuschi, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in Studi in onore di M. Rusciano, cit., p. 51, in dialogo con L. Zoppoli, *La riforma del lavoro pubblico della "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità*, in ID., (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., p. 4 ss.

<sup>1429</sup> Cfr. sul punto L. Zoppoli, *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale*, cit., p. 734 s. Giustamente si lamenta che la mistica del contratto nel sistema del lavoro pubblico abbia condotto ad un contrattualismo stereotipato. Ed è vero, infatti. Ciò è accaduto



Le categorie del diritto civile servono a classificare e ridurre *ad unum* - in breve a semplificare<sup>1430</sup> - assicurando un eguale trattamento giuridico di situazioni eguali fra lavoratori pubblici e privati. Un'esigenza fondamentale, questa, per la disciplina del lavoro pubblico che al contrario preferisce coltivare un'(inspiegabile) propensione al duplice e al raddoppio. Due comportamenti solutori: adempimento della prestazione lavorativa e realizzazione della *performance*; due versanti della responsabilità contrattuale: disciplinare ed etico-comportamentale. Due vincoli negoziali per il dirigente: contratto di lavoro e incarico; due ruoli professionali: *manager* e lavoratore subordinato; due titoli di responsabilità con un'analogia matrice contrattuale (disciplinare e manageriale).

La nozione giuridica d'(in)adempimento contrattuale è *una* sola. Sebbene la dottrina civilistica abbia tradizionalmente oscillato tra due opposti orientamenti interpretativi - di tipo soggettivo ed oggettivo - nessuno ha mai immaginato che la soluzione della questione teorica potesse consistere nel raddoppio della nozione. Dunque, senza ricorrere ad un ulteriore *medium* relazionale (la *performance* individuale), ci si potrà avvedere che - nella vicenda dell'adempimento del contratto di lavoro pubblico - non è avulsa od estranea la realizzazione dell'interesse del datore-creditore e il concreto soddisfacimento delle sue attese (cfr. artt. 1174 e 1455 c.c.). Né tanto meno si trascura o sfugge l'esigenza d'integrare la prestazione individuale nell'ambiente organizzativo pubblico ai fini della corretta e compiuta attuazione contrattuale.

Non diversamente, il paradigma della responsabilità disciplinare è destinato ad inglobare ed assorbire (anziché raddoppiare) la responsabilità contrattuale del lavoratore, nella consapevolezza che il mancato o inesatto adempimento dell'obbligo principale di prestazione non è sufficiente a rappresentare tutti i comportamenti dovuti per effetto della necessaria integrazione con la struttura pubblica. Non a caso l'ambito disciplinare risulta più esteso (e, quindi, assorbente) rispetto allo *standard* civilistico dell'inadempimento rilevante ex art. 1455 c.c., includendo anche la colpa lieve connessa ai fattori e alle specificità dell'organizzazione. Qual è dunque la necessità teorica di duplicare i titoli della responsabilità del dipendente pubblico?

La ri-funzionalizzazione delle categorie civilistiche è tutt'altro che un'operazione conservatrice o di restaurazione; al contrario, comporta una destrutturazione e l'oltrepassamento delle narrazioni ideo/mitologiche volta a volta suggellate negli involucri legislativi. Il compito del giuslavorista comincia qui: dall'analisi del contenuto del contratto di lavoro, là dove prende forma la nozione giuridica dell'*adempimento* e si modella, da un lato, attraverso la relazione concettuale con l'obbligazione contrattuale ed il suo oggetto; dall'altro, con l'assetto organizzativo del datore pubblico.

---

soprattutto quando la stessa dottrina giuslavorista ha adottato una nozione semplificata di contratto, ad uso di determinate logiche economico-aziendalistiche. Tuttavia, neppure l'uso di stereotipi giuridici e culturali ha mai davvero cancellato l'impressione che la disciplina del lavoro pubblico si stesse sviluppando all'interno di un regime del tutto "particolare" del diritto privato.

<sup>1430</sup> In tema cfr. N. Lipari, *prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile*, in RDC, 2009, p. 515 ss.; ID., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 11 ss.

## I destinatari delle sanzioni convenzionali nel T.U. sulla rappresentanza \*

Marianna Russo

|                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premesse sulla necessità di individuare i destinatari delle sanzioni convenzionali.                                                        | 399 |
| 2. Sanzionabilità delle organizzazioni sindacali firmatarie.                                                                                  | 401 |
| 2.1. Segue: a) per comportamenti delle organizzazioni di categoria aderenti e rispettive articolazioni territoriali.                          | 402 |
| 2.2. Segue: b) per la condotta dei lavoratori iscritti.                                                                                       | 404 |
| 2.3. Segue: c) per le azioni di contrasto promosse dalle rappresentanze sindacali in azienda..                                                | 405 |
| 3. Sanzionabilità delle organizzazioni sindacali non firmatarie che hanno partecipato al procedimento previsto dal T.U. sulla rappresentanza. | 406 |
| 4. Rilevanza della condotta e profili di sanzionabilità dei soggetti collettivi che non hanno partecipato al procedimento.                    | 407 |
| 4.1 Segue: a) organizzazioni sindacali estranee al procedimento.                                                                              | 408 |
| 4.2. Segue: b) gruppi di lavoratori che proclamano lo sciopero.                                                                               | 408 |
| 5. Profili critici e prospettive.                                                                                                             | 409 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 230/2014

## 1. Premesse sulla necessità di individuare i destinatari delle sanzioni convenzionali.

La parte quarta del Testo Unico sulla rappresentanza - sottoscritto da Confindustria, CGIL, CISL e UIL il 10 gennaio 2014 - è dedicata alle conseguenze dell'inadempimento e prevede un intenso programma di clausole sanzionatorie<sup>1431</sup>.

La necessità di strumenti a tutela dell'esigibilità degli accordi - già rilevata nel Protocollo d'intesa siglato il 31 maggio 2013<sup>1432</sup> e, prima ancora, nella clausola 6 dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011<sup>1433</sup> - è il sintomo di una profonda trasformazione del sistema di relazioni industriali<sup>1434</sup>.

Numerosi sono i fattori politici, sociali ed economici che incidono sull'attuale equilibrio intersindacale e spingono al superamento di un sistema "antagonistico e conflittuale"<sup>1435</sup>: la forma storicamente più incisiva di autotutela degli interessi collettivi dei lavoratori, cioè lo sciopero, riesce a mobilitare sempre di meno<sup>1436</sup>; il tasso di sindacalizzazione - sia dal lato dei lavoratori che dei datori di lavoro - è in graduale decrescita<sup>1437</sup>; la progressiva aziendalizzazione della contrattazione collettiva e, nel contempo, l'internazionalizzazione dei processi produttivi<sup>1438</sup> comportano inevitabili ripercussioni sul sistema di relazioni industriali; la minaccia di delocalizzazione delle imprese,

<sup>1431</sup> "Le parti firmatarie [...] convengono sulla necessità di definire disposizioni volte a prevenire e a sanzionare eventuali azioni di contrasto di ogni natura, finalizzate a compromettere il regolare svolgimento dei processi negoziali come disciplinati dagli accordi interconfederali vigenti nonché l'esigibilità e l'efficacia dei contratti collettivi stipulati nel rispetto dei principi e delle procedure contenute nelle intese".

<sup>1432</sup> Vd. clausola 5, inserita nella seconda parte del Protocollo 2013: "I contratti collettivi nazionali di categoria, approvati alle condizioni di cui sopra, dovranno definire clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzate a garantire, per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti e le conseguenze di eventuali inadempimenti sulla base dei principi stabiliti con la presente intesa".

<sup>1433</sup> "I contratti collettivi aziendali, approvati alle condizioni di cui sopra, che definiscono clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva, hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori".

<sup>1434</sup> Cfr. sul punto L. Valente, *Rappresentanza sindacale: l'accordo tra le parti sociali*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, VIII, p. 454: "Non è eccessivo affermare che, scegliendo una strategia partecipativa e responsabile, le parti sociali hanno in sostanza rifondato le relazioni industriali".

<sup>1435</sup> V. L. Valente, *Op. cit.*, p. 460.

<sup>1436</sup> L. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 13: "mediante la negoziazione di modi, tempi e limiti entro i quali esercitare il conflitto collettivo è possibile per il sindacato ridare valore di scambio allo strumento dello sciopero, che appare assai logoro nella sua incidenza concreta". Cfr. G. Santoro Passarelli, *La responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in Aa.Vv., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 416: "il perimetro dell'attività sindacale ha una frontiera mobile che si amplia e si restringe in funzione della rappresentatività e della capacità di mobilitazione e della forza contrattuale del sindacato".

<sup>1437</sup> Per un approfondimento sulle ragioni di difficoltà dei sindacati dei lavoratori, vd. G. P. Cella, *Il sindacato*, Editori Laterza, Bari, 2002, p. 118 ss. Per un approfondimento sull'associazionismo imprenditoriale, vd. L. Lanzalaco, *Le associazioni imprenditoriali*, in G. P. Cella - T. Treu (a cura di), *Le nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 147. Vd. T. Treu, intervento in occasione del convegno *Regole della rappresentanza sindacale e vincoli costituzionali*, svoltosi il 27 marzo 2014 presso l'Università La Sapienza di Roma: "Il sistema sindacale sta rompendosi dal lato del datore di lavoro". Cfr. anche C. Romeo, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2014, 214, p. 16: "il tentativo di ristabilire nuovamente la propria sovranità non riguarda le sole oo.ss. dei lavoratori, ma anche Confindustria che ha ultimamente subito una progressiva erosione del proprio ruolo, con documentate prove di disaffezione da parte dell'imprenditoria".

<sup>1438</sup> Cfr. L. Corazza, *Op. cit.*, p. 18.

soprattutto in periodi di crisi economica, pende come una *spada di Damocle* sulla testa dei lavoratori e costituisce un notevole deterrente alle azioni di rivendicazione sindacale; la ricorrente instabilità politica degli ultimi anni incoraggia una sempre più dettagliata autoregolamentazione tra le parti sociali.

In questo complesso quadro operativo<sup>1439</sup> si inserisce l'impegno delle parti firmatarie degli accordi interconfederali – da ultimo, il citato Testo Unico sulla rappresentanza – di dare piena applicazione a quanto pattuito, cercando di risolvere in via negoziale il problema del dissenso. Le parti sociali prendono atto dell'esigenza di approntare strumenti di prevenzione e/o composizione di eventuali conflitti e, al tempo stesso, di definire clausole sanzionatorie nei confronti dei soggetti che vanifichino il risultato contrattuale adottando iniziative in contrasto con gli accordi stipulati. In fondo, la contrattazione collettiva si basa su uno scambio negoziale<sup>1440</sup>: da una parte, l'interesse del sindacato ad assicurare ai lavoratori minimi di trattamento economico e normativo; dall'altra, l'interesse del datore di lavoro alla pace in azienda per non comprometterne la produttività.

In tale prospettiva, a differenza del passato, le organizzazioni sindacali rivelano la loro *affidabilità* e *rappresentatività* più evitando i conflitti che provocandoli<sup>1441</sup>, “nella consapevolezza che, altrimenti, si corre il rischio di contribuire ad aggravare la crisi di quel sistema e quindi di delegittimare il proprio ruolo”<sup>1442</sup>.

In mancanza di un - da più parti auspicato<sup>1443</sup> - intervento normativo in materia, l'autoregolamen-

<sup>1439</sup> Cfr. R. De Luca Tamajo, *La sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 45: “è l'intero sistema sindacale a evidenziare, sotto la spinta della globalizzazione, della crisi economico-finanziaria e della divaricazione endosindacale e financo endoconfederale, la fine dell'equilibrio anomico che lo ha retto per un cinquantennio e la necessità di dotarsi di una base giuridica a maggior tasso di regolamentazione, che trascenda le coordinate meramente privatistiche, il criterio di effettività e il solo vettore dei rapporti di forza”.

<sup>1440</sup> Cfr. E. Ghera, *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo)*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, II, p. 248.

<sup>1441</sup> Cfr. L. Corazza, *Op. cit.*, p. 12: “è nella fase del c.d. conflitto in uscita che il sindacato vede accrescere la propria forza, nella misura in cui riesce a proporsi come interlocutore affidabile nei confronti del datore di lavoro, ovvero come soggetto che è in grado di ridurre il tasso di conflittualità nella vigenza del contratto collettivo”; R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, L. n. 148/2011, e dintorni)* in *Lav. dir.*, 2012, p. 31: “non possiamo più permetterci il lusso, non già del conflitto in sé, quanto di un conflitto non regolabile neppure a livello di autonomia collettiva”.

<sup>1442</sup> F. Liso, *Brevi note sul protocollo Confindustria, CGIL, CISL e UIL del maggio 2013*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, IV, p. 837.

<sup>1443</sup> Vd. M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, UTET, Torino, 2003, p. 266: “forse al momento l'unica certezza è che un nuovo ordine nel diritto sindacale difficilmente può essere ricostruito con il materiale e le strutture giuridiche esistenti ed esige un intervento del legislatore: il quale, pur con vigile attenzione alla prassi, deve assumersi la responsabilità politica di ricondurre con razionalità gli svolgimenti a sistema organico e coerente”. Più recentemente, vd. M. Marazza, *Il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 c'è, ma la volontà delle parti?*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, III, p. 623: “la via legislativa appare sicuramente la più appropriata [...] per garantire in concreto l'esigibilità di un contratto collettivo nazionale sottoscritto dai sindacati che rappresentano la maggioranza dei lavoratori”. Inoltre, vd. B. Caruso nell'intervento in occasione del convegno *Regole della rappresentanza sindacale e vincoli costituzionali*, svoltosi il 27 marzo 2014 presso l'Università La Sapienza di Roma: “Questa è una congiuntura favorevole all'intervento eteronomo: l'art. 8 legge n. 148/2011 ha rotto il *tabù* dell'intervento eteronomo in materia di efficacia soggettiva della contrattazione collettiva”; M. Ricci, in occasione del convegno cit.: “È auspicabile un intervento del legislatore, perché sono molte le aporie nell'ordinamento intersindacale”; L. Zoppoli, in occasione del convegno cit.: “I tempi sono maturi per dare un nuovo assetto regolativo al sistema sindacale”; F. Carinci, in occasione del convegno cit.: “La legge è possibile, ma improbabile. Bisogna intervenire sull'art. 39 Cost., sopprimendo la seconda parte e operando un rinvio alla legge”. *Contra*, vd. R. Pessi, intervento in occasione del convegno cit.: “Le dinamiche dell'ordinamento intersindacale devono svilupparsi nell'autonomia, senza ingessamento della legge”.

tazione sulle clausole sanzionatorie è sostanzialmente la *chiusura del cerchio* per garantire in via pattizia la corretta tenuta delle relazioni intersindacali<sup>1444</sup>.

Se *pacta servanda sunt*, chi risponde della violazione delle clausole che limitano l'esercizio dello sciopero<sup>1445</sup>?

Per garantire l'effettività del sistema non soltanto è opportuno approntare – o quantomeno programmare – un apparato sanzionatorio<sup>1446</sup> per le ipotesi di violazione di quanto pattuito, ma è ancora più importante poter individuare con certezza i soggetti responsabili e, dunque, passibili delle conseguenze sanzionatorie. Si tratta di un'operazione non sempre agevole, in quanto il panorama sindacale italiano è pluralistico e articolato.

## 2. Sanzionabilità delle organizzazioni sindacali firmatarie.

Il Testo Unico sulla rappresentanza circoscrive l'area della sanzionabilità a “tutte le parti contraenti”<sup>1447</sup>, ma rimanda ai contratti collettivi nazionali di lavoro - sottoscritti secondo le procedure delineate nella parte terza - la determinazione delle clausole di tregua e la previsione degli strumenti sanzionatori.

Tale scelta implica un approfondimento, in quanto le “parti contraenti” degli accordi interconfederali e dei Ccnl non coincidono. Com'è noto, le parti stipulanti gli accordi del 2011, 2013 e 2014 sono, dal lato dei lavoratori, le tre confederazioni CGIL, CISL e UIL. Ed è a queste che fa riferimento il Testo Unico sulla rappresentanza nel primo periodo della parte quarta. Nei periodi successivi (dal secondo al quarto) rinvia ai contratti collettivi nazionali di lavoro, che sono sottoscritti dalle organizzazioni sindacali nazionali – suddivise per settori merceologici ed aventi un proprio statuto – aderenti alle tre confederazioni di appartenenza<sup>1448</sup>, nonché da altri sindacati non rientranti nell'alveo confederale.

Alla luce di ciò, si può ritenere che la definizione “tutte le parti contraenti” indichi sia le confederazioni stipulanti gli accordi succitati sia le organizzazioni di categoria che, nel settore merceologico di competenza, sottoscrivano i contratti collettivi nazionali<sup>1449</sup>: ciascuna risponderà – nelle

<sup>1444</sup> F. Santoro Passarelli, *Pax, pactum, pacta servanda sunt (A proposito delle cosiddette clausole di tregua sindacale)*, in *Mass. giur. lav.* 1971, p. 374.

<sup>1445</sup> Per completezza, è opportuno precisare che la parte quarta del citato testo unico sulla rappresentanza fa riferimento ad “azioni di contrasto di ogni natura, finalizzate a compromettere il regolare svolgimento dei processi negoziali” e non soltanto allo sciopero.

<sup>1446</sup> Al riguardo, *mutatis mutandis*, è interessante ricordare che Ulpiano (1.1-2), nell'ambito dello *ius privatum*, definisce *leges imperfectae* i provvedimenti che si limitano a proclamare i divieti senza riconnettere loro alcuna conseguenza giuridica, né la nullità dell'atto contrario, né l'irrogazione di una *poena* al trasgressore: cfr. A. Guarino, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1997, p. 400.

<sup>1447</sup> “Le disposizioni definite dai contratti collettivi nazionali di lavoro, al solo scopo di salvaguardare il rispetto delle regole concordate nell'accordo del 28 giugno 2011, del Protocollo del 31 maggio 2013 e nel presente accordo, dovranno riguardare tutte le parti contraenti e prevedere sanzioni, anche con effetti pecuniari, ovvero che comportino la temporanea sospensione di diritti sindacali di fonte contrattuale e di ogni altra agibilità derivante dalla presente intesa”.

<sup>1448</sup> Ad esempio, vd. Statuti FIOM-CGIL, FIM-CISL e UILM, rivolti ai lavoratori operanti nelle imprese metalmeccaniche italiane; FILCAMS CGIL, FISASCAT CISL e UILTuCS per il settore terziario (commercio, turismo e servizi); FILT CGIL, FIT CISL e UILTrasporti per il settore trasporti, ecc...

<sup>1449</sup> Cfr. sul punto F. Lunardon, *Regole della contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in Aa. Vv., *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, in Aa. Vv., *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt, 2014, XXVI, p. 206: “la catena è spezzata fin dall'inizio, se è vero che non v'è, né è sanzionato (o sanzionabile), l'obbligo giuridico per i Ccnl di introdurre le disposizioni che a

modalità stabilite dai Ccnl – delle proprie azioni di contrasto<sup>1450</sup> agli impegni assunti, in base alla responsabilità contrattuale a norma dell'art. 1372 c.c.

Si tratta, pertanto, di strumenti autosanzionatori, in quanto scaturenti non da una fonte eteronoma ma da un'autoregolamentazione o, più precisamente, da un'autolimitazione, sotto forma di clausole penali<sup>1451</sup> o di clausole risolutive espresse<sup>1452</sup>, a seconda di come verranno realizzate nei Ccnl successivamente adottati. Ad oggi, infatti, si resta in attesa dell'avvio della fase – preliminare all'attività di contrattazione collettiva nazionale – di misurazione e certificazione della rappresentanza<sup>1453</sup>.

Il citato Testo Unico – come già il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013<sup>1454</sup> – si presenta come un sistema aperto a nuove adesioni<sup>1455</sup>: il 10 gennaio 2014 è stato sottoscritto dall'Ugl, il 14 gennaio 2014 dalla Cisl e il 15 gennaio 2014 dalla Confsal. Rispetto al testo che Confindustria ha stipulato con Cgil, Cisl e Uil non vi sono differenze sostanziali. Pertanto, il programma sanzionatorio indicato nella parte quarta vale allo stesso modo anche per le organizzazioni sindacali, non facenti capo alle tre confederazioni, che abbiano formalmente aderito agli accordi interconfederali (o che aderiranno in futuro). È evidente che la firma, pur se apposta in seconda battuta o su un tavolo separato, impegna al rispetto delle clausole previste nell'accordo e rende responsabili in caso di inadempimento.

## 2.1. Segue: a) per comportamenti delle organizzazioni di categoria aderenti e rispettive articolazioni territoriali.

Se per gli inadempimenti c.d. diretti *nulla quaestio*<sup>1456</sup>, più spinoso è il tema della sanzionabilità per l'inadempimento c.d. indiretto: dal tenore letterale del Testo Unico sulla rappresentanza, nonché degli accordi interconfederali 2011 e 2013, risulta evidente l'intenzione delle parti contraenti di impegnarsi - *a priori* - non solo a rispettare, ma anche a far rispettare le clausole di

---

loro volta dovrebbero prevedere le sanzioni contro le azioni di contrasto alle regole concordate. È allora pur sempre un invito quello contenuto nell'accordo interconfederale e sono le confederazioni stesse ad assumere l'obbligo reciproco di esercitare la loro influenza per persuadere i sindacati nazionali ad introdurre le clausole di raffreddamento o di tregua (con sanzioni) nei Ccnl".

<sup>1450</sup> Cfr. A. Viscomi, *Prime note sul protocollo 31 maggio 2013*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 772: "Si badi: di contrasto, non in contrasto, e non vi è necessaria identità concettuale nell'uso delle diverse preposizioni semplici dal momento che la prima indica azioni „volte a contrastare", la seconda, invece, azioni „non coerenti con"".

<sup>1451</sup> Cfr. art. 1382 c.c.

<sup>1452</sup> Cfr. art. 1456 c.c.

<sup>1453</sup> Vd. prima parte del Testo Unico sulla rappresentanza.

<sup>1454</sup> Vd. sottoscrizione del Protocollo d'intesa 2013 da parte dell'UGL in data 6 giugno 2013 e da parte della CISA il 18 giugno 2013.

<sup>1455</sup> Cfr. M. Barbieri, intervento in occasione del convegno *Regole della rappresentanza sindacale e vincoli costituzionali*, svoltosi il 27 marzo 2014 presso L'università La Sapienza di Roma: "Il Testo Unico sulla rappresentanza è un sistema aperto. Il sistema previgente ha dimostrato capacità inclusiva". Vd. anche M. Marazza, in occasione del convegno cit.: "Il sistema è aperto, ma con un atteggiamento operativo di chiusura".

<sup>1456</sup> F. Carinci, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III Stat. lav. al T.U. sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in Aa. Vv., *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, cit., p. 67: "ormai è lezione acquisita dalla disciplina interconfederale quella per cui gli impegni assunti dai sindacati sono in nome e per conto proprio, sì da risultare sanzionabili esclusivamente a loro carico".

tregua<sup>1457</sup>. Le confederazioni firmatarie si obbligano a rispondere anche dello sciopero che non hanno proclamato né appoggiato, ma che sia stato, ad esempio, promosso dalle associazioni di categoria ad esse aderenti.

Nell'attuale fase transitoria, in cui il sistema di contrattazione collettiva delineato dal Testo Unico sulla rappresentanza non è ancora operativo perché non sono state attivate le procedure di misurazione e certificazione della rappresentanza sindacale, tale rischio è ancora più elevato: in mancanza dei Ccnl stipulati in base ai nuovi criteri concordati, le organizzazioni nazionali di categoria non sono "parti contraenti" e, dunque, *quid accidit* nel caso in cui promuovano iniziative unilaterali che violino la pace sindacale e vanifichino, di fatto, gli impegni assunti dalle rispettive confederazioni di appartenenza?

Il delicato rapporto tra confederazioni e strutture ad esse aderenti è stato oggetto di un'interessante pronuncia del Tribunale di Roma<sup>1458</sup>, secondo cui gli accordi sottoscritti dalle confederazioni non producono effetti automatici e diretti in capo alle associazioni di categoria ad esse collegate, in considerazione dell'autonomia e indipendenza previste nei rispettivi statuti, nonché della libertà sindacale sancita dall'art. 39 della Costituzione, che impedisce una gerarchia tra sindacati di diverso livello, anche se appartenenti allo stesso gruppo. La violazione da parte delle associazioni di categoria delle clausole di esigibilità contenute negli accordi interconfederali può, perciò, comportare conseguenze solo a livello endoassociativo, se previste dagli statuti. Alla medesima soluzione perviene il Tribunale di Taranto nella pronuncia del 17 dicembre 2013, escludendo che il protocollo 2013 possa produrre effetti giuridici diretti nei confronti degli organismi di categoria, a meno che non intervengano atti negoziali a regolarne i rapporti. L'accordo interconfederale avrebbe, pertanto, natura esclusivamente programmatica e non direttamente vincolante dal punto di vista giuridico, in quanto prevede l'impegno ad adottare successivi atti esecutivi.

Il Testo Unico sulla rappresentanza, nella parte relativa alle clausole transitorie e finali, si discosta dai *dicta* del Tribunale di Roma e del Tribunale di Taranto e riprende sostanzialmente quanto previsto dal Protocollo del 2013: "le parti firmatarie della presente intesa si impegnano a far rispettare le regole qui concordate e si impegnano, altresì, affinché le rispettive organizzazioni di categoria ad esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto pattuito nel presente accordo". Si tratta di una sorta di responsabilità oggettiva, tesa a rafforzare l'esigibilità degli impegni e, di conseguenza, l'affidabilità dei contraenti<sup>1459</sup>.

<sup>1457</sup> "Le parti firmatarie della presente intesa si impegnano a far rispettare i principi qui concordati e si impegnano, altresì, affinché le rispettive strutture ad esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto concordato nel presente accordo".

<sup>1458</sup> Trib. Roma 13 maggio 2013, con nota di M. Miscione in *Lav. giur.*, 2013, VII, p. 703; con nota di G. B. Panizza in *Dir. rel. ind.*, 2013, III, p. 771.

<sup>1459</sup> Cfr. F. Lunardon, *Op. cit.*, p. 202: "l'*aliquid novi* della parte quarta del TU consiste nel tentativo di rafforzare il sistema sul versante su cui finora esso si è rivelato più fragile (vale a dire la trasmissione degli obblighi – dalle confederazioni alle federazioni, alle strutture sindacali di secondo livello – e la garanzia della loro azionabilità), per renderlo finalmente «auto-concluso e auto-sufficiente»".

In via transitoria, in attesa che la contrattazione collettiva disciplini le clausole sanzionatorie, il Testo Unico istituisce una procedura arbitrale per dirimere le eventuali controversie tra le confederazioni firmatarie e le organizzazioni di categoria ad esse appartenenti<sup>1460</sup>: questa scelta può essere letta come un indizio della natura meramente endoassociativa<sup>1461</sup> della responsabilità derivante dall'inadempimento indiretto.

Il dibattito in materia è antico<sup>1462</sup> e vivace<sup>1463</sup>, ma l' "asimmetria tra la sfera dei comportamenti adottati in violazione del principio di esigibilità e la sfera delle possibili sanzioni" – o, meglio, dei soggetti sanzionabili – "dimostra come l'esigibilità sia dato totalmente interno al sistema intersindacale"<sup>1464</sup> e non al sistema statale.

Inoltre, un irrigidimento del sistema potrebbe alterare l'equilibrio endoassociativo<sup>1465</sup> e comportare il rischio di una maggiore conflittualità tra l'associazione di categoria dissenziente e la confederazione di appartenenza, fino alla rescissione di tale legame proprio per sottrarsi alla clausola di tregua non sottoscritta.

## 2.2. Segue: b) per la condotta dei lavoratori iscritti.

La medesima problematica si ripropone, *a fortiori*, nell'ipotesi di uno sciopero a cui partecipino i lavoratori iscritti all'organizzazione sindacale che si è impegnata al rispetto della clausola di tregua. La scelta operata dal Testo Unico sulla rappresentanza<sup>1466</sup> di escludere la sanzionabilità dei singoli lavoratori per la loro condotta in violazione del dovere di pace sindacale è segno dell'accoglimento della dottrina maggioritaria<sup>1467</sup>, che esclude la riconducibilità delle clausole di tregua alla c.d. parte normativa del contratto collettivo.

<sup>1460</sup> Il Testo Unico sulla rappresentanza istituisce anche una Commissione interconfederale permanente con il compito di favorire e monitorare l'attuazione degli accordi e di garantirne l'esigibilità: cfr. in tal senso F. Carinci, *Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'art. 19, lettera b, St.)*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, III, p. 614, in cui auspica la previsione di un'autorità *super partes* chiamata a decidere sulla sussistenza o meno di una inadempienza ingiustificata.

<sup>1461</sup> V. G. Santoro Passarelli, *Op. cit.*, p. 418: "Anche se le disposizioni degli statuti delle federazioni o delle confederazioni prevedono l'obbligo delle associazioni aderenti di seguire le direttive o gli indirizzi confederali, l'eventuale inosservanza delle suddette direttive confederali raramente si traduce nell'irrogazione di una sanzione nei confronti dei dirigenti indisciplinati. Di regola il dissenso politico si compone con l'avvicendamento ma, talvolta, anche con la permanenza del dirigente sindacale dissenziente, perché di fatto viene accolta la sua linea di politica sindacale".

<sup>1462</sup> Cfr. G. Ghezzi, *Il dovere di pace sindacale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, p. 463; e, prima ancora, F. Santoro Passarelli, *Norme corporative, autonomia collettiva, autonomia individuale*, in *Dir. econ.*, 1957, p. 1197.

<sup>1463</sup> Le ricostruzioni civilistiche sono variegate: dal dovere di correttezza e buona fede *in executivis* a norma degli artt. 1175 e 1375 c.c. alla *culpa in vigilando*, dal classico dovere di influenza alla promessa del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c.c. Cfr. ricostruzione di A. Federici, *La responsabilità contrattuale del sindacato nel nuovo sistema di relazioni industriali*, relazione al convegno *I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro*, Bari 11-12 novembre 2011.

<sup>1464</sup> T. Treu, *L'accordo del 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 613; A. Viscomi, *op. cit.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 773; F. Carinci, *op. cit.*, p. 615.

<sup>1465</sup> A. Viscomi, *Soggettività sindacale e categorie contrattuali*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 81: "una fugace lettura delle norme statutarie conferma il difficile equilibrio tra Confederazioni e Federazioni".

<sup>1466</sup> In tal senso vd. già l'Accordo Interconfederale 2011.

<sup>1467</sup> V. L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 167; G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, p. 147; L. Mariucci, *La clausola di tregua non può applicarsi ai singoli lavoratori*, in <http://www.pietroichino.it/?p=8973>. *Contra*, F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, p. 374; P. Ichino, *Replica all'intervento di Luigi Mariucci*, in <http://www.pietroichino.it/?p=8973>.



Se la clausola di tregua appartiene alla parte obbligatoria del contratto collettivo e, pertanto, impegna solo i soggetti sindacali, occorre chiarire in che modo<sup>1468</sup> e fino a che punto<sup>1469</sup> i sindacati debbano esercitare il classico dovere d'influenza<sup>1470</sup> nei confronti dei lavoratori iscritti<sup>1471</sup> per evitare di incorrere nelle clausole sanzionatorie.

L'incapacità di influenzare la condotta dei propri iscritti è sicuramente un dato rilevante sul piano di politica sindacale, ma non è altrettanto pacifico il riconoscimento di una responsabilità giuridica in capo all'organizzazione firmataria<sup>1472</sup>.

### 2.3. Segue: c) per le azioni di contrasto promosse dalle rappresentanze sindacali in azienda

Un altro profilo d'indagine concerne la violazione delle clausole di tregua inserite nei contratti collettivi aziendali. La parte quarta del Testo Unico sulla rappresentanza (ultimo periodo) afferma la vincolatività delle clausole di tregua sindacale e delle clausole sanzionatorie per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori, per le associazioni sindacali appartenenti alle confederazioni firmatarie e per le organizzazioni che abbiano formalmente aderito. Nello stesso tempo, esclude espressamente la sanzionabilità dei singoli lavoratori<sup>1473</sup> che partecipino alle iniziative in violazione del dovere di pace sindacale.

In tal modo, il Testo Unico prende posizione nei confronti sia delle c.d. clausole di responsabilità dei contratti collettivi aziendali FIAT<sup>1474</sup> sia del dibattito sulla riconducibilità delle clausole di tregua alla parte normativa o obbligatoria del contratto collettivo<sup>1475</sup>, preferendo quest'ultima opzione.

La scelta del Testo Unico è quella di non incidere sul piano interindividuale ma di rafforzare i

<sup>1468</sup> Ad esempio attraverso assemblee e/o comunicati finalizzati a convincere i lavoratori iscritti al rispetto delle clausole pattuite.

<sup>1469</sup> Non è sufficiente non aver proclamato o promosso lo sciopero, ma occorre individuare i vari tipi di sostegno (attraverso comportamenti attivi o anche omissivi) alle iniziative di contrasto poste in essere da altre organizzazioni sindacali o spontaneamente da gruppi di lavoratori.

<sup>1470</sup> Cfr., sulla scarsa praticabilità di una sorta di responsabilità oggettiva, L. Mariucci, *Prime note sul caso Fiat: anomalia o modello?*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni e cambiamento sociale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 500; F. Carinci, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in WP-CSDLE "Massimo D'Antona", 2011, n. 113, p. 12.

<sup>1471</sup> 41Cfr., sul punto, l'accordo Fiat Pomigliano, sottoscritto il 15 giugno 2010 da Fiat e FIM, UILM e FISMIC, che al punto n. 14 prevede: "le parti si danno altresì atto che comportamenti individuali e/o collettivi dei lavoratori idonei a violare, in tutto o in parte e in misura significativa, le clausole del presente accordo [...] producono per l'Azienda effetti liberatori". Secondo R. De Luca Tamajo, *Le criticità del sistema di relazioni industriali*, in *Il caso Pomigliano*, AREL, Europa Lavoro Economia, 2010, n. 8/9, p. 32: "Dal punto di vista giuridico di null'altro si tratta che dell'apposizione di una condizione risolutiva, rappresentata dall'avverarsi dei comportamenti stigmatizzati dalla clausola".

<sup>1472</sup> Vd. E. Ghera, *op. cit.*, p. 250. Cfr. G. Giugni, *L'obbligo di tregua: valutazioni di diritto comparato*, in *Riv. dir. lav.*, 1973, I, p. 15; M. Magnani, *Tregua sindacale*, in *DDPCom*, 1999, p. 146.

<sup>1473</sup> Vd. ultimo periodo della parte quarta del Testo Unico sulla rappresentanza e, in precedenza, punto n. 6 dell'Accordo Interconfederale 2011. Vd. anche L. Mariucci, P. Ichino sulla sanzionabilità dei singoli lavoratori per la violazione della clausola di tregua in <http://www.pietroichino.it/?p=9087>.

<sup>1474</sup> L'accordo Fiat Pomigliano, sottoscritto il 15 giugno 2010 da Fiat e FIM, UILM e FISMIC, prevede al punto n. 14 che "le parti si danno altresì atto che comportamenti individuali e/o collettivi dei lavoratori idonei a violare, in tutto o in parte e in misura significativa, le clausole del presente accordo [...] producono per l'Azienda effetti liberatori" e al punto n. 15 che "le clausole del presente accordo integrano la regolamentazione dei contratti individuali di lavoro al cui interno sono da considerarsi correlate ed inscindibili, sicché la violazione da parte del singolo lavoratore di una di esse costituisce infrazione disciplinare".

<sup>1475</sup> Cfr. F. Carinci, *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'Accordo di Pomigliano*, in WP-CSDLE, 2010, n. 108, p. 19.

vincoli intersindacali: anche in questo caso è importante distinguere la responsabilità *politica* da quella giuridica.

### 3. Sanzionabilità delle organizzazioni sindacali non firmatarie che hanno partecipato al procedimento previsto dal T.U. sulla rappresentanza.

In base ai principi civilistici, il contratto è vincolante solo per le parti e non produce effetto rispetto ai terzi, salvo che nei casi previsti dalla legge<sup>1476</sup>.

Nulla vieta alle organizzazioni sindacali e datoriali stipulanti di accordarsi, in via generale e preventiva, anche sulle conseguenze sanzionatorie degli eventuali inadempimenti, dovuti al proprio comportamento o all'assunzione di responsabilità per la condotta altrui: in questa prospettiva le clausole previste possono essere definite autosanzionatorie.

In realtà, il sistema di relazioni industriali introdotto dai recenti accordi interconfederali spinge a interrogarsi sulla possibilità che le regole pattuite possano estendersi oltre il perimetro dell'accordo.

Dallo *spirito* - più che dalla *lettera*, che circoscrive gli accordi a "tutte le parti contraenti" - sembra emergere la volontà di vincolarsi *a priori*, cioè non alla conclusione del contratto collettivo, ma per il semplice fatto di aver aderito al meccanismo di misurazione e certificazione previsto dal Protocollo del 2013 e dal Testo Unico del 2014<sup>1477</sup>. In quest'ottica la partecipazione al procedimento, pur in mancanza della sottoscrizione del contratto collettivo, può essere interpretata come "confermativa di una volontà negoziale positiva e di adesione alla regola (e alle conseguenze sistematiche) del principio di maggioranza"<sup>1478</sup>.

Da un punto di vista politico – nel senso più ampio del termine – una scelta in tal senso risulta comprensibile e, alla luce delle attuali dinamiche industriali, anche auspicabile per evitare il rischio di frustrare un procedimento lungo e impegnativo.

Da un punto di vista giuridico, però, in mancanza di una legge attuativa dell'art. 39 Cost., non è semplice giustificare l'efficacia *ultra partes* delle regole concordate dall'autonomia collettiva<sup>1479</sup>, cioè consentire alle parti stipulanti di vincolare *ex ante* le organizzazioni sindacali che partecipino alle trattative senza sottoscrivere il contratto collettivo o che semplicemente si assoggettino al meccanismo selettivo di accesso alle trattative.

La parte quarta del Testo Unico usa indistintamente le espressioni "parti", "firmatarie" e "contraenti" e, a una lettura rigorosa, ciò porterebbe a escludere dall'area della sanzionabilità i soggetti non firmatari degli accordi interconfederali e dei contratti collettivi, a prescindere dalla loro

---

<sup>1476</sup> Cfr. art. 1372 c.c.

<sup>1477</sup> A. Maresca, *Contratto collettivo nazionale di lavoro e "regole sulla rappresentanza" sindacale: verso l'attuazione negoziale dell'art. 39, co. 4, della Costituzione?*, in Aa.Vv., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 193.

<sup>1478</sup> Vd. A. Viscomi, *Prime note sul protocollo 31 maggio 2013*, cit., p. 775.

<sup>1479</sup> Vd. sul punto, V. Angiolini, *Parere sul Testo Unico sulla Rappresentanza*, p. 6, in <http://www.cgil.it/News/Primo-Piano.aspx?ID=21907>.

partecipazione alla procedura di ammissione alle trattative<sup>1480</sup>. In realtà, tali espressioni si presterebbero anche ad un'interpretazione estensiva: *mutatis mutandis*, potrebbe trattarsi dell' "ipotesi inversa a quella sottoposta all'esame della Corte Costituzionale<sup>1481</sup> in merito all'art. 19"<sup>1482</sup>.

Inoltre, tale riflessione apre la strada a numerosi interrogativi, in gran parte inesplorati: *quomodo* la condotta di un'organizzazione sindacale può essere qualificata come "comportamento concludente"? La richiesta del codice identificativo<sup>1483</sup> per la rilevazione della rappresentanza sindacale può configurarsi come un'accettazione per *facta concludentia* dell'accordo interconfederale? È possibile individuare un'adesione parziale, limitata soltanto a una fase del procedimento?

Il Tribunale di Ivrea<sup>1484</sup> affronta alcuni di questi punti, in quanto chiamato a pronunciarsi sul valore giuridico da attribuire a una comunicazione con la quale la Confederazione dei Comitati di Base (Cobas) - dopo aver dichiarato di riconoscere e accettare gli accordi interconfederali al fine per poter partecipare alle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie – si riserva la facoltà di agire in giudizio per la declaratoria di eventuali vizi di nullità degli accordi stessi. Le organizzazioni sindacali firmatarie escludono la lista dei Cobas dalle elezioni aziendali, perché ritengono tale adesione priva di effetti giuridici a causa dell'apposizione della clausola di riserva. Secondo il giudice adito, invece, si tratta di una mera clausola di stile, che non inficia in alcun modo la volontà dell'adesione, che non può essere né parziale né condizionata. Infine, il Tribunale di Ivrea rileva che "le ragioni per le quali sia stata apposta da parte del sindacato ricorrente la c.d. clausola di riserva, investendo questioni di natura esclusivamente politico-sindacale, non assumono rilevanza nel presente giudizio".

#### 4. Rilevanza della condotta e profili di sanzionabilità dei soggetti collettivi che non hanno partecipato al procedimento.

Se l'*intentio* dei citati accordi interconfederali è quello di estendere il più possibile il campo della vincolatività, c'è un confine entro il quale devono inevitabilmente arrestarsi: la clausola di tregua non può impegnare le organizzazioni sindacali non firmatarie né partecipanti in alcun modo al procedimento<sup>1485</sup>.

Tale punto è stato affrontato anche in sede europea, in quanto il Comitato dei diritti sociali si è espresso escludendo l'efficacia delle clausole di tregua nei confronti dei soggetti collettivi non

<sup>1480</sup> Sul punto, vd. parte terza del citato testo unico sulla rappresentanza: "Il rispetto delle procedure sopra definite comporta che gli accordi in tal modo conclusi sono efficaci ed esigibili per l'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici nonché pienamente esigibili per tutte le organizzazioni aderenti alle parti firmatarie della presente intesa". Non si fa alcun accenno all'esigibilità nei confronti delle organizzazioni sindacali che partecipino alle procedure previste (di certificazione e misurazione) ma non sottoscrivano il contratto collettivo (e non siano firmatarie del Testo Unico).

<sup>1481</sup> Corte Cost. 3 luglio 2013, n. 231.

<sup>1482</sup> Vd. A. Viscomi, *op. cit.*, p. 775.

<sup>1483</sup> Vd. Parte Prima del T.U. sulla rappresentanza.

<sup>1484</sup> Trib. Ivrea 28 aprile 2014.

<sup>1485</sup> F. Lunardon, *Op. cit.*, p. 218: "Fermo allora che l'assunzione di un obbligo non può scaturire dalla pattuizione posta in essere da soggetti terzi, deve concludersi che lo sforzo profuso dalle confederazioni nel delineare con completezza un nuovo scenario di regole per la contrattazione collettiva è impari rispetto al risultato raggiunto".

partecipanti all'accordo. I limiti all'esercizio dello sciopero stabiliti convenzionalmente non possono applicarsi ad "altre organizzazioni di lavoratori, che non perdono il diritto di intraprendere l'azione industriale"<sup>1486</sup>.

Per chiarezza è, però, opportuno evidenziare che il Testo Unico sulla rappresentanza esclude espressamente la possibilità di sanzionare le condotte dei singoli lavoratori, mentre non si pronuncia in merito alla sanzionabilità dei comportamenti di contrasto promossi da gruppi di lavoratori o da organizzazioni sindacali estranee al procedimento.

#### 4.1 Segue: a) organizzazioni sindacali estranee al procedimento.

Nel variegato e magmatico contesto intersindacale del nostro Paese è comprensibile la preoccupazione delle parti firmatarie - sia dal lato datoriale che dal lato dei lavoratori – nei confronti di quei soggetti collettivi che non sono vincolati dalle clausole di tregua perché non hanno sottoscritto i contratti collettivi né hanno aderito agli accordi interconfederali.

In tale prospettiva è verosimile prevedere, anziché una riduzione, un incremento della conflittualità collettiva: per le organizzazioni sindacali che si collocano al di fuori dello schema interconfederale l'autolimitazione delle tradizionali forze sindacali può costituire un'occasione propizia per acquisire consensi da parte dei lavoratori delusi. E non soltanto attraverso la proclamazione dello sciopero<sup>1487</sup>.

Inoltre, in base ai principi di libertà e pluralità sindacale, costituzionalmente garantiti, l'autonomia collettiva, pur disciplinando le modalità di accesso alle trattative per la contrattazione secondo i criteri previsti nella prima parte del Testo Unico, non può pregiudicare i diritti dei terzi, né escludere le altre organizzazioni sindacali, che "restano libere di contrattare secondo il criterio tradizionale, ossia con il solo requisito di accreditamento alla trattativa dalla parte datoriale"<sup>1488</sup>.

Alla luce di ciò, la regolamentazione predisposta nel Testo Unico, anche se centra l'obiettivo di rafforzare l'efficacia *inter partes* dei contratti collettivi, non può assicurare la pace sindacale. E il rischio è quello della proliferazione ed estremizzazione dei conflitti.

#### 4.2. Segue: b) gruppi di lavoratori che proclamano lo sciopero.

Nulla vieta che lo sciopero venga proclamato da un gruppo occasionale di lavoratori, che non sia espressione di alcuna sigla sindacale.

Nel nostro ordinamento lo sciopero è considerato un diritto a titolarità individuale ed esercizio collettivo<sup>1489</sup> e la libertà sindacale (anche negativa) è tutelata costituzionalmente. La proclamazione dello sciopero da parte di un'associazione sindacale non è, pertanto, necessaria e assume

<sup>1486</sup> Committee on Social rights, *Conclusions*, 2005, VII, p. 40.

<sup>1487</sup> In data 19 marzo 2014 l'Usb ha presentato al Tribunale di Roma un ricorso ex art. 702 bis c.p.c. per ottenere la declaratoria di nullità parziale del Testo Unico sulla rappresentanza 2014: anche il ricorso ad azioni giudiziali può costituire, in un certo qual modo, una sorta di azione di contrasto.

<sup>1488</sup> V. Angiolini, *Op. cit.*, p. 9. *Contra*, vd. E. Ghera, intervento in occasione del convegno cit.: "La norma di chiusura del sistema è che le imprese non possono stipulare accordi separati".

<sup>1489</sup> Anche se non pacificamente: per un'accurata ricostruzione del dibattito dottrinale sulla titolarità individuale o collettiva del diritto di sciopero, vd. A. Zoppoli, *La titolarità del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006, p. 39 ss; cfr. anche interventi di M. Rusciano, G.

il significato di un mero “invito a scioperare”<sup>1490</sup>, non di un’autorizzazione all’astensione individuale dal lavoro<sup>1491</sup>. Anche un semplice gruppo di lavoratori che decida di astenersi dall’attività lavorativa può esercitare legittimamente il diritto di sciopero, purché sussista un interesse collettivo<sup>1492</sup>.

Gli accordi interconfederali escludono la possibilità di sanzioni per i singoli lavoratori, ma non si esprimono sull’ipotesi di scioperi promossi e attuati, senza alcun sostegno sindacale, da gruppi di lavoratori, iscritti o no ad organizzazioni di categoria.

Nel Protocollo del 23 luglio 1993 si rinviene il prodromo di uno scollamento tra i destinatari dell’obbligo fissato nella clausola di tregua (le organizzazioni sindacali firmatarie) e i destinatari delle sanzioni pecuniarie consistenti nello slittamento dell’erogazione dell’indennità di vacanza contrattuale (i lavoratori)<sup>1493</sup>, ma tale meccanismo è stato superato dalla contrattazione collettiva successiva. E anche i sostenitori della tesi che ricollega le clausole di tregua alla parte c.d. normativa del contratto collettivo oppongono delle resistenze alla dilatazione dell’efficacia di tali clausole nei confronti dei lavoratori non iscritti ai sindacati firmatari o non iscritti ad alcun sindacato<sup>1494</sup>. Al riguardo, il Comitato Europeo dei diritti sociali afferma che le clausole di tregua sindacale “si possono applicare solo ai membri delle organizzazioni che hanno firmato un tale accordo, e mai ad altri lavoratori, che siano o non siano sindacalizzati”<sup>1495</sup>.

Allo stato attuale, pur tralasciando le criticità relative all’individuazione dei componenti delle coalizioni spontanee e alle modalità di irrogazione di sanzioni adeguate, appare difficile ammettere l’inserimento nei contratti collettivi di sanzioni per i gruppi di lavoratori che proclamano uno sciopero spontaneo in violazione delle clausole di tregua, in ragione della carenza di legittimazione delle parti contraenti, che non possono disporre di diritti di cui non sono titolari. È vero che i lavoratori sono destinatari degli accordi, ma soltanto *uti singuli*, cioè per quanto concerne i diritti individuali, non per i diritti collettivi.

## 5. Profili critici e prospettive.

Gli accordi interconfederali esaminati regolano la fisiologia delle relazioni sindacali, ma non hanno

Santoro Passarelli e P. Tosi in Aa.Vv., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione del settore privato e pubblico*, Atti del IX Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Fiuggi, 8-10 aprile 1988, Giuffrè, Milano, 1989; G. Pino – E. Ghera, *Conflitto e autonomia collettiva: contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2005; R. Romei, *Esiste davvero la titolarità collettiva del diritto di sciopero?*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, p. 1043; R. Scognamiglio, *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, IV, p. 487.

<sup>1490</sup> Vd. G. Giugni, *op. cit.*, p. 231.

<sup>1491</sup> Cfr. G. Zangari, *Sciopero (diritto di)*, in *Nuovo dig. it.*, Utet, Torino, 1969, p. 730, sulla configurazione dello sciopero come fattispecie complessa.

<sup>1492</sup> “Al contrario una pluralità, anche numerosa, di lavoratori che si uniscono in un’astensione originata da ragioni individuali senza connessione tra loro non fa sciopero”: G. Giugni, *Op. cit.*, p. 232.

<sup>1493</sup> Vd. L. Corazza, *Op. cit.*, p. 45; E. M. Mastinu, *I contenuti obbligatori intersindacali nella teoria giuridica del contratto collettivo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 191.

<sup>1494</sup> L. Corazza, *Op. cit.*, p. 131.

<sup>1495</sup> Committee on Social rights, *Conclusions*, 2005, VII, p. 40.

- almeno al momento - strumenti adatti per disciplinarne la patologia, in quanto l'impianto sanzionatorio, così com'è prospettato, presenta lacune e zone d'ombra non idonee a risolvere il problema della conflittualità nel settore intersindacale. Anzi, come evidenziato in più punti, rischia di incrementarlo in maniera incontrollata, svincolandolo dai tradizionali canali.

Lo sciopero, infatti, può essere esercitato anche da semplici gruppi di lavoratori, dando così vita ad episodi di conflittualità che potranno anche riscuotere partecipazione e coinvolgimento - soprattutto in frangenti, sempre più frequenti, di esasperazione per la crisi e per il rischio della perdita di lavoro - lasciando ai margini le organizzazioni sindacali rimaste inerti e aumentando il senso di distacco e di disaffezione già in atto.

Inoltre, i sindacati che si collocano al di fuori dello schema interconfederale, non essendo vincolati dagli accordi né dalle clausole di tregua contenute nei contratti collettivi non sottoscritti, potranno approfittare della forzata inerzia delle maggiori associazioni sindacali per fomentare la conflittualità e così conquistare maggior consenso<sup>1496</sup>.

Infine, lo sciopero potrebbe essere promosso da un sindacato di categoria non firmatario del contratto collettivo che preveda la clausola di tregua: in tal caso, il conflitto di natura endoassociativa tra il sindacato dissenziente e la confederazione di appartenenza potrebbe incidere gravemente sulla coesione delle forze sindacali.

Per arginare tali inconvenienti non è convincente il tentativo di ampliare l'area della sanzionabilità *ultra partes*, fino ad arrivare ai semplici gruppi di lavoratori (o addirittura ai singoli lavoratori), sulla falsariga di quanto previsto nella legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali<sup>1497</sup>, che in più punti fa genericamente riferimento ai "soggetti" che promuovono lo sciopero, ricomprendendo oltre i sindacati, anche le più disparate formazioni non associative, sia spontanee che con organizzazione stabile<sup>1498</sup>. Tale analogia, però, non appare sostenibile sia per la differente fonte della disciplina (la prima di natura contrattuale, la seconda legislativa) sia per la peculiarità del settore dei servizi pubblici essenziali, finalizzato a garantire agli utenti - soggetti terzi rispetto al rapporto di lavoro - l'effettivo godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati.

Al "*deficit* di effettività dell'ordinamento intersindacale"<sup>1499</sup> non si può neppure supplire con il ricorso all'ordinamento statale e alla sua giurisdizione: la giurisprudenza in materia è ancora allo

<sup>1496</sup> Cfr. L. Corazza, *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.* 2011, IV, p. 617; F. Scarpelli, *Una nuova pagina nel sistema di relazioni industriali. L'accordo sulle regole della rappresentatività e della contrattazione*, in [www.noteinformative.it](http://www.noteinformative.it), 2011, 53.

<sup>1497</sup> Legge 12 giugno 1990, n. 146, come modificata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83.

<sup>1498</sup> Per un approfondimento sul punto, vd. A. Zoppoli, *Il diritto di sciopero della coalizione occasionale e spontanea nella L. n. 146 del 1990*, in *Newsletter Cgs*, 2007, n. 3, p. 5; P. Pascucci, *Le sanzioni della L. n. 146/1990 e le astensioni collettive delle coalizioni spontanee*, in *Lav. P.A.*, 2008, p. 711; G. Santoro Passarelli, *Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 39.

<sup>1499</sup> M. De Luca, *Rappresentatività sindacale nel Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 ed in recente pronuncia di incostituzionalità (dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori): dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2013, 193, p. 22.

stato embrionale<sup>1500</sup> e i rimedi civilistici non risultano efficaci, anche in considerazione dei lunghi tempi della giustizia a fronte dell'urgenza delle dinamiche delle relazioni intersindacali<sup>1501</sup>.

Allo stato attuale, in mancanza di una normativa *ad hoc*, la credibilità e la forza delle organizzazioni sindacali si *giocano* sul piano intersindacale, nella capacità di rispettare e far rispettare gli impegni assunti per tutelare i trattamenti economici e normativi dei lavoratori, con tutte le difficoltà e i rischi che ne conseguono.

---

<sup>1500</sup> Le pronunce giudiziali sulla violazione delle clausole di tregua sono rare: vd. Cass. 10 febbraio 1971, n. 357, in *Mass. giur. lav.*, 1971, p. 24.

<sup>1501</sup> S. Ciucciovino – A. Maresca, *Le forme di autotutela del datore di lavoro e la repressione della condotta antisindacale*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 508.

## La titolarità del diritto di sciopero nel nuovo contesto delle relazioni sindacali\*

Silvia Donà

|                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La titolarità del diritto di sciopero dalla Costituente ai giorni nostri: una lettura storica                            | 413 |
| 1.1. La tesi della titolarità collettiva negli anni '80 del secolo scorso                                                   | 415 |
| 1.2. La legge sui servizi pubblici essenziali e la rivisitazione della tesi classica. Cenni                                 | 417 |
| 1.3. Le tesi della titolarità alla luce del nuovo panorama delle relazioni sindacali. Cenni                                 | 419 |
| 2. Le critiche mosse alla tesi classica della titolarità individuale ad esercizio collettivo                                | 420 |
| 2.1. La legge sui servizi pubblici essenziali come rilancio per la tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero | 422 |
| 3. La compresenza di interessi individuali e collettivi nello sciopero: spunti da studi comparatistici                      | 425 |
| 4. La gestione del dissenso: la titolarità calata nel nuovo contesto delle relazioni sindacali. Riflessioni conclusive      | 426 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 231/2014



## 1. La titolarità del diritto di sciopero dalla Costituente ai giorni nostri: una lettura storica

L'art. 40 Cost. lascia all'interprete indicare chi sia il titolare del diritto di sciopero<sup>1502</sup>, ovvero chi siano i soggetti legittimati ad esercitare tale diritto e non dice niente sulla titolarità del diritto che è una questione diversa rispetto alle modalità di esercizio del diritto<sup>1503</sup>.

Le dottrine della titolarità collettiva che si sono sviluppate nel periodo appena successivo alla Costituzione, si rifanno al disegno costituzionale, secondo cui il diritto di sciopero previsto dall'art. 40 Cost., è strettamente connesso al potere che l'art. 39 Cost. dà al sindacato-associazione di stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*.

Tuttavia, la mancata attuazione del quadro Costituzionale illustrato, ha fatto sì che le dottrine della titolarità collettiva non abbiano avuto un riscontro efficace, lasciando spazio alla dottrina della titolarità individuale che a tutt'oggi ha ancora un ruolo di grande rilievo nella cultura sindacale ed anche nella giurisprudenza.

Per avere delle indicazioni sulla titolarità del diritto di sciopero è importante considerare lo stretto collegamento che esiste tra il diritto di sciopero e gli artt. 3, comma 2 e 39 Cost. da cui discende che lo sciopero può essere praticato anche da gruppi di lavoratori non organizzati in sindacato e non sembra possibile quindi non ammettere tale possibilità nella tutela prevista dall'art. 40 Cost.<sup>1504</sup>. Ciò è dimostrato dalla legge n.146/1990 (art.2, comma 3; art. 4, comma 2; art.8, comma 2; art.10, comma 1), che indica esplicitamente "*soggetti che promuovono lo sciopero*" o "*organizzazioni di lavoratori che proclamano uno sciopero*" e tale risoluzione appare coerente con la considerazione che se titolari del diritto di sciopero fossero solo i sindacati e non i lavoratori, non si capirebbe perché l'effetto di sospendere l'obbligazione di lavoro sia anche in capo ai soggetti non iscritti al sindacato e invece questa ipotesi non è stata mai messa in discussione.

Secondo questa ricostruzione lo sciopero può essere considerato come un diritto individuale, ma ad esercizio collettivo e poiché è riconosciuto per la tutela di un interesse collettivo, il suo esercizio si esplica collettivamente. È importante verificare, quindi, la natura collettiva e non individuale dell'interesse perseguito per comprendere se la sospensione effettuata da pochi dipendenti possa essere considerata come sciopero; ciò porta alla conseguenza che una pluralità anche numerosa di lavoratori che si uniscano in un'astensione originata da ragioni individuali che non siano connesse tra loro, non costituisce sciopero. La questione sottesa a questo principio è se si possa ricondurre la titolarità dello sciopero soltanto all'associazione sindacale: la teoria è stata contestata fin dagli anni '70 del secolo scorso, ma si ripropone ciclicamente per limitare il ricorso spontaneistico a forme di lotta fuori dal controllo sindacale e anche perché si cercano strumenti che diano autotutela alle organizzazioni sindacali minoritarie<sup>1505</sup>.

<sup>1502</sup> Per un'attenta analisi semantica dell'art.40 Cost. si veda R.DEL PUNTA, *Lo sciopero*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di F. CARINCI, t.I, *Il diritto sindacale*, coordinato da G. PROIA, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, Torino, Giappichelli, 2007, pp.404-413.

<sup>2</sup> Sul punto l'art. 40 Cost. prevede l'emanazione di una legge ordinaria che disciplini i modi di esercizio del diritto di sciopero, si veda in merito M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2011, pp.226 ss.

<sup>4</sup> Sul punto G. GIUGNI, aggiornato da L. BELLARDI, P. CURZIO, M.G. GAROFALO, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010, p.237.

<sup>1505</sup> Cfr. la ricostruzione di O. MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2012, p.181 e in modo difforme M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2013, p.178, secondo cui la titolarità esclusivamente individuale del diritto di sciopero non presenta

È importante poi che l'azione concertata venga organizzata e soprattutto che sia un'azione collettiva che coinvolga un gruppo che abbia un interesse omogeneo, riconosciuto dalla stessa organizzazione che intende tutelarla. Lo sciopero pone quindi in atto una protesta, che deve essere proclamata, oltre ad essere attuata collettivamente; quindi vi è la compresenza di un momento individuale e di uno collettivo <sup>1506</sup>.

Per questo è considerato un diritto pubblico soggettivo di libertà e la tesi si contrappone a quella precedente, secondo la quale il diritto di sciopero era un diritto potestativo del lavoratore, inserito nel rapporto con il datore di lavoro: da ciò ne conseguiva che il diritto non poteva essere esercitato se non in funzione di una pretesa contro il datore di lavoro e non per rivendicazioni esterne al rapporto di lavoro.

La proclamazione da parte del sindacato non è quindi un requisito del diritto, tranne che per i servizi pubblici essenziali, ma è solo un atto interno, un invito ai lavoratori a scioperare; ciò dimostra la differenza del nostro ordinamento rispetto ad altri sistemi come quello tedesco, dove il diritto di sciopero può considerarsi come un diritto "sindacale" che serve alla contrattazione collettiva <sup>1507</sup>.

Il problema della titolarità del diritto di sciopero è sempre stato ampiamente dibattuto sia dalla dottrina italiana che straniera <sup>1508</sup>.

Negli anni '60 del secolo scorso si assiste ad una convivenza tra la tesi della titolarità sindacale che continua ad essere sostenuta da una buona parte della dottrina <sup>1509</sup> e allo stesso tempo si rafforza la volontà di dare spessore all'autodeterminazione personale nei rapporti sindacali proprio per favorire la libertà di scelta del singolo lavoratore.

La questione significativa si sostanzia nella volontà di far convergere la titolarità individuale con la dimensione collettiva dell'azione diretta, un problema che ancora rimane aperto <sup>1510</sup>.

Da tale principio il sindacato acquisisce un notevole potere negoziale, poiché il singolo lavoratore può esercitare il diritto di sciopero solo dopo "un negozio giuridico collettivo unilaterale di autorizzazione" in capo al sindacato, ma è legittimo che anche gruppi di lavoratori si coalizzino spontaneamente per fare una protesta, certamente organizzata, ponendo in essere uno sciopero, a prescindere da ogni proclamazione o riconoscimento da parte dei sindacati ufficiali, dando luogo ai cosiddetti "scioperi selvaggi", chiamati in questo modo poiché non preceduti da alcuna proclamazione o preavviso, poiché il soggetto titolare del diritto di sciopero e il soggetto che lo proclama non coincidono.

---

alcuna necessità costituzionale, ma è soltanto la conseguenza naturale della mancanza di una legge "sindacale" che stabilisca i soggetti legittimati a proclamare lo sciopero, certamente nel rispetto del principio di libertà e dunque di pluralismo sindacale.

<sup>1506</sup> Vedi sul punto B. CARUSO, A. ALAIMO, *Diritto sindacale*, Mulino, Bologna, 2011, pp.273 ss.

<sup>1507</sup> Cfr, ancora, sul punto, M. MAGNANI, *Diritto sindacale*, cit., p.178.

<sup>1508</sup> Un'attenta riflessione sull'excursus della titolarità del diritto di sciopero la troviamo in P. BELLOCCHI, *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, in *Lav. Dir.*, 1994, p.163.

<sup>1509</sup> Cfr. G. MAZZONI, *I rapporti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, p.290, 308, 313, e G. Zingari, *Principi di diritto sindacale nel sistema della Costituzione formale*, Giuffrè, Milano, 1962, pp.413 ss. Tali teorie vengono ricostruite da A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006.

<sup>1510</sup> Vedi sul punto R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 407.

Questa era una ricostruzione ben nota agli anni '50<sup>1511</sup> quando si riconosceva il diritto solo a seguito di controversie che avevano ad oggetto la formazione o modificazione delle condizioni di lavoro indicate nel contratto collettivo. Le altre ipotesi erano considerate arbitrarie e quindi costituivano una giusta causa per la risoluzione del rapporto<sup>1512</sup>.

La tesi della titolarità individuale ottiene una forte rilevanza negli anni '60, poiché pone un limite alle conseguenze che derivano dall'efficacia della proclamazione sindacale anche perché la titolarità collettiva viene vista come limitativa della piena libertà individuale; sulla base di questo principio vari Autori<sup>1513</sup> che si sono occupati dell'argomento hanno ricalcato la critica posta da L. Mengoni negli anni '60 del secolo scorso, che puntava a sottolineare i limiti dell'effetto vincolante della proclamazione sindacale nei riguardi dei lavoratori che non erano iscritti al sindacato o che erano iscritti ad un altro sindacato.

Il primato della tesi della titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo si ha tuttavia soltanto nel decennio degli anni '70 anche se il sindacato mantiene un forte ruolo nel conflitto sociale.

### 1.1. La tesi della titolarità collettiva negli anni '80 del secolo scorso

La titolarità collettiva<sup>1514</sup> viene invece rilanciata negli anni '80 del secolo scorso, nel congresso Aidlass tenutosi a Fiuggi nel 1988, anche se la titolarità individuale conserva comunque dei sostenitori<sup>1515</sup> e da lì prende piede il dibattito sulla legge dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, in particolar modo emerge la necessità di veder regolato per legge l'esercizio del diritto di sciopero in tale contesto "delicato" in cui è necessario attuare un bilanciamento tra l'esercizio dello sciopero e la salvaguardia dei diritti essenziali dell'individuo regolati costituzionalmente. Con la legge n.146/1990 si assiste ad un mutamento delle regole di alcuni principi del diritto sindacale, poiché la problematica sottesa ai temi del conflitto è la scissione che si crea tra l'art. 39 Cost. e la titolarità del diritto di sciopero, deducibile dall'art. 40 Cost., che non venendo affrontati insieme prendono delle sembianze astratte, rispetto al valore omogeneo e logicamente connesso che hanno nella realtà concreta<sup>1516</sup> e ciò porta a far sviluppare nel tempo una rilevante attività sindacale che prende forma con le configurazioni istituzionali del sindacato maggiormente rappresentativo che assume un ruolo predominante nella contrattazione collettiva.

<sup>1511</sup> Ad esempio si rinvia a L. MARIUCCI, *Lo sciopero nella storia dei progetti di regolamentazione legislative, (1944-1972)*, in ROMAGNOLI, MARIUCCI, TREU, RICCIARDI, *Lo sciopero. Dalla Costituzione all'autodisciplina*, Il Mulino, Bologna, 1975, pp.35 ss. e P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, il Mulino, Bologna, 1977, pp. 359 ss.

<sup>1512</sup> Vedi sul punto R. SCOGNAMIGLIO *La disciplina negoziale del diritto di sciopero*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1972, vol. I, pp.351 ss., ora raccolto in SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. II, 1657.

<sup>1513</sup> Vedi sul punto MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'Autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, 1965, p.56; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, 8 ed., Cacucci, Bari 1986, p.218; F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1991, p.18.

<sup>1514</sup> Un' attenta ricostruzione sul rilancio della titolarità collettiva lo troviamo nei contributi di L. MENGONI, *Gruppi organizzati e mediazione di conflitti*, in *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, p.307 e pp.310-311 e nel contributo di G. PERA *Il diritto di sciopero*, cit., p.450 in cui rielabora e muta la sua precedente vicinanza nel sostenere la tesi della titolarità individuale.

<sup>1515</sup> Vedi ad esempio P. TOSI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in Aa. Vv., (a cura di), *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Atti del IX Congresso nazionale di Diritto del lavoro, tenutosi a Fiuggi l'8-10 aprile 1988, Giuffrè, Milano, 1989, pp.71 ss.

<sup>1516</sup> Il tema è ampiamente affrontato da P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 1994, p.169.

In Italia la funzione dello sciopero si concretizza nei rapporti sindacali; invece in altri Paesi si hanno delle rilevanti conseguenze sul piano pratico, ad esempio in Germania <sup>1517</sup> dove la legittimità dello sciopero è strettamente connessa alla funzionalità a stipulare un contratto collettivo.

La connessione tra gli artt. 39 e 40 Cost. favorisce una coerenza tra le regole negoziali e gli atteggiamenti del conflitto: ovvero la libertà del singolo di scioperare o no, in modo da permettere una legittimazione di forme più o meno estese di regolazione collettiva <sup>1518</sup>, dimostrando quindi che immettere la teoria della titolarità individuale nelle regolazioni collettive non blocca la stessa attività negoziale.

Un'analisi ancora diversa della titolarità del diritto di sciopero è quella che muove una critica <sup>1519</sup> sui corollari della teoria della titolarità individuale: teorie troppo dogmatiche, poco aderenti al dato concreto, che vedono lo sciopero come strumento di potere senza quei valori su cui può fondarsi la sua legittimazione e in contraddizione con i motivi posti alla base del riconoscimento costituzionale: l'art.40 Cost. in linea con i principi costituzionali di solidarietà, ex art. 2 Cost. e di uguaglianza, ex art. 3, 2 comma Cost. <sup>1520</sup>.

I dubbi che si pongono sono quelli relativi a considerare la titolarità individuale come un principio che giustifica lo sciopero come uno strumento di uguaglianza sociale dei lavoratori e non si accosta più alla tematica che si occupa "*dell'uguaglianza tra i lavoratori*".

In un certo senso il distacco delle teorie della titolarità del diritto di sciopero dalla sfera individuale del lavoratore e l'avvicinamento alla garanzia dei principi costituzionali è un'apertura che va ad evidenziare un'esigenza di uno Stato democratico che ha la necessità di combattere le disuguaglianze sociali <sup>1521</sup>.

Posta su questa linea la titolarità del diritto di sciopero impone la necessità di coordinare l'esercizio individuale del diritto alle esigenze della collettività e questo passaggio diventa un punto essenziale per gli specifici interventi legislativi <sup>1522</sup>. È il periodo in cui si sviluppano una serie di principi che mirano "*ad una qualità dell'azione sindacale*" <sup>1523</sup> e conducono il legislatore a preferire alcuni sindacati rispetto ad altri con interventi che sono quelli di privilegiare le grandi confederazioni che hanno il compito di realizzare i valori costituzionali di libertà, uguaglianza sostanziale e solidarietà.

<sup>1517</sup> Vedi sul punto T. BLANKE, *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici nella RFT*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1988, p. 509.

<sup>1518</sup> Un'attenta analisi del tema è stata fatta da P. BELLOCCHI, op. cit., p.169 che ricalca le analisi condotte da E. GHERA, *Intervento in Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 1989, p.178 e M. PERSIANI, *Autoregolamentazione dello sciopero e efficacia del contratto collettivo*, in *Dir. Lav.*, 1989, I, p. 6.

<sup>1519</sup> Vedi sul punto U. ROMAGNOLI, *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Lav.Dir.* 1991, p. 177

<sup>1520</sup> Altri Autori muovono lo stesso genere di critiche alla titolarità individuale, come ad esempio G. SANTORO PASSARELLI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e rappresentatività del sindacato*, in Aa. Vv. (a cura di), *Lo sciopero*, op. cit., p. 193.

<sup>1521</sup> L'analisi critica la troviamo in P. BELLOCCHI, op. cit., p. 163.

<sup>1522</sup> Interessante è l'interpretazione della l.146/1990 sulla base dei principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà, fatta da U. ROMAGNOLI, *la legge sullo sciopero tra autorità e consenso*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, p. 1087.

<sup>1523</sup> L'analisi del valore dato ad alcuni sindacati rispetto ad altri e la funzione degli stessi e il distacco della titolarità del diritto di sciopero dalla sfera del singolo lavoratore è svolta da P. BELLOCCHI, op. cit., p. 163.

A queste tesi sono state comunque avanzate delle critiche per riaffermare il principio della titolarità individuale, che si muovono tutte dal principio della garanzia della libertà sindacale; la questione della stretta connessione e interdipendenza che esiste tra gli artt. 39 e 40 Cost. e il dato della titolarità individuale<sup>1524</sup>.

Diventa sempre più importante la questione delle garanzie giuridiche del pluralismo sindacale, ma vengono introdotti correttivi poiché si vuole evitare che il sindacato abbia il primato assoluto.

Diviene sempre più evidente quindi il problema tra libertà sindacale e lo sciopero: il conflitto viene considerato come l'unica soluzione possibile per una visione pluralistica della rappresentanza degli interessi, che non blocchi l'emersione di nuovi soggetti sindacali<sup>1525</sup>.

La svalutazione del momento organizzativo e finalistico dello sciopero si inserisce in una realtà sempre più caratterizzata dall'emersione di nuovi soggetti rappresentativi, portatori di interessi circoscritti e corporativi e dal ridimensionamento del monopolio della rappresentanza da parte di sindacati tradizionali maggiormente rappresentativi, in larga misura riconosciuti e sostenuti nel passato dal legislatore.

Il fatto che tutti i soggetti che promuovono lo sciopero siano obbligati alle regole convenzionali decise nei contratti collettivi<sup>1526</sup> e negli accordi sindacali fa dedurre che possono promuovere lo sciopero anche soggetti differenti da quelli iscritti nei sindacati che hanno sottoscritto tali accordi. In riferimento alle modalità di svolgimento del conflitto è però necessario capire quali effetti abbiano sulla teoria della titolarità individuale: è un tema che rimanda alle clausole di tregua sindacale<sup>1527</sup>.

#### 1.2. La legge sui servizi pubblici essenziali e la rivisitazione della tesi classica. Cenni

La legge sui servizi pubblici essenziali pone dei problemi riguardanti la configurazione individuale del diritto che necessita di una disciplina speciale delle sue modalità di esercizio, poiché diventa necessario limitare la libertà di comportamento delle parti, per tutelare altri valori costituzionali<sup>1528</sup>.

Con la legge n. 146/1990 il dato della procedimentalizzazione dell'esercizio del diritto indebolisce il rilievo giuridico della titolarità individuale.

---

<sup>1524</sup> M. RUSCIANO, *Replica in Lo sciopero*, op. cit., p.257.

<sup>1525</sup> Vedi sul punto il contributo di M.G. GAROFALO, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1988, n.39, p.573.

<sup>1526</sup> Vedi sul punto L. MARIUCCI, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: problemi chiusi e aperti*, in *Lav.Dir.*, n.4, 1990, pp.543-544.

<sup>1527</sup> Il punto è ampiamente argomentato da M. MAGNANI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1990, n.48, p.687.

<sup>1528</sup> Un'attenta analisi è stata svolta da U. ROMAGNOLI, *la legge sullo sciopero tra autorità e consenso*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, p.1099 e da F. CARINCI, *lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990*, n.146, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, p.482. Interessante vedere anche nel periodo di approvazione della legge, M.G. GAROFALO, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, cit., p.574 e S. Sciarra, "Il «conflitto fra gruppi» nei servizi pubblici essenziali." in *Lav. dir.*, 1988, pp.695-696.

È importante al riguardo l'analisi della legislazione comparata, dove ritroviamo esempi di titolarità sindacale del diritto, subordinata a decisioni individuali, come nel caso del referendum obbligatorio sullo sciopero<sup>1529</sup>, o il caso di riserva in capo ad alcuni sindacati per la proclamazione dello sciopero.

Quello che ci si può chiedere è se la tutela della titolarità individuale viene comunque preservata e garantita in un contesto di decisioni collettive maggiormente "proceduralizzato", con la possibilità di poter partecipare come individuo alla formazione della deliberazione dello sciopero<sup>1530</sup>.

In tal senso con il procedere del dibattito anche nelle prospettive più negative verso le teorie individualistiche, è emerso il rifiuto di qualsiasi corrispondenza tra la titolarità collettiva e la titolarità sindacale del diritto e sono stati allargati i margini della regolazione collettiva, in modo da riassetare ad essa il dato della titolarità individuale.

Un'attenta ricostruzione<sup>1531</sup> è quella secondo cui il sindacato con un forte ruolo nella regolazione, abbia dato uno slancio al collegamento tra l'art. 39 e 40 Cost. per poi fare un parallelismo con la titolarità "collettiva della libertà di contrattazione", intesa come proiezione della libertà di organizzazione e quella "collettiva del diritto di sciopero".

La legge sui servizi pubblici essenziali ha condotto anche ad un mutamento del dibattito, che si è spostato dal diritto di sciopero su un campo più esteso che è quello della rappresentatività sindacale e su questo versante il dibattito risulta originale e fecondo e rimane comunque la polemica sulla struttura della titolarità.

Questo terreno più ampio ha consentito al legislatore di riempire gli spazi con la legge, dando la possibilità di una lettura sistematica delle norme costituzionali, quali gli artt. 2, 3, 39 e 40 Cost., in grado di indicare al legislatore come orientarsi sui quei valori costituzionali<sup>1532</sup>. L'art. 2 della legge n. 146/1990 non a caso affida la produzione delle regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ai soggetti collettivi e anche se la legge non parla della selezione degli agenti contrattuali, che vuole significare un modello inclusivo di legittimazione negoziale, il tutto per non "*ridurre il valore della titolarità individuale del diritto portandola ad una mera formula verbale espressa della libertà di aderire o non aderire ad astensioni collettive proclamate ed attuate nel rispetto di una disciplina vincolistica che è decisa da pochi e calata dall'esterno*"<sup>1533</sup> il vero problema da sciogliere rimane in realtà quello della rappresentatività dei sindacati<sup>1534</sup>.

<sup>1529</sup> Importante il quadro comparato presentato da B. VENEZIANI, *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale italiano e comparato*, Cacucci, Bari, 1992, pp.344 ss.

<sup>1530</sup> Il punto è stato ampiamente dibattuto dalla dottrina italiana. Interessante il contributo di G. ZANGARI, *Intervento in Lo sciopero*, 1989, p.130, che palesava la volontà di voler introdurre un referendum preventivo allo sciopero, richiamando l'esperienza inglese. Sulla difficoltà di integrare la libertà individuale e le rivendicazioni di autonomia dei gruppi si può vedere R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro*, 2° ed., Jovene, Napoli, 1992, p.347.

<sup>1531</sup> Vedi sul punto G. PINO, *La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolatorio*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, Numero 3/XIV, pp.474ss.

<sup>1532</sup> Vedi sul punto il contributo R. SANTUCCI, *Titolarità del diritto di sciopero e rappresentanza sindacale: prime riflessioni su alcune percorsi dottrinali*, in *Quad. Cost.*, 1990, n.2 p.276 ss., sui rapporti tra teoria della titolarità del diritto di sciopero e modelli di rappresentatività sindacale.

<sup>1533</sup> È utile la ricostruzione fatta da U. ROMAGNOLI, *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Lav.Dir.*, 1999, n.2, p.576.

<sup>1534</sup> Un'attenta analisi è fatta da P. CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci, Bari, 1992, p. 152; F. Carinci, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990*, n.146, cit., p.440; P. Bellocchi, *op cit.*, p. 179.

Con la legge in commento siamo di fronte ad una nuova visione sullo sciopero, ma i nodi rimangono gli stessi: la scissione tra titolarità ed esercizio del diritto, una questione predominante e ampiamente dibattuta, tanto da far nascere la domanda di come concordare la titolarità individuale con la dimensione collettiva dell'azione diretta<sup>1535</sup> ed in tal senso i fautori della teoria della titolarità collettiva si sono impegnati a dare un connotato negativo che esclude la titolarità "sindacale" e a maggior ragione si sono spinti in una riserva dove non è arrivata nemmeno la legge n. 146/1990 a favore di organizzazioni sindacali in possesso dei requisiti di rappresentatività<sup>1536</sup>.

Alcuni illustri Autori<sup>1537</sup> sostengono che il nodo della titolarità sia ormai assodato, ma rilevano l'importanza di ragionare *"sull'esercizio del diritto"*.

È bene, ad ultimo, soffermarci sulle problematiche che pone la tesi della titolarità individuale: quelle insite nella proclamazione e nell'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. Nel delicato settore si sono presentate ciclicamente proposte della dottrina o legislative di convertire la titolarità individuale del diritto di sciopero in titolarità collettiva diffusa, o sindacale per la necessità di rafforzare il controllo sindacale sui conflitti sociali, per evitare dinamiche conflittuali non controllate in quei settori dove entrano in gioco diritti costituzionalmente garantiti, quali la salute, la vita, la libertà e sicurezza, ecc.

Tuttavia la legge sui servizi pubblici essenziali non ha negato il principio della titolarità individuale del diritto di sciopero: gli obblighi di preavviso e comunicazione della durata del conflitto, che sono in capo ai soggetti che proclamano lo sciopero, riguardano l'esercizio di sciopero, che deve essere collettivo senza che questo, tuttavia, possa mettere in discussione la titolarità individuale del diritto di sciopero, che si manifesta con l'adesione del singolo.

### 1.3. Le tesi della titolarità alla luce del nuovo panorama delle relazioni sindacali. Cenni

Una seconda questione è quella riguardante la tenuta degli equilibri raggiunti dalla parte sindacale con i contratti collettivi suscettibili di essere messi in discussione a causa di iniziative di protesta non realizzate dai sindacati contraenti, che le parti contrattuali tendono a risolvere con l'introduzione di clausole di tregua sindacale che dovrebbero inibire la proclamazione e lo svolgimento di sciopero durante il periodo di vigenza dei contratti.

Il problema comincia a generarsi all'inizio degli anni '60 con il prendere piede della "contrattazione articolata", che era caratterizzata dalla presenza nei contratti nazionali, di clausole di rinvio e quindi di tregua sindacale che per essere pienamente valide avrebbero necessitato la titolarità sindacale del diritto di sciopero, quindi per conciliare il presupposto della titolarità individuale si sosteneva che le clausole di tregua generassero un semplice obbligo sindacale di non ricorrere

<sup>1535</sup> Vedi sul punto R. DEL PUNTA, *op.cit.*, pp. 407 ss.

<sup>1536</sup> È interessante la ricostruzione fatta da A. ZOPPOLI che ha condotto ad una valorizzazione del profilo collettivo come tratto comune degli artt. 39 e 40 Cost. ed è giunto ad una dimostrazione della soggettività giuridica dell'organizzazione sindacale e del suo porsi come referente, sia della libertà sindacale, che del diritto di sciopero, visto come diritto a "titolarità collettiva ed esercizio individuale".

<sup>1537</sup> Vedi R. DEL PUNTA, *op. cit.*, pp.404 ss.

all'azione collettiva e di non proclamare scioperi fino alla scadenza dei contratti che le contenevano<sup>1538</sup>. È per questo che le clausole di tregua sindacale sono contenute nella parte obbligatoria e non normativa dei contratti collettivi e sono considerate produttive di soli obblighi di comportamento per le associazioni sindacali e non sono atti di disposizione di un diritto a titolarità individuale: l'obbligo di non mettere a punto l'azione diretta per avere modifiche degli assetti contrattuali raggiunti, ma certamente esercitano il dovere di influenza sui singoli lavoratori<sup>1539</sup>.

La questione sembra essersi ripresentata con l'Accordo di Pomigliano contenente una clausola di responsabilità sindacale vincolante le Oo.Ss. stipulanti le RSU a tener fede agli impegni assunti e a non tenere comportamenti tali da rendere inesigibile le condizioni pattuite per la realizzazione del Piano e i conseguenti diritti per l'esercizio dei poteri riconosciuti all'Azienda.

Anche in questo caso si è trattato di un impegno assunto dalle sole Oo.Ss., con sanzioni nel caso in cui fosse violata, che avrebbe portato conseguenze negative sui diritti sindacali in tema di permessi e contributi, senza tuttavia inficiare il diritto di autotutela del singolo. Tale impostazione è stata riprodotta poi con l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 tra Confindustria e CGIL, CISL e UIL che nel paragrafo 6 prevedeva il possibile inserimento nei contratti aziendali di clausole di tregua sindacale, finalizzate chiaramente *“a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva, stabilendone l'effetto vincolante per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni firmatarie dell'Accordo Interconfederale, operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori”*.

L'Accordo del 28 giugno 2011 abbracciava quindi la tesi di una titolarità individuale del diritto di sciopero, ma solo in maniera apparente, poiché le organizzazioni sindacali definivano non soltanto i contenuti del contratto collettivo, ma anche il ricorso allo sciopero, indicandone limiti e percorsi, accettando di osservare contratti collettivi su cui potevano avere anche un marcato dissenso e le clausole di tregua sindacale sono la riprova della diretta assunzione di responsabilità delle organizzazioni sindacali in tal senso<sup>1540</sup>.

È chiaro quindi che la regolazione dello sciopero, che certamente deve misurarsi con le norme Costituzionali, risente dei recenti cambiamenti sulla rappresentanza sindacale dimostrati anche dal Testo Unico del 10 gennaio 2014 (di seguito: T.U. 2014), a conferma del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 (di seguito: Protocollo) attuativo dell'Accordo del 28 giugno del 2011 (di seguito A.I.), che integra anzi lo stesso riportando sostanzialmente il punto 6 e specificando che il contratto aziendale dovrà contenere sia clausole di tregua che disposizioni sanzionatorie<sup>1541</sup>.

## 2. Le critiche mosse alla tesi classica della titolarità individuale ad esercizio collettivo

La tesi della titolarità individuale ad esercizio collettivo ha preso piede negli anni '50 e '60 del secolo scorso in un clima di accesa conflittualità e dal dominio delle confederazioni più rappresentative. Sappiamo che la libertà del singolo è tutelata dal principio costituzionale “della libertà

<sup>1538</sup>Cfr. G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 83 ss.

<sup>1539</sup> G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, cit., p.84.

<sup>1540</sup> Un'ampia e dettagliata analisi in questo senso è stata fatta da R. ROMEI, *Ripensare il diritto di sciopero? Dir.Lav.rel.ind.*, 2, 2012, pp.336 ss.

<sup>1541</sup> Per un'attenta analisi del Testo Unico sulla rappresentanza vedi L. VALENTE, *Rappresentanza sindacale: l'accordo tra le parti sociali*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2014, VIII, pp.454 ss.



di organizzazione sindacale”, ex art. 39, comma 1, Cost., che si esplica anche come libertà di coalizione spontanea, poiché l’interesse collettivo costituisce il dato prioritario di qualsiasi gruppo. Per questo la libertà individuale viene riconosciuta dal Costituente quando il singolo lavoratore, a difesa di un interesse proprio, ma più in generale collettivo, decide di confluire nell’organizzazione sindacale. Il diritto di sciopero riesce a prevalere sull’obbligazione di lavoro, perché serve alla tutela di un interesse collettivo, mentre il lavoratore assumendo l’obbligazione ha disposto del suo interesse individuale<sup>1542</sup>. La tendenza dell’ordinamento intersindacale verso un vero riconoscimento dell’obbligatorietà giuridica dei contratti collettivi incontra le critiche di un’importante dottrina che è posta a difesa della titolarità individuale. Nella seconda metà degli anni '50 e in particolar modo negli anni '60, la dottrina sembra sottolineare una revisione liberale del diritto di sciopero e si sviluppano due ricostruzioni<sup>1543</sup>. Sembra difficile, invece, dare conto del profilo collettivo che è insito in ogni azione di sciopero si tratterebbe di un insieme di scelte individuali che pongono in essere l’esercizio collettivo e la tesi della titolarità individuale punta proprio a questo, per coniugare i due momenti quello individuale e collettivo. La proclamazione è il momento in cui emerge l’interesse, ma poi è il singolo che decide se aderire o non aderire all’astensione della prestazione di lavoro ed è qui che si realizza la sua volontà ed è per questo che non vi è la prevalenza della volontà sindacale su quella individuale. Le critiche nascerebbero proprio da questo, poiché ogni diritto soggettivo sottintende una facoltà di agire del singolo e di porre in essere concretamente il proprio diritto, ciò è impossibile per il diritto di sciopero poiché è difficile conciliare la dimensione collettiva dell’interesse collettivo con il diritto soggettivo del singolo<sup>1544</sup>. Tuttavia lo sciopero individuale è quella astensione dallo svolgimento della prestazione di lavoro

<sup>1542</sup> Vedi F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1949, pp. 112 ss. Allo stesso tempo l’Autore sosteneva che il diritto poteva essere attuato solo “*intervenuto il concerto sullo sciopero del gruppo di prestatori interessati per la tutela di un interesse professionale del gruppo, il quale è nel caso l’interesse collettivo*” e poi qualificava la proclamazione come “*negozio giuridico collettivo unilaterale*”.

<sup>1543</sup> Cfr. V. Simi, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 101 ss. da cui emerge un affievolimento delle teorie collettivistiche e sempre più rilevanti invece appaiono le teorie non più legate al sindacato istituzionale. L’Autore in riferimento alla titolarità del diritto di sciopero sviluppa una critica per la tesi di P. CALAMANDREI, a cui rileva delle opposizioni: la prima riguarderebbe una sorta di “*duplicazione del diritto di sciopero*” ovvero quella del sindacato di proclamare lo sciopero e il diritto del singolo di aderire, che però non emerge dall’art. 40 Cost.; l’attribuzione dell’effetto sospensivo del rapporto di lavoro alla proclamazione del sindacato e non all’astensione del lavoratore, quando la proclamazione del sindacato potrebbe essere una condizione “*per l’esercizio del diritto*”, ma sempre in presenza di una norma ed infine la necessaria presenza del “*procedimento di sciopero*” che non trova conferma nelle norme e nemmeno nel dato fattuale. In effetti la tesi di Simi è quella che ha avuto maggior seguito, anche grazie alle validazioni che ha avuto da L. MENGONI, nei suoi contributi del 1961 e del 1964 dove l’Autore riprende la riflessione già iniziata alla fine degli anni '40. Tuttavia a questa tesi si può contestare che all’esclusione della titolarità del diritto di sciopero in capo alle associazioni sindacali viene assimilata la negazione del rilievo giuridico della “*coalizioni*”, che fino a quando rimangono allo stato di semplice accordo di sciopero sono irrilevanti per il diritto”. Esse non rilevano giuridicamente se non in quanto si manifestino attraverso l’attuazione dello sciopero. Dalla tesi risulta svalutato il momento della proclamazione dello sciopero, che diventa “*un invito a scioperare*” diretto a promuovere tra i lavoratori interessati l’accordo per un’astensione dal lavoro a titolo di sciopero, accordo che si realizza o si manifesta proprio attraverso l’attuazione dello sciopero. Non alla proclamazione dello sciopero, ma a questo comportamento si collega, quindi, l’effetto di sospensione dell’obbligazione di lavoro. Si configura perciò come un “*fenomeno associativo*”: la coalizione dei lavoratori che scioperano viene ricondotta a un “*concetto generico*” che racchiude le “*formazioni sociali*” di cui all’articolo 2 della Costituzione. Interessante è anche la tesi di E. Gallo, che obietta a L. MENGONI che se lo sciopero dovesse essere riconducibile ad una delle formazioni ex art. 2 Cost., bisognerebbe ammettere il rilievo giuridico delle coalizioni occasionali a scopo di sciopero, perché indicare la loro giuridica irrilevanza sarebbe in contrasto con il riconoscimento costituzionale. In riferimento alle critiche mosse alla titolarità individuale non sembra condivisibile la tesi che ritiene lo sciopero come un diritto potestativo, poiché qualifica semplicemente il particolare rapporto che si viene a creare tra lavoratore e datore di lavoro, che non può non subire la decisione del lavoratore di astenersi dalla prestazione di lavoro.

<sup>1544</sup> Vedi sul punto R. ROMEI, *Esiste davvero la titolarità collettiva del diritto di sciopero?*, cit, p. 46.

a cui il singolo lavoratore aderisce, vista una proclamazione delle organizzazioni sindacali, ma non certamente si può intendere uno sciopero individuale, ovvero l'ipotesi in cui singolo lavoratore proclami egli steso da solo uno sciopero, perché tale facoltà gli è certamente preclusa. Tuttavia la critica sembra eccessiva, poiché si equipara lo sciopero ad ogni altro diritto per cui vale il principio che il titolare dello stesso sia anche l'unico arbitro, ma non è sempre e comunque per ogni diritto e non certo si realizza nello sciopero, visto che non si tratta solo di un diritto di astenersi dallo svolgimento della prestazione di lavoro, ma è un diritto di astenersi per un interesse collettivo. Difficile ed è invero qui il vero problema, configurare sul piano individuale l'interesse collettivo: dare conto della dimensione collettiva che si accompagna allo sciopero. Se si fa una distinzione tra piano individuale e collettivo si può affermare che il singolo è titolare del diritto di sciopero nel senso che è in capo a lui valutare di volta in volta se è un suo interesse aderire alla proclamazione effettuata dal soggetto collettivo e quindi astenersi dalla prestazione di lavoro; tuttavia non ha la facoltà di determinare o individuare l'interesse collettivo, che è appunto della collettività<sup>1545</sup>. Allo stesso modo, si può considerare che se la determinazione dell'interesse collettivo spetti al soggetto sindacale sarà questo a poter proclamare uno sciopero e in questo senso è chiaro che ne sia anche titolare<sup>1546</sup>.

### 2.1. La legge sui servizi pubblici essenziali come rilancio per la tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero

Nel periodo appena successivo all'emanazione della Costituzione, una parte della dottrina era piuttosto concorde nel riconoscere la titolarità del diritto di sciopero non singolarmente al lavoratore, ma alle organizzazioni sindacali. Visto che nell'art. 40 Cost. non erano previste ipotesi di astensioni individuali dei prestatori di lavoro, al singolo lavoratore era data la possibilità di condividere la titolarità del diritto che rimaneva comunque in capo al soggetto collettivo<sup>1547</sup>. Ciò anche perché era avvertita l'esigenza di contenere l'utilizzo dell'esercizio del diritto da parte di coalizioni spontanee di lavoratori e attribuire quindi la titolarità a soggetti collettivi che fossero ben individuati. Solo quando si verifica un rafforzamento delle organizzazioni sindacali nell'ambito della capacità organizzativa di coalizione dei lavoratori, la ricostruzione della titolarità individuale diviene il maggiore strumento di autotutela collettiva che viene rimesso nella sfera individuale, anche se sono previste ancora forme di controllo sindacale nella gestione del conflitto. Una diversa angolazione per esaminare la tematica della titolarità del diritto di sciopero, può servire per mettere in evidenza le contraddizioni insite nella tradizionale scissione tra titolarità ed esercizio del diritto, perché la visione separata finisce certamente per mettere a rischio la piena realizzazione del diritto stesso. Allo stesso modo anche la ricostruzione tradizionale si basa su una difficoltà a riconoscere titolarità ed esercizio del diritto unicamente in capo al singolo, poiché in questo caso si finirebbe per considerare lo sciopero non solo come astensione collettiva, ma anche in capo ad

<sup>1545</sup> Cfr. R. ROMEI, *Ripensare il diritto di sciopero?*, cit., pp. 334 ss.

<sup>1546</sup> Vedi sul punto R. ROMEI, *Esiste davvero la titolarità collettiva del diritto di sciopero?*, cit, p. 59.

<sup>1547</sup> Vedi sul punto G. ARDAU, *Lo Sciopero e la sua provvisoria disciplina*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1952, p.172; la sintesi delle varie dottrine successive all'emanazione della Costituzione sono contenute in M. Mazzoni, *I rapporti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, pp.290 ss., che evidenzia come la proclamazione debba essere riferita al soggetto collettivo, mentre l'esercizio del diritto rimane al lavoratore individualmente.

un'unica persona e proprio per far fronte a questo si è ricorsi alla formula dell'esercizio collettivo<sup>1548</sup>.

L'aspetto contraddittorio di considerare separatamente titolarità ed esercizio, contiene in sé anche l'esigenza di distinguere il momento della proclamazione e quello dell'attuazione. La difficoltà di questa ricostruzione sta nel fatto che lo sciopero istituzionalmente presentava un momento collettivo sia all'atto della dichiarazione, che proprio nella sua attuazione.

Un ulteriore aspetto in antitesi alla titolarità individuale è quello riguardante la disponibilità del diritto, che rientra certamente nella sfera collettiva, poiché il diritto di sciopero è tra i diritti indisponibili per il singolo, poiché quest'ultimo "singolarmente" non può optare né in termini di rinuncia, né in termini di limitazione all'esercizio del diritto.

Tuttavia parlare di una titolarità collettiva del diritto di sciopero non è in antitesi con la titolarità individuale del singolo lavoratore, poiché è ovvio che gli effetti dell'azione collettiva si riversano sul rapporto individuale di lavoro; bisogna distinguere la fase dell'attuazione concreta del diritto che è rimessa all'attività del singolo, potendo l'organizzazione sindacale definire l'*an* e il *quantum*, le ragioni e le modalità attuative, ma non certo può realizzare poi l'astensione vera e propria dal lavoro.

È saggia perciò una ricostruzione del diritto di sciopero con un approccio metodologico che ricalchi le prerogative che la Costituzione riconosce al diritto sindacale, che è espressione della collettività organizzata: in questa prospettiva si è orientati ad invocare i primi quattro articoli del Titolo III della Costituzione, gli artt. dal 35 al 38 al soggetto lavoratore, mentre gli artt. 39 e 40 sono riferiti al soggetto collettivo.

Secondo questa visione lo sciopero non è considerato come un bene esterno al sindacato che ne detiene innanzitutto la disponibilità. Solo alla fine degli anni '80 ammettere la titolarità collettiva come espressione di estrinsecazione del diritto di sciopero, pone le basi per ammettere un raccordo tra ordinamento statuale e ordinamento sindacale.

Diventa essenziale che la titolarità del diritto non sia disgiunta dalla disponibilità del diritto a promuovere l'azione nella quale si riscontrano sia il diritto di proclamare lo sciopero, sia l'esercizio dello stesso: titolarità ed esercizio rimangono quindi in capo al soggetto collettivo. Un altro profilo problematico della titolarità collettiva che è stato affrontato in termini di dicotomia<sup>1549</sup> è se la titolarità collettiva debba essere affrontata con un'approccio estensivo, oppure è bene guardare

---

<sup>1548</sup> Vedi sul punto G. PINO, *La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolatorio*, cit., pp. 474 ss. L'Autore mette in rilievo che un diritto individuale che non possa essere esercitato individualmente finisce per essere un diritto non pieno, ma anzi fortemente condizionato e questo ricade anche nelle conseguenze dell'azione di sciopero, poiché nello stesso fatto giuridico viene a negarsi qualsiasi forma di sanzionabilità del comportamento del singolo lavoratore, poiché lo stesso viene a condividere una scelta collettiva.

Sullo stesso punto vedi G. PERA *Il diritto di sciopero*, cit., pp.450 ss. che ritiene che al lavoratore individualmente non spetterebbe alcuna titolarità della situazione giuridica posta in essere con lo sciopero, soprattutto se si ritiene che al di fuori dell'esercizio collettivo, l'azione del singolo lavoratore non pone in essere la fattispecie di sciopero.

<sup>1549</sup> Un'analisi sul punto viene fatta da P. Tosi, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, cit., p. 311. L'Autore mette in luce in maniera chiara che "la vera dicotomia è tra titolarità collettiva intesa come titolarità diffusa e titolarità sindacale.

ad un sistema di titolarità implicitamente sindacale. In un clima di frammentazione sindacale infatti, si è considerata la titolarità collettiva in termini di sostegno al sindacato maggiormente rappresentativo o comunque solidamente riconosciuto nella sua capacità di contrattazione collettiva<sup>1550</sup>. Il rischio che si può correre avallando queste tesi è quello di creare una forma di istituzionalizzazione della legittimità dello sciopero, finendo per riconoscere nuove forme di controllo del conflitto che si attuerebbero proprio grazie all'esclusiva attribuzione della titolarità a soggetti collettivi con una consolidata identità. È bene quindi dare una definizione dinamica dei soggetti collettivi ai quali attribuire la titolarità dello sciopero senza un'istituzionalizzazione degli stessi, poiché si avrebbero forme statiche e limitate di rappresentanza di interessi. In questo modo diventa chiaro il collegamento tra l'interesse collettivo e le dinamiche del conflitto industriale e quindi la sua rilevanza quale strumento di pressione dei gruppi rappresentati e dei vari interessi in conflitto. Ne deriva la riferibilità della titolarità collettiva ad un pluralità di lavoratori determinati perché riconducibili alla dinamiche del conflitto industriale, ovvero al gruppo sindacalmente organizzato, anche in modo occasionale, in relazione ad un interesse protetto definibile in un determinato momento e lo stesso interesse a sua volta deve essere finalizzato alla realizzazione di esigenze che si riflettono sulla dimensione collettiva della colazione e non invece ad istanze meramente individuali dei lavoratori che non avallerebbero la fattispecie costituzionale del diritto di sciopero. La titolarità collettiva del diritto non va, tuttavia, considerata come una prerogativa dell'attività sindacale tradizionalmente costituita e quindi non corrisponde alla titolarità sindacale<sup>1551</sup>. È certo necessario la verifica del consenso da parte del soggetto collettivo, sia anche manifestato nella tradizionale forma del sindacato; può essere utile in questi casi una procedura di procedimentalizzazione del conflitto, ovvero sottoporre la proclamazione dello sciopero a referendum, in modo che la titolarità, ma anche l'effettività dell'esercizio siano soggette ad una verifica. Delle tecniche utili all'individuazione della titolarità collettiva possono essere ravvisate anche in sede di raffreddamento o conciliazione del conflitto. È necessario, però, che la titolarità del diritto sia riconosciuta oltre che ai tradizionali soggetti sindacali anche ad ogni gruppo spontaneo di lavoratori che per un interesse super-individuale, ponga in essere un'astensione del lavoro ed abbia una capacità di mobilitazione<sup>1552</sup>. È coerente con questa interpretazione la legge sui servizi pubblici essenziali<sup>1553</sup> ma importante in questo caso fare un distinguo: se l'interesse collettivo protetto è in capo ad organizzazioni sindacali sulla cui rappresentatività non si pongono dubbi, non vi è problema, ma quando invece lo sciopero viene proclamato da organizzazioni spontanee, od organizzazioni sindacali con una consistenza rappresentativa incerta, si pone l'esigenza di una maggiore identificazione del soggetto collettivo per l'ammissione al conflitto. Al riguardo la qualificazione della coalizione come sindacale sarebbe molto importante per il riconoscimento della titolarità collettiva del diritto di sciopero, se ne deduce che l'interesse collettivo protetto dovrebbe essere riconducibile ad un interesse riscontrabile come sindacale e non invece a qualsiasi interesse di natura associativa. Un altro punto per l'ammissibilità è quello legato alla capacità del conflitto, ovvero la

<sup>1550</sup> Si veda sul punto U. ROMAGNOLI, *Politica di diritto e strategia del conflitto*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1989, p. 826.

<sup>1551</sup> M.G. GAROFALO, *Nuova disciplina dello sciopero e valori costituzionali*, intervento al IX Congresso dell'Aidlass, sul tema *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico* (Fiuggi, 8-9-10 aprile 1988), Giuffrè, Milano 1989, p. 238 e ivi gli interventi di E. GHERA, p. 184, G. VARDARO, p. 224, S. Sciarra, 242.

<sup>1552</sup> Cfr. G. PINO, *La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolatorio*, cit., pp. 481 ss.

capacità del soggetto collettivo di essere in grado di aggregare e mobilitare i lavoratori per i motivi posti alla base dello sciopero. Questi indici rilevatori fanno sì che la titolarità collettiva viene ad inquadrarsi in quel nesso tra diritto costituzionale di sciopero e libertà sindacale. Importanti indicazioni che avallano la tesi della titolarità collettiva le troviamo nei due maggiori interventi del legislatore nella materia sindacale: la legge n.300/1970 e la legge n.146/1990 con le successive modificazioni<sup>1554</sup>. La legge n.83/2000 affida alle parti le procedure preventive di raffreddamento e conciliazione obbligatoriamente prima della proclamazione dello sciopero, che sono rimesse ai soggetti collettivi, ciò sta a dimostrare che a loro spetta la stessa titolarità, poi certamente ai lavoratori rimane l'esercizio del diritto, ovvero possono decidere di aderire o meno allo sciopero. Il soggetto collettivo interagisce anche con la Commissione di Garanzia per le fasi procedurali con le quali si realizzano gli obiettivi di legge e tutte le fasi sono caratterizzate da un dialogo tra la Commissione e le organizzazioni sindacali dei lavoratori: la formazione degli accordi sulle prestazioni indispensabili fino alla valutazione di idoneità della Commissione: sono quindi le organizzazioni sindacali che si pronunceranno sulla proposta della Commissione e che possono essere convocate in audizioni, prima della delibera di regolamentazione e infine anche nelle fasi del procedimento di valutazione della Commissione dei soggetti che proclamano lo sciopero. Anche il regime delle impugnazioni conferma la ricostruzione dello sciopero dando man forte alla titolarità collettiva: come gli atti della Commissione di Garanzia di natura precettiva, la delibera di regolamentazione provvisoria sulle prestazioni da garantire in caso di sciopero, ma anche nelle delibere che irrogano le sanzioni, stabilendo le somme da trattenere sui permessi e sui contributi sindacali. Ragionando in tal senso, quindi, da un'analisi della legge n. 146/1990 deriva un indirizzo prevalente per la tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero<sup>1555</sup>.

### 3. La compresenza di interessi individuali e collettivi nello sciopero: spunti da studi comparatistici

Volgendo lo sguardo al diritto comparato possiamo vedere come questa necessità di teorizzazione tra titolarità individuale o collettiva del diritto di sciopero appare più complessa di come viene presentata. In Germania, ad esempio, la dottrina tedesca parla di una titolarità doppia del diritto di sciopero, poiché lo sciopero non ha un riconoscimento costituzionale esplicito e viene classificato come un fenomeno collettivo. Ricalcando la decisione del 18 gennaio 1955 del Grosen Senat della Corte federale del lavoro tedesco, l'equivalente delle nostre Sezioni Unite, vediamo come la titolarità del diritto di sciopero sia collettiva<sup>1556</sup>; tale impostazione a distanza ormai

<sup>1554</sup> Vedi sul punto la ricostruzione di G. PINO, *La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolatorio*, cit., p. 487. L'Autore mette in luce l'art. 28 SL, con il quale viene data agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali, la legittimazione ad agire in giudizio a fronte di un comportamento lesivo del datore di lavoro, proprio del diritto di sciopero oltre che della libertà e attività sindacale. Infatti nel caso di limitazione del diritto di sciopero vi è una forma di limitazione processuale che è rimandata al soggetto collettivo. Pertanto anche se si vuole mantenere un sistema che avalli la tesi della titolarità individuale del diritto, nel momento in cui si ha in giudizio la piena legittimazione del sindacato a difendere il godimento del diritto, la tutela individuale viene assorbita al suo interno, quindi le lesioni del diritto di sciopero si ripercuotono principalmente nel soggetto collettivo e quindi la lesione di tale diritto sarà l'oggetto dell'impugnazione davanti al giudice, riservata come è chiaro agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che ne hanno interesse, che sono quindi titolari del diritto leso. Alla luce di tale previsione, secondo l'Autore, l'art.28 SL, riferendosi alle organizzazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, diviene un punto cardine per sostenere la titolarità collettiva, considerata nell'accezione di sindacale.

<sup>1555</sup> Vedi sul punto G. PINO, *La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolatorio*, cit., p.488 ss.

<sup>1556</sup> Vedi sul punto L. NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", IT-183/2013, p. 3.

di molto tempo non è più seguita, ma avvalora la tesi secondo cui è il singolo lavoratore che ha il diritto di decidere se partecipare o meno all'astensione collettiva dal lavoro. Nel sistema tedesco la scelta del singolo lavoratore è connessa alla precedente proclamazione collettiva dello sciopero, che è in capo ai sindacati che sono legittimati a concludere contratti collettivi. È necessario pertanto che siano presenti due manifestazioni di volontà per far sì che lo sciopero sia legittimo: la proclamazione rende legittima giuridicamente l'astensione al lavoro a garanzia di un interesse collettivo, ma è necessaria poi anche la volontà del singolo di decidere se astenersi o meno dal lavoro ed è generalmente riconosciuto che anche il lavoratore non sindacalizzato può legittimamente partecipare allo sciopero, stessa situazione che si crea quando i lavoratori non sindacalizzati sono legittimati a manifestare il loro consenso nei confronti della regolamentazione collettiva. Quindi la differenza con il sistema Italiano è che in Germania un'organizzazione sindacale che può sottoscrivere un contratto collettivo è anche titolare di una delle due volontà che sono necessarie per porre in essere lo sciopero. In questo senso, alcuni Autori<sup>1557</sup> ritengono che l'esercizio del diritto di sciopero sia in capo a due soggetti: il lavoratore singolarmente e una collettività di lavoratori che sono portavoce delle rivendicazioni alla base della protesta e pertanto si viene a creare una compresenza di interessi individuali e collettivi nella stessa fattispecie, che l'Autore chiama "titolarità congiunta" perché il diritto deve essere esercitato in maniera concorde da entrambi i titolari: la collettività di lavoratori prima, il singolo lavoratore dopo. Le teorie dottrinali italiane tendono, però, a dividere l'interesse individuale da quello collettivo, anche se viene ritenuta congrua<sup>1558</sup> la conclusione della compresenza di interessi individuali e collettivi nella stessa fattispecie giuridica, dove il diritto deve essere esercitato sia dal soggetto collettivo, che valuta la sussistenza dell'interesse collettivo, mentre è in capo al singolo lavoratore valutare quello individuale. È una chiave di lettura già formulata in precedenza<sup>1559</sup>, quando si riconosceva lo sciopero come un fenomeno individuale e collettivo insieme, considerando che esso si configura come un'astensione dalla prestazione di lavoro per la presenza di un interesse collettivo, che è determinato dalle organizzazioni sindacali e non dal singolo lavoratore, che invece manifesta la sua volontà, nel decidere se aderire o meno all'astensione collettiva dalla prestazione di lavoro.

#### 4. La gestione del dissenso: la titolarità calata nel nuovo contesto delle relazioni sindacali. Riflessioni conclusive

Tirando le fila dall'analisi svolta emerge, quindi, che la questione della titolarità del diritto di sciopero è certamente connessa con l'efficacia delle clausole di tregua o pace sindacale<sup>1560</sup>, proprio partendo dal modello teorico della titolarità collettiva dello sciopero nell'ordinamento intersindacale. L'inclusione del diritto di sciopero tra i diritti costituzionali ha avuto un grande ruolo anche nell'orientare le posizioni della dottrina sull'efficacia delle clausole esplicite di tregua sindacale e

<sup>1557</sup> *Ibidem*.

<sup>1558</sup> F. BORGOGELLI, *Consenso, Dissenso, conflitto collettivo: quali prospettive per il diritto di sciopero*, in "Atti del convegno internazionale di studi", in A. PERULLI, M. BARBERA (a cura di), *Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali*, Cedam, Padova, 2014.

<sup>1559</sup> *Ibidem*.

<sup>1560</sup> Vedi sul punto E. GHERA, *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo)*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2012, pp. 243 ss.

questo soprattutto in riferimento alla connessione con la titolarità individuale, pertanto in merito alla questione della titolarità, se in capo al singolo lavoratore o all'organizzazione sindacale, la questione in verità si è spostata sull'efficacia delle clausole di tregua nei confronti dei singoli lavoratori, che ha avuto come conseguenza quella secondo cui la titolarità individuale del diritto di sciopero confinerebbe gli effetti dei patti di tregua sindacale nell'ambito dei rapporti tra i soggetti collettivi, con la conseguenza che le clausole di tregua rientrano nella parte obbligatoria del contratto collettivo<sup>1561</sup>. L'art. 40 Cost. dà una forte incisività al dibattito sull'efficacia delle clausole di tregua; ma è il prevalere della tesi individuale che ha generato delle difficoltà in capo alle clausole di tregua sindacale, poiché prive di effetti sul piano del rapporto individuale di lavoro, visto che i sindacati non sono legittimati a disporre del diritto individuale di sciopero<sup>1562</sup>; non sembra però possibile affermare che ci sia un' incompatibilità tra la titolarità individuale e il riconoscimento di un'efficacia delle clausole di tregua ed è proprio facendo leva sulle teorie dottrinali che si hanno possibilità di accordare efficacia normativa a tali clausole, certo mantenendo ben saldi i principi della titolarità individuale, ma dando una corretta interpretazione alle clausole di tregua sindacale, che non rimangono legate soltanto alla questione della titolarità del diritto di sciopero, si può osservare come l'adesione alla tesi della titolarità individuale non può portare ad escludere a priori la validità delle clausole di tregua che producono effetti nei confronti dei singoli lavoratori<sup>1563</sup>. Questo passaggio di andare oltre l'art. 40 Cost. per affrontare il tema della pace sindacale ha come conseguenza quella di escludere la presenza di un obbligo implicito di pace sindacale nel contratto collettivo. È bene, quindi, puntare sull'ordinamento intersindacale e fare un'analisi dei contenuti della contrattazione collettiva e negare soluzioni valide per tutti i contratti e per tutte le clausole di tregua ivi contenute<sup>1564</sup>. Procedendo in tal senso si può vedere come che negli accordi del gruppo Fiat con le clausole di responsabilità e le clausole integrative del contratto individuale la tregua sindacale ha subito un grande cambiamento. Le clausole di responsabilità sono un tipo di clausole di tregua sindacale a sanzione tipizzata, quelle clausole che non prevedono un divieto di porre in atto azioni collettive, ma piuttosto mirano a specificare le sanzioni previste in capo alle organizzazioni sindacali in caso di inadempimento<sup>1565</sup>. La clausola integrativa

<sup>1561</sup> Un'attenta analisi del tema è stata fatta da L. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 76 ss. L'Autrice sottolinea che uno degli autori il cui pensiero ha maggiormente influenzato la visione del rapporto tra concezioni dello sciopero e disciplina dei patti di tregua sindacale è stato G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle organizzazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1963, pp.111 ss.

<sup>1562</sup> Vedi sul punto G. GHEZZI, *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua*, in *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1967, p.149.

<sup>1563</sup> Vedi sul punto L. CORAZZA, *Tregua sindacale, Governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, I, p. 629 ss.

<sup>1564</sup> L. CORAZZA, *Id.*, op. ult.cit., p. 633 ss.

<sup>1565</sup> Vedi sul punto L. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, cit., p. 52. L'Autrice specifica che "Le sanzioni sono riassumibili nella deliberazione dell'azienda dagli obblighi contrattuali in tema di contributi e permessi, come conseguenze di comportamenti, che sono posti sia dai soggetti collettivi, ma anche da soggetti individuali, che violino le clausole del contratto o rendono inesigibile quanto contenuto nello stesso". È condivisibile in merito l'opinione dell'Autrice che considera di scarsa praticabilità la previsione che imputa al sindacato una "responsabilità oggettiva" per i comportamenti individuali dei lavoratori. In tal senso rimanda a F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2011, n.113, p.12 e a L. MARIUCCI, *Prime note sul caso Fiat: anomalia o modello?* in Aa. Vv Studi in onore di Tiziano Treu. *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale, vol. I, Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori, diritto sindacale e relazioni industriali*, Jovene, Napoli, 2011, p.500. L'Autrice riporta anche l'opinione contraria di G. PROIA, *Prime note sul caso Fiat: anomalia o modello?*, op.cit. 2011, p. 500 ss., secondo cui se la prima parte della clausola è da ricondurre alla categoria di eccezione di inadempimento, nella seconda parte, le parti hanno voluto



si occupa, invece, solo degli inadempimenti del singolo lavoratore alle clausole del contratto collettivo con funzione normativa, che appunto contengono gli obblighi delle parti del contratto individuale di lavoro<sup>1566</sup>. È bene, però, considerare le clausole di tregua e vedere se con esse si sostanzia una rinuncia al diritto di sciopero, oppure soltanto alla disciplina del suo esercizio e in questo caso non si può escludere in via definitiva la produzione di effetti nei confronti dei singoli lavoratori. Il nuovo ruolo che assumono le clausole di tregua, quello di garantire l'esecuzione degli obblighi contrattuali, è riscontrabile anche nel Protocollo e nel T.U. 2014, che seguendo la linea demarcata con l'A.I. vogliono rendere "esigibile" il contratto, ovvero "proteggerlo" dal pericolo che eventuali azioni di conflitto collettivo possano impedire che si realizzi il contenuto dell'accordo pattuito. L'esigibilità è un pertanto "un *quid pluris*" che serve a tutelare il contratto non solo dall'inadempimento, deduzione piuttosto scontata, ma anche da azioni sindacali che possano vanificare il risultato contrattuale, come ogni azione di sciopero che mini il contenuto dell'accordo raggiunto. L'esigibilità riguarda quindi non ogni azione di sciopero, ma solo quelle che vanificano lo stesso risultato contrattuale<sup>1567</sup>. Dall'analisi e dalla ricostruzione storica svolta, è certamente condivisibile ritenere che la questione della titolarità del diritto di sciopero e il prevalere dell'una o dell'altra tesi dipendono dal periodo storico e dalle finalità sindacali che dovevano essere raggiunte<sup>1568</sup>. Pertanto volendo tentare di capire come viene intesa la titolarità nel contesto attuale delle relazioni sindacali, non possiamo non considerare il ruolo dello sciopero, che è certamente mutato radicalmente, sia nella sua fenomenologia che per le sue finalità. È cambiato il contesto delle relazioni sindacali e le esigenze da tutelare, poiché si cerca di "gestire il dissenso", per favorire la realizzazione dell'efficacia dei contenuti del Ccnl e la sua funzione di scambio negoziale e diviene ancora più importante, quindi, garantire una certa stabilità del sistema delle relazioni industriali. In tale contesto la concezione individualistica del conflitto collettivo degli anni '50 e '60 non è facile da conciliare con le nuove finalità da perseguire e si sente il "bisogno" di abbracciare la tesi di una titolarità collettiva del diritto di sciopero, in cui le organizzazioni sindacali hanno un

---

*"predeterminare non già il presupposto di un'eccezione di inadempimento, bensì il presupposto che legittima l'Azienda a chiedere la soluzione giudiziale dell'accordo, o più direttamente, a prefigurare una giusta causa di recesso".*

<sup>1566</sup> Così si esprime P. CHIECO, *Accordi FIAT, clausola di pace sindacale limiti al diritto di sciopero*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 117/2011. L'Autore sostiene che l'attitudine della clausola integrativa a limitare l'esercizio del diritto di sciopero da parte dei singoli lavoratori viene sostenuto da quegli AA. che valutano l'inscindibilità della clausola suddetta in termini inclusivi degli obblighi di natura collettiva stabiliti, anche nella clausola responsabilità e rimanda tra gli altri, L. MARIUCCI, *Note su un accordo singolare*, [www.la-voce.info](http://www.la-voce.info), 21.06.2010; V. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'"archetipo" Fiat di Pomigliano d'Arco*, in Quaderni di Rassegna Sindacale, 2010, n. 3.; G. ZILIO GRANDI, *La Fiat e le relazioni sindacali oggi in Italia: brevi appunti giuridici*, [www.adapt.it](http://www.adapt.it), 12.1.2011; contra, tra gli altri, M. MAGNANI, *Da Pomigliano a Mirafiori: gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, [www.adapt.it](http://www.adapt.it), 13.1.2011; A. TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, *Arg.dir.lav*, 2010, n. 6, 1094; R. PESSI, *La contrattazione in deroga: il caso Pomigliano*, *Arg.dir.lav*, 2010, n. 6, pp.1128-1129; R. DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità delle relazioni industriali*, in *Riv.it.dir.lav*, 2010, I, p. 810. Inoltre ritiene che sia dubbiosa la posizione di altra parte della dottrina: cfr. T. TREU, *Contratto nazionale e governo della differenza*, [www.ildiriodellavoro.it](http://www.ildiriodellavoro.it), 3.10.2010.

Interessante è anche la riflessione che l'Autore sviluppa indicando che le posizioni suesposte si dividono tra coloro che ritengono comunque illegittima la limitazione del diritto di sciopero dei singoli lavoratori per contrasto con l'art. 40 Cost., il quale individua un diritto soggettivo fondamentale della persona del lavoratore e coloro che, invece, la ritengono legittima portando a fondamento della tesi, una titolarità sindacale del diritto di sciopero fondata anch'essa sull'art. 40 Cost.

<sup>1567</sup> Così si è espresso A. MARESCA, *Intervento al convegno La rappresentatività sindacale: problemi e prospettive*, presso ABI, Palazzo Altieri, Roma, 3 marzo 2014.

<sup>1568</sup> Vedi sul punto L. GAETA, *Un saluto non formale*, in A. Loffredo (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Atti della giornata di studio Siena 11 maggio 2007, Cacucci, 2008, p.10.



ruolo importante nel definire le condizioni di ricorso allo sciopero e i contenuti del contratto collettivo, che diventa un fattore di stabilità dell'organizzazione del lavoro e lo sciopero, per salvaguardare queste finalità, recupera tutti i connotati di fenomeno collettivo<sup>1569</sup>.

---

<sup>1569</sup> Sul punto è significativo il contributo di R. ROMEI, *Ripensare il diritto di sciopero?*, cit., pp. 336-337. L'Autore fa un'attenta analisi anche rimandando alla tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero, al termine della quale evidenzia che lo sciopero è sempre stato legato con la nozione del contratto collettivo e in tal senso fa un distinguo con il contesto precedente delle relazioni sindacali, dove, evidenzia "tutte e due i termini, quelli dello sciopero e del contratto collettivo erano stati coniugati in una prospettiva individualistica e l'astensione era quindi un diritto del singolo rilevante sul singolo rapporto ed il contratto collettivo era la proiezione collettiva del contratto individuale e dell'autonomia del singolo, nel cui nome e per il cui conto agivano le organizzazioni sindacali."

## La concertazione sociale in Trentino\*

Sergio Vergari

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La concertazione sociale come metodo di governo.                                           | 431 |
| 2. Le forme storiche della concertazione trentina.                                            | 432 |
| 3. La concertazione trentina come volano per le responsabilità solidali.                      | 434 |
| 4. Gli ambiti della concertazione e la sua evoluzione come pratica di sistema.                | 435 |
| 5. Le nuove aree di concertazione e le prospettive di sviluppo.                               | 438 |
| 6. Il possibile sostegno al rafforzamento della contrattazione collettiva di secondo livello. | 440 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 232/2014

## 1. La concertazione sociale come metodo di governo.

Il tema della contrattazione collettiva territoriale, rivitalizzato negli ultimi anni dalle esigenze di incremento della produttività e dalle forme di sostegno introdotte dal legislatore<sup>1570</sup>, sollecita un ragionamento più ampio sulla correlazione con le pratiche territoriali di concertazione sociale. Tra contrattazione collettiva territoriale e concertazione sociale esistono, infatti, varie opzioni di collegamento, che dipendono dall'ampiezza con cui ciascuna pratica tende a condizionare, anche involontariamente, l'altra. In taluni casi, lo sviluppo della contrattazione collettiva territoriale è incoraggiato dalla debolezza della concertazione sociale: ciò accade, ad esempio, quando la contrattazione bilaterale è spinta ad occuparsi di tematiche di interesse pubblico e sociale, come lo sviluppo del welfare, proprie del confronto trilaterale. In altri casi, la diffusione della contrattazione collettiva territoriale può trovare spinta dalla solidità e dalla vivacità dei sistemi locali di concertazione sociale, specie allorquando dagli accordi concertativi nascano precise opportunità di sviluppo per la contrattazione bilaterale<sup>1571</sup>.

Al centro di queste brevi riflessioni si pone, ad ogni buon conto, l'esperienza di concertazione sociale in Trentino, attorno a cui ruoteranno le possibili considerazioni sui rapporti con la contrattazione bilaterale.

L'approfondimento del tema sollecita l'assunzione di due prospettive correlate, che attengono, rispettivamente, alla funzione ed al valore in sé di tale pratica ed alle influenze esercitate dalla particolare impostazione politica e organizzativa del sistema istituzionale trentino.

È doverosa, peraltro, una premessa definitoria. In provincia di Trento s'intende per concertazione sociale quel metodo di governo pubblico per il quale nell'elaborazione e nell'attuazione della politica del lavoro e dello sviluppo la Provincia ricerca la partecipazione delle forze sociali, che si esprime nel loro coinvolgimento sia nelle sedi istituzionali di concertazione sia nella pratica di accordi e protocolli d'intesa. Tale impostazione contraddistingue la politica provinciale degli ultimi trent'anni ed alimenta un modello originale di contaminazione tra strutture di governo e corpi intermedi che si è dimostrato sino ad oggi funzionale alla costruzione ed alla salvaguardia di un tessuto economico e sociale coeso ed evoluto.

Alla base della pratica della concertazione vi è, sostanzialmente, una concezione della società strutturata ad immagine della comunità multilivello, aperta al coinvolgimento degli attori sociali nei processi decisionali delle politiche pubbliche e al sostegno del privato sociale. L'assunzione di tale visione e l'adeguamento ad essa dei processi operativi non è affatto una scelta scontata.

---

<sup>1570</sup> La chiara allusione è, per una parte, alla normativa sugli sgravi contributivi e fiscali sgravi contributivi collegati alla stipulazione di accordi collettivi territoriali o aziendali per l'incremento della produttività; per l'altra, all'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011, di sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità.

<sup>1571</sup> Un esempio recente può essere attinto dall'intesa tra Provincia autonoma di Trento e Parti Sociali del 10.12.2009 per la qualità sociale, la qualificazione delle spese correnti e la creazione di valore con azioni di sistema, ove gli impegni concertativi volti a perseguire gli obiettivi di sviluppo del capitale umano, produttivo, sociale, istituzionale e partecipativo si accompagnano alla promozione della contrattazione collettiva di secondo livello, quale veicolo di rafforzamento dell'impresa, salvaguardia dell'occupazione, qualità del lavoro e miglioramento delle retribuzioni reali del personale.

Come segnalato da acuti osservatori<sup>1572</sup>, la concertazione si dimostra strategicamente più importante quando gli esecutivi sono deboli e dipendenti da una pluralità di forze politiche di sostegno. Anche in questi casi, però, la concertazione sociale è faticosa e può infastidire, poiché «introduce elementi di inquietudine e insicurezza sia nelle compagini governative che negli schieramenti politici di opposizione. I governi temono di essere bloccati dai poteri di veto dei partiti di opposizione, mentre questi ultimi temono di essere scavalcati dalla dinamica delle forze sociali»<sup>1573</sup>.

A maggior ragione, la pratica concertativa si rivela una scelta nient'affatto scontata quando i governi pubblici sono relativamente forti e non necessitano per forza di cose del sostegno sociale.

È il caso del territorio trentino, che ha vissuto nell'ultimo trentennio una sostanziale stabilità politica. Ciò nonostante, nessun governo provinciale ha mai posto in discussione il ruolo strategico dell'azione concertativa, che, anzi, si è progressivamente rafforzata sino al punto da emergere quale valore imprescindibile dell'azione politica.

Uno degli elementi chiave di tale esito si deve al fatto che la concertazione sociale in provincia di Trento, a differenza di molti altri territori, non solo è cresciuta nei fatti, ma è divenuta un metodo di governo dichiarato, organizzato e, come tale, reso strutturale. Si può dire, in questo senso, che l'approccio concertativo costituisce una sorta di marchio di fabbrica delle istituzioni governative provinciali, che ne svelano un'impostazione culturale votata al pluralismo ed alla partecipazione. Con un coraggio istituzionale non comune il protocollo del 27 maggio 2004, sottoscritto dalla Provincia Autonoma e dalle Parti sociali e ad oggi ancora attuale, ha sancito e formalizzato un dato di esperienza già consolidato, vale a dire l'utilizzazione del metodo concertativo quale strumento trasparente di governo. In tal modo, è stato confermato e dichiarato esplicito l'impegno della Provincia Autonoma a discutere ed elaborare preventivamente, presso tavoli di lavoro paritetici dedicati, obiettivi e linee di azione riferiti ad una pluralità di ambiti: dalle politiche di sviluppo economico a quelle della salute, dalle politiche sociali e del lavoro al governo del sistema scolastico e formativo, dalla riforma istituzionale al sistema degli appalti.

La conferma ed rilancio di tale impostazione, occasionata, qualche anno più tardi<sup>1574</sup>, dall'esigenza di allargare il metodo concertativo a nuovi settori tematici, quali le politiche tariffarie e di contenimento dei prezzi e le politiche abitative, consentono di affermare ancora oggi la tensione ideale del sistema trentino a ricercare e praticare la concertazione come strumento ideale e moderno di coinvolgimento attivo al governo pubblico del territorio<sup>1575</sup>, con chiari effetti promozionali sul versante della coesione sociale.

## 2. Le forme storiche della concertazione trentina.

In via ricostruttiva, è possibile enucleare nell'esperienza trentina varie forme di concertazione sociale, distinguibili in base ai poteri riconosciuti alle Parti Sociali. Quella più risalente e prioritaria può descriversi come la concertazione consultivo-decisoria, praticata a livello istituzionale nei

<sup>1572</sup> Lucio Baccaro, *Il sistema italiano di concertazione sociale: problemi aperti e prospettive di evoluzione*, Working Paper, Weatherhead School of Management, Case Western Reserve University, Cleveland, OH, nov. 1999.

<sup>1573</sup> U. Romagnoli, *La concertazione sociale in Europa: luci e ombre*, in *Lav. dir.*, 2004, 2, p. 284.

<sup>1574</sup> Cfr. il protocollo di intesa del 19 settembre 2007, intitolato alla "Negoziazione sociale territoriale".

<sup>1575</sup> Una recente conferma è offerta dal Patto per lo sviluppo economico ed il lavoro, sottoscritto dalla provincia Autonoma e dalle Parti Sociali in data 12.04.2014.

processi di formazione delle decisioni del governo provinciale e contraddistinta dalla partecipazione delle Parti Sociali agli organi collegiali paritetici deputati a formulare proposte di decisioni pubbliche o ad esprimere pareri, anche vincolanti. La norma capostipite è contenuta nella legge provinciale sul lavoro n. 19/1983 e prevede l'istituzione della commissione provinciale per l'impiego quale organismo di programmazione, propulsione e controllo degli interventi di politica del lavoro nella provincia.

Per successiva irradiazione, la medesima forma di concertazione ha trovato progressiva applicazione in altri ambiti strategici: in primo luogo, nelle politiche della formazione professionale, per la cui formulazione è stato previsto il coinvolgimento stabile della citata Commissione provinciale per l'impiego (legge provinciale n. 21/1987); poi, in ambito sociale, con l'istituzione del "Tavolo per lo stato sociale e le politiche di cittadinanza"<sup>1576</sup>; quindi, nel settore degli appalti, con la costituzione per l'esercizio di funzioni propositive e consultive del Tavolo permanente degli Appalti<sup>1577</sup>; infine, in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, ambito nel quale l'elaborazione delle politiche di prevenzione e sicurezza è stata affidata, sin dal 1999, ad apposito Comitato paritetico di coordinamento<sup>1578</sup>.

Una seconda forma di concertazione, anch'essa connotata dal carattere della stabilità e della formalizzazione, vede attribuito alle Parti Sociali un ruolo negoziale nel processo di formazione delle decisioni pubbliche. È il caso, ad esempio, degli strumenti di programmazione della Provincia Autonoma di Trento, in particolare dei Patti territoriali regolamentati all'art. 12-ter della l.p. 4/1996, cui è affidato il compito di definire, in regime di partenariato sociale, programmi di interventi votati allo sviluppo locale ed ecosostenibile.

È il caso, ancora, delle procedure negoziali previste all'art. 14-bis della l.p. 6/1999 per la gestione dei procedimenti di valutazione delle domande aziendali di aiuto finanziario agli investimenti e alle iniziative aventi rilevanza socio-economica per il territorio. In base alle stesse, spetta alla Provincia attivare in sede istruttoria una consultazione, anche congiunta, con il soggetto richiedente e con le Parti Sociali per concordare gli interventi da svolgere, i vincoli e gli obblighi a carico del soggetto beneficiario in relazione agli obiettivi occupazionali prefissati.

Va pure menzionato l'elemento di novità apportato dal protocollo d'intesa sulla produttività sottoscritto in data 5.12.2012. Vi si prevede l'applicazione del metodo negoziale per lo sviluppo locale, con Provincia e Parti sociali chiamate ad attivare intese a livello sub-provinciale, con riferimento all'ambito delle Comunità di valle, al fine di individuare progetti e azioni che valorizzino le vocazioni locali per innestare meccanismi di crescita a livello locale.

Una terza forma di concertazione, quantunque non sempre formalizzata all'interno di percorsi precostituiti ovvero alimentata da vincoli normativi, è quella che si esprime nelle sedi istituzionali preposte alla produzione degli atti generali di programmazione delle politiche provinciali<sup>1579</sup> e,

---

<sup>1576</sup> Cfr. il protocollo d'intesa tra Provincia Autonoma di Trento e Confederazioni sindacali di data 22.03.1999 e la conseguente deliberazione della Giunta provinciale n. 5329 di data 18.06.1999.

<sup>1577</sup> Cfr. il protocollo d'intesa tra Provincia Autonoma di Trento, Consorzio dei Comuni e Parti Sociali del 27.07.1999 e la conseguente deliberazione della Giunta provinciale n. 6775 del 24.09.1999.

<sup>1578</sup> Cfr. le deliberazioni della Giunta provinciale n. 4094 di data 21.05.1999 e n. 2800 di data 22.12.2005.

<sup>1579</sup> L'art. 3 della l.p. 8.07.1996, n. 4 (legge provinciale sulla programmazione) promuove la partecipazione delle Parti Sociali come risorsa irrinunciabile del metodo di programmazione.

soprattutto, al processo di formazione delle leggi. In questo ambito, sebbene la partecipazione delle Parti Sociali si esprima tecnicamente in termini consultivi, è evidente il possibile risultato concertativo che può generarsi di fatto.

### 3. La concertazione trentina come volano per le responsabilità solidali.

Nelle diverse forme sunteggiate l'impianto concertativo trentino manifesta, come detto, il tratto comune della solidità, che deriva strettamente dai suoi perni fondanti: in primo luogo, la condivisione e la trasparenza del metodo, valori per le quali le relazioni spesso informali e silenziose, tipiche di una certa tradizione italiana, trovano in Trentino modi espressivi espliciti e riconosciuti. In secondo luogo, la formalizzazione e la stabilità degli schemi utilizzati, in base ai quali i percorsi di confronto, oltre che regolamentati, risultano ambientati all'interno di un'organizzazione istituzionale chiaramente orientata al coinvolgimento delle Parti Sociali.

In Italia, lo sviluppo della concertazione sociale negli anni 90, anche con riguardo alle esperienze dei patti territoriali e dei contratti d'area, si è basata, in generale, su un regime privo di elementi di rigidità istituzionale<sup>1580</sup>. Ne è derivata una pratica di concertazione in buona parte avulsa da qualsivoglia meccanismo costringitivo. In Trentino, invece, l'istituzione di organismi collegiali compartecipati depositari di competenze pubbliche e funzioni anche decisorie ha influito non poco sulla diffusione della cultura concertativa. Essa ha aiutato le stesse Parti Sociali a farsi portavoce non solo e non tanto di interessi settoriali o collettivi organizzati, quanto degli interessi generali riguardanti l'intera comunità di riferimento.

Un contributo fondamentale alla trattazione congiunta degli interessi suddetti è fornito storicamente dal coinvolgimento prioritario del sindacato confederale, quale soggetto preposto a filtrare e a ricondurre a sintesi i problemi emergenti. A ciò va aggiunto l'elemento ulteriore, nient'affatto scontato, costituito dalla partecipazione unanime di tutto il sindacato confederale, in uno spirito di unità. Le vicende nazionali degli ultimi anni hanno mostrato pericolose spaccature, che fortunatamente non si sono riprodotte sul piano locale. Di ciò va dato merito alle organizzazioni sindacali territoriali, che, pur di fronte a spinte nazionali alla divisione, hanno saputo dimostrare, con prese di posizione autonome, fedeltà ai propri impegni concertativi e forte senso di responsabilità.

Si può ribadire su queste basi che la concertazione trentina, come metodo di governo, esprime una chiara dimensione valoriale, rinvenibile nella sua capacità di generare responsabilità solidale presso i suoi attori, partecipazione propositiva dei corpi intermedi e, soprattutto, coesione sociale.

Usando una concettualizzazione cara ad Umberto Romagnoli<sup>1581</sup>, va ricordato che la concertazione sociale è un valore anche per la sua profonda diversità dallo strumento tipico di interlocuzione tra organizzazioni sindacali e governi costituito dallo sciopero politico.

Mentre quest'ultimo è diretto per lo più a premere sui poteri pubblici affinché prendano, o si astengano dal prendere, una data decisione, il metodo concertativo garantisce partecipazione

---

<sup>1580</sup> G. Fontana, *Concertazione e dialogo sociale: appunti per un dibattito*, 7/2002, *working paper*, in [www.csdle.lex.unict.it](http://www.csdle.lex.unict.it).

<sup>1581</sup> U. Romagnoli, *La concertazione sociale*, op. cit.

alla formazione delle decisioni. Per questo motivo, concertazione sociale e sciopero politico formano una coppia di termini irriducibilmente contrapposti, tanto più che, pur nell'omogeneità di scopo, solo la concertazione sociale è in grado di incidere in senso propositivo sulle cause del conflitto e di aiutare l'assunzione di vincoli reciproci di comportamento in capo alle parti cooperanti.

Si comprende, per quanto detto, il motivo per cui in Trentino la concertazione ha attecchito maggiormente rispetto al resto del territorio nazionale. L'istituzionalizzazione del metodo concertativo negli ambiti previsti, a cominciare da quelli a forte valenza sociale, ha agito da anticorpo contro possibili deviazioni verso pratiche, meno impegnative, di semplice dialogo sociale.

All'opposto, la maggiore informalità e occasionalità delle vocazioni concertative di altri territori o del Governo nazionale ha consentito agli stessi di dirigersi, più o meno ciclicamente, in altra direzione. A livello nazionale, ad esempio, dopo la grande stagione di concertazione, inaugurata dall'Accordo del 23 luglio 1993, il sistema di governo è più volte virato verso rapporti meno vincolanti con le Parti Sociali, a cominciare dall'elogio del dialogo sociale scolpito nel Libro Bianco del 2001. Benché ciò sia dipeso da ragioni comprensibili e riconducibili alle note divisioni interne al sindacato, il nuovo approccio culturale allo sviluppo delle politiche pubbliche ha segnato una netta cesura rispetto all'impostazione metodologica prescelta agli inizi degli anni Novanta per uscire dalla crisi e ridare slancio all'economia.

Va riaffermata, sul punto, la profonda diversità tra dialogo sociale e concertazione sociale. L'accesso al primo, a differenza del secondo, non è selettivo e non presuppone regole per accertare, in sintonia con i principi della democrazia, l'effettiva rappresentatività degli interlocutori.

Il dialogo sociale non punta a creare le condizioni per ottenere la più larga base possibile di consenso, ma si accontenta di conseguire un consenso parziale, anche e semplicemente con chi ci sta. Ne è prova quanto accaduto con il ricordato Libro Bianco del 2001, ove si era preannunciato che il governo avrebbe considerato maggioritario l'orientamento emerso dal dialogo, senza preoccupazione per l'eventualità che a quel dialogo avrebbe potuto non partecipare l'organizzazione sindacale maggioritaria.

Va ricordato, sul tema, che nella dimensione europea dialogo sociale e concertazione sono elementi non separabili, poiché reciprocamente funzionali e interattivi<sup>1582</sup>. Essi fanno parte di un unico circuito di scambio tra l'ordinamento comunitario e la sfera negoziale delle Parti Sociali, a cui si assegna una responsabilità diretta di partecipazione alla strategia e agli obiettivi dell'azione comunitaria. Sul piano interno, invece, si è cercato di trasporre la tecnica comunitaria del dialogo sociale separandola dalla fase concertativa, facendola apparire, di fatto, per ciò che non è. Tale deriva, come detto, non ha interessato il territorio trentino, dove la qualità delle pratiche di concertazione responsabile si è mantenuta costantemente stabile.

#### 4. Gli ambiti della concertazione e la sua evoluzione come pratica di sistema.

Dal quadro tracciato emerge con più forza il significato dell'approccio concertativo assunto dalla Provincia Autonoma nell'esercizio delle proprie prerogative di governo, che risalta ulteriormente

---

<sup>1582</sup> Cfr. G. Fontana, *Concertazione e dialogo sociale*, op. cit.

alla luce della sua diffusione all'interno di molti ambiti di azione. A partire dai temi legati al sostegno del mercato del lavoro, come quello rivolto ai lavoratori espulsi dai processi produttivi e alle categorie più deboli, particolarmente bisognose di accompagnamento formativo e occupazionale, il percorso di coinvolgimento delle parti sociali ha progressivamente interessato l'area più vasta delle politiche per lo sviluppo economico. In tale ambito allargato, la partecipazione dei corpi sociali intermedi ha contribuito a far emergere valori ed obiettivi condivisi per la progettazione delle azioni pubbliche. Ad esempio, i finanziamenti pubblici alle imprese per investimenti, che in una prima fase era rimasti ancorati a parametri esclusivamente tecnici, sono stati nel tempo sottoposti a requisiti anche finalistici e valoriali, quali l'attenzione all'innovazione, il potenziamento delle attività di ricerca, la salvaguardia o la crescita dei livelli occupazionali. Ancora, nel settore degli appalti, la stabile discussione collegiale delle problematiche emergenti ha favorito l'introduzione di regole condivise, che ha sua volta ha generato la loro applicazione virtuosa, l'incremento della qualità del sistema ed il rafforzamento dei livelli di tutela dei lavoratori.

L'attivazione della responsabilità delle Parti Sociali ha favorito, in termini culturali, un approccio complessivamente più attento, da parte di aziende e lavoratori, alla visione congiunta degli interessi collettivi e di quelli generali. Si spiega, anche in questa chiave, la ricordata partecipazione di quelle Parti alla determinazione delle politiche tariffarie e dei prezzi, ma anche di quelle sociali ed abitative<sup>1583</sup>, tra i cui frutti va annoverata l'istituzione dal 2009 del reddito di garanzia<sup>1584</sup>.

All'avvio della crisi, il metodo concertativo ha favorito la prevenzione di ogni possibile conflitto ed il radicamento della partecipazione quale strumento privilegiato, da un lato, per sostenere il contrasto efficace dei problemi, dall'altro, per individuare possibili vie nuove allo sviluppo<sup>1585</sup>.

Nel primo senso, va menzionata la scelta della Provincia, condivisa dalle Parti Sociali, di chiedere e ottenere la delega in materia di ammortizzatori sociali<sup>1586</sup> e di impostare, mediante specifici

<sup>1583</sup> In materia di politiche tariffarie, sono tre i protocolli d'intesa sottoscritti negli ultimi anni da Provincia, Cgil, Cisl e Uil del Trentino (datati, rispettivamente, 29.07.2004, 19.12.2007 e 18.09.2008). Ad essi si deve il riconoscimento della negoziazione sociale territoriale quale strumento centrale per la realizzazione di una rinnovata ed efficace politica dei redditi. Vi si prevedono, inoltre, misure finalizzate a rendere omogenee le diverse politiche in materia, a valutare l'istituzione di tariffe sociali, a studiare meccanismi di affinamento del sistema di valutazione della condizione reddituale dei cittadini, ad accertare la filiera dei prezzi, a sorvegliare sul loro sviluppo. Intervenendo anche in materia di politiche sociali e abitative, il protocollo del 2007 si occupa di modalità organizzative del Fondo per la non autosufficienza, di strumenti per l'abbattimento della rete degli asili nido trentini, di calcolo dei canoni sostenibili nell'ambito dell'edilizia pubblica, di attivazione di fondi di garanzia a sostegno dell'accesso all'abitazione.

<sup>1584</sup> Il reddito di garanzia, introdotto all'art. 35, comma 2, della l.p. n. 13/2007 e disciplinato in dettaglio per via amministrativa (cfr. delibere Giunta provinciale di Trento n. 1256/2012 e n. 1015/2013), costituisce un'erogazione monetaria a favore dei nuclei familiari in difficoltà economica. Come tale, esso costituisce espressione del c.d. reddito di cittadinanza, istituito in altri Paesi europei. S. Giubboni, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, 2, p. 149 ss.; V. Bavaro, *Reddito di cittadinanza, salario minimo legale e diritto sindacale*, ivi, 2014, p. 169 ss.; F. Martelloni, *Il reddito di cittadinanza nel discorso giuslavoristico: le interferenze con la disciplina del rapporto*, ivi, 2014, p. 189 ss.; G. Bronzini, *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 225; P. Bozzao, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, ivi, 2011, p. 589 ss.

<sup>1585</sup> Il protocollo di intesa del 10.12.2009 sottoscritto da tutte le parti sociali trentine sancisce, una volta di più, l'adozione del metodo della concertazione tra le parti quale via per individuare misure efficaci di contrasto della crisi. Allo stesso protocollo si deve l'indicazione della collaborazione operativa tra sistema pubblico e quello privato quale modalità operativa per rendere il Trentino una piattaforma produttiva di nuova generazione.

<sup>1586</sup> Cfr. art. 2, c. 124, l. 23.12.2009, n. 191; d.lgs. 5.03.2013, n. 28 e Intesa tra Ministero del lavoro e Provincia Autonoma di Trento di data 14.10.2013.



accordi, una robusta linea di interventi a sostegno del reddito dei lavoratori sospesi dal lavoro o licenziati e degli interventi formativi a loro favore. Nella seconda direzione, si pone l'intesa del 5 dicembre 2012 sulle nuove azioni per promuovere la produttività e la competitività del Trentino. Ad essa si deve la condivisione di varie opportunità di azione, come lo sviluppo della contrattazione collettiva di secondo livello per gli incrementi della produttività, l'istituzione di un Fondo di sviluppo territoriale per sostenere l'accesso al credito delle imprese, il rafforzamento degli ammortizzatori sociali in funzione dell'accompagnamento dei lavoratori nella ricerca attiva di nuova occupazione.

Il medesimo accordo segna, tra l'altro, un passaggio decisivo sul piano dell'evoluzione della concertazione. Con esso, infatti, il metodo

concertativo, tradizionalmente applicato a singoli comparti di governo, diviene pratica di sistema. Per l'effetto, le intese di settore assumono significato e collocazione all'interno di una visione più ampia, rivolta allo sviluppo economico sociale dell'intero territorio. Viene pure disegnata una prima relazione esplicita tra concertazione sociale e contrattazione collettiva territoriale, con la seconda chiamata a svilupparsi «in una prospettiva di sistema, tenuto conto che innovazione, qualità del lavoro, spirito imprenditoriale, welfare e valorizzazione dei talenti rappresentano un insieme organico di potenzialità del tessuto economico»<sup>1587</sup>.

Tra le altre dinamiche in atto, emerge come le aree di intervento della concertazione sociale in Trentino tendano a varcare i confini della politica pubblica per intercettare ambiti considerati propri della contrattazione bilaterale, come la regolamentazione dei rapporti di lavoro. Emblematico è il caso dell'apprendistato, sul quale agiscono recenti intese concertative, sottoscritte nel 2013 da tutte le Parti Sociali, non limitate alla tematica della formazione trasversale a carico del sistema pubblico provinciale. Con esse è sancita la volontà comune di curare il rilancio dell'apprendistato, per tutti i profili più problematici, secondo un approccio trilaterale e a tutto campo, tra i cui effetti va annoverato l'implicito superamento della rigida linea di demarcazione, tracciata dal d.lgs. n. 167/2011, tra competenze pubbliche e prerogative private. Ne sono conferma, tra l'altro, le decisioni condivise in materia di semplificazione degli adempimenti formali, di durata e contenuti della formazione a carico delle aziende, di strumenti di incentivazione al ricorso a tutte le forme di apprendistato e di stabilizzazione degli apprendisti.

Identico approccio a tutto tondo si rinviene nel campo degli appalti pubblici, nel cui ambito il protocollo di intesa sottoscritto in data 21.02.2013 ha prodotto decisioni trilaterali, anziché solo bilaterali, strettamente inerenti la regolamentazione dei rapporti di lavoro. Un esempio è costituito dall'individuazione congiunta dei contratti collettivi di riferimento, per i diversi settori di attività, funzionali alla verifica delle condizioni economico normative minime da applicare al personale coinvolto negli appalti.

Uguale valore simbolico è espresso dalla ricordata intesa del 5.12.2012 per promuovere la produttività e la competitività del Trentino, che annovera gli accordi di secondo livello tra i fattori cruciali per il miglioramento del sistema e lo sviluppo della competitività aziendale. Essa prevede, tra gli altri contenuti, impegni concreti a favore degli accordi per l'incremento della produttività,

---

<sup>1587</sup> Cfr. punto 1 dell'Intesa del 5.12.2012, intitolata alle "Nuove azioni per promuovere la produttività e la competitività del Trentino".

dietro ai quali si cela una sostanziale disponibilità alla flessibilità salariale e all'istituzione di maggiori legami tra livelli salari e capacità di centrare gli obiettivi di produttività predefiniti.

#### **5. Le nuove aree di concertazione e le prospettive di sviluppo.**

Gli ultimi anni hanno visto una crescita delle pratiche concertative anche in aree relativamente nuove ovvero esplorate prevalentemente dalla contrattazione collettiva aziendale. Il riferimento è alle forme di tutela dei lavoratori esterne ai rapporti di lavoro, esemplificate dagli interventi di sostegno dei lavoratori dichiarati esuberanti e dalle politiche preordinate a favorire l'assistenza sanitaria integrativa.

Nel primo caso, un recente accordo sulla gestione della chiusura del sito Whirlpool di Trento, sottoscritto in data 11.07.2013, delinea una via nuova alla compartecipazione tra pubblico e privato nell'amministrazione delle vicende di chiusura d'impresa. In un contesto territoriale caratterizzato dalla tradizionale centralità dell'amministrazione provinciale nell'assistenza dei lavoratori espulsi dai processi produttivi, l'accordo segna un passo importante nella direzione della partecipazione anche delle imprese alle azioni rivolte a favorire la rioccupazione dei propri lavoratori espulsi. A carico di queste ultime, si prevede, in particolare, il finanziamento di servizi privati di ricerca di nuove attività imprenditoriali e per l'occupazione, cui si affianca l'intervento sinergico della Provincia sul versante prioritario della riqualificazione professionale dei lavoratori, anche in coerenza con le azioni di riconversione industriale del sito.

Attorno all'obiettivo dell'accompagnamento a nuova occupazione dei lavoratori espulsi, l'accordo citato sviluppa, sostanzialmente, un modello di gestione collegiale delle responsabilità (aziendali, sindacali e pubbliche), improntato alla costruzione di risposte concrete. Al contempo, esso propone un allargamento delle dinamiche contrattuali, per affiancare alle fasi di contrattazione collettiva aziendale finalizzate al governo delle espulsioni possibili intese concertative con l'ente pubblico sul tema del ripristino dell'occupazione persa mediante insediamento o generazione di nuove attività imprenditoriali.

In materia di sanità integrativa, il protocollo di intesa sottoscritto il 22.06.2012 avvia il processo per la costituzione nel luglio dell'anno successivo di un Fondo Sanitario Integrativo per i lavoratori dipendenti da datori di lavoro operanti nella provincia di Trento e vincolati ai contratti collettivi di lavoro stipulati dalle associazioni datoriali e sindacali firmatarie. Scopo del fondo è fornire prestazioni di assistenza integrative di quelle erogate dal sistema sanitario pubblico.

Si tratta di un'iniziativa unica nel suo genere, poiché protesa a favorire la logica concertativa territoriale all'interno di un ambito parzialmente già occupato dalla contrattazione collettiva nazionale. Anche in questo caso, la prospettiva perseguita non riflette intenti di sterile concorrenza o contrapposizione tra pratiche concertative e contrattazioni bilaterali, ma ambisce a stimolare, su tematiche di interesse sia collettivo che pubblico, un partenariato sociale capace di introdurre linee di azione sinergiche. Nel caso della sanità integrativa, esse consistono, ad esempio, nella previsione dell'apertura del fondo anche ai lavoratori non dipendenti ed ai pensionati, altrimenti esclusi dall'ambito di applicazione tradizionale dei fondi contrattuali. Per altro verso, esse si manifestano nell'impegno dell'amministrazione provinciale, nell'ambito delle proprie competenze fiscali, ad attivare specifici interventi agevolativi a favore dei soggetti e delle aziende aderenti.

La memoria di queste linee di tendenza, che sono coerenti con altre recenti iniziative collaborative promosse dallo Stato, come i fondi di solidarietà per i lavoratori esclusi dal sistema della cassa

integrazione, solleva sollecitazioni e domande sul futuro della concertazione sociale e sui rapporti con la contrattazione bilaterale. Le vie per un'utile convivenza sono sempre possibili, ma è prioritario e fondamentale il riconoscimento del valore persistente delle pratiche concertative e la chiarezza e l'equilibrio dei rapporti con l'altra componente.

Un primo quesito interroga sulla consapevolezza del valore della concertazione sociale per lo sviluppo della politica provinciale. È sempre possibile, infatti, che le pratiche concertative vengono vissute come rituali da espletare in nome di schemi formali, più che come vere occasioni di confronto ed impegno collettivo.

Guardando alla storia degli ultimi anni di crisi, viene invero da escludere tale pericolo, specie considerando il netto incremento del livello di partecipazione delle Parti sociali al governo pubblico del territorio. Si può anzi riconoscere che il diffuso collegamento tra Governo provinciale e Parti sociali ha agito da forte acceleratore delle riforme e delle iniziative di ammodernamento delle politiche pubbliche. Soprattutto, esso è servito a cementare presso tutti gli attori la logica del fare, cioè l'attitudine di tutte le parti a produrre congiuntamente risposte concrete e condivise ai problemi più urgenti. Così è stato, ad esempio, per le difficoltà di accesso al credito, per gli interventi di politica fiscale, per le politiche di incentivazione all'innovazione tecnologica, alla ricerca e all'internazionalizzazione. Così è stato, soprattutto, nel campo del lavoro e dei sostegni sociali, rispetto al quale le risposte confezionate in sede concertativa hanno potuto generare progetti innovativi, come la ricordata istituzione del reddito di garanzia e la delega sugli ammortizzatori sociali (cfr. art. 2, c. 124, l. n. 191/2009; d.lgs. n. 28/2013), interventi amministrativi celeri, negoziazioni bilaterali più serene e costruttive e, in generale, una spinta all'attivazione responsabile e coordinata di tutte le componenti interessate.

Dando dunque per scontato il giudizio di efficacia delle prassi concertative quale veicolo fondamentale per lo sviluppo e la coesione sociale, specialmente nell'attuale fase di contrazione delle risorse pubbliche, un secondo stimolo alla riflessione riguarda il nuovo ruolo che le stesse potrebbero esercitare da qui in avanti. Il pensiero è rivolto al possibile accompagnamento collegiale del passaggio dalle politiche redistributive delle risorse pubbliche alle nuove politiche di compartecipazione tra pubblico e privato, secondo una visione di partenariato non limitato alla mera condivisione delle decisioni pubbliche, ma aperto alla commistione operativa per l'erogazione di interventi sociali finanziariamente sostenibili. Tra gli esempi indicativi di tale approccio può essere annoverato l'accordo, già menzionato, per l'istituzione del fondo sanitario integrativo, cui si affiancano gli accordi anticrisi provinciali degli ultimi anni per l'introduzione di spazi e sostegni importanti a favore dell'intervento cooperativo degli enti bilaterali.

A livello nazionale, i dubbi e la sfiducia per il metodo concertativo, espressi ricorrentemente in sede governativa e confindustriale, rischiano di oscurare le sue potenzialità di sviluppo, che appaiono invece interessanti se collocate all'interno della visione proposta. Al fine dunque di evitare che giudizi preconcepiuti intacchino anche le esperienze territoriali più virtuose, appare utile che le linee di possibile sviluppo della concertazione sociale siano tempestivamente meditate e, se possibile, sottoposte a sperimentazione.

Si può riflettere, in proposito, sulle opportunità che la stessa concertazione potrebbe offrire alla crescita di una contrattazione collettiva territoriale più orientata alla partecipazione che alla rivendicazione.

L'esempio degli incentivi congegnati a favore dei contratti di solidarietà<sup>1588</sup> esprime subito l'idea di quali frutti il livello della concertazione sociale possa produrre a favore della contrattazione bilaterale. Lo stesso accordo trentino sulla produttività, più volte menzionato, testimonia la spinta propulsiva e orientativa che la concertazione trilaterale può conferire alla contrattazione di secondo livello riferita alle prestazioni di detassazione e di decontribuzione.

Un terreno ulteriore di possibile azione potrebbe essere costituito dalle intese finalizzate a stimolare lo sviluppo della contrattazione bilaterale, su ambiti utili alla crescita economica e produttiva, in una logica di sistema. Muovendo dal presupposto per cui sono sempre maggiori gli spazi nei quali gli interessi collettivi e quelli pubblici tendono a convergere, come testimoniano i bisogni alimentati dalla crisi, è possibile immaginare che i canali di concertazione sociale possano concorrere a tracciare settori e spazi definiti in cui le pratiche di contrattazione collettiva siano di aiuto alla crescita dei sistemi produttivi aziendali e territoriali. Per provare a sciogliere i nodi per la competitività, gli stessi canali potrebbero favorire ulteriormente le politiche di infrastrutturazione del territorio e di incentivo alle imprese. Si allude non solo ai temi degli aiuti fiscali per ricerca e sviluppo, del sostegno alle filiere produttive dell'alta tecnologia, dell'agevolazione del credito alle imprese, ma anche alla possibile azione diretta degli enti bilaterali e delle organizzazioni di sindacali e di categoria. Le negoziazioni bilaterali, per parte loro, dovrebbero tendere ad intercettare e ad assecondare gli interessi produttivi della singola comunità aziendale o territoriale in nome di un progetto di crescita economica e sociale più ampio e condiviso.

#### **6. Il possibile sostegno al rafforzamento della contrattazione collettiva di secondo livello.**

Quest'ultima considerazione apre la strada ad un ragionamento concreto sulle modalità e sugli spazi per favorire lo sviluppo di una contrattazione collettiva territoriale a misura degli interessi comuni dei lavoratori e delle aziende.

In un'epoca contrassegnata dall'indisponibilità di grandi risorse da redistribuire, il tema della contrattazione territoriale o aziendale sollecita attenzione ai nuovi scopi che questa può aiutare a perseguire, individuabili sinteticamente nella ricerca delle condizioni utili alla salvaguardia ovvero al rilancio della competitività e della produttività delle aziende e del territorio.

Con tale visione, la prerogativa principale della contrattazione bilaterale torna ad essere la possibilità di intervento in materia di regolamentazione dei rapporti di lavoro, tenuto conto che proprio su questo terreno possono nascere importanti condizioni per il rilancio della crescita aziendale. Come noto, le aperture del legislatore ad un potenziamento della negoziazione di secondo livello si rincorrono da almeno un decennio<sup>1589</sup> e trovano il loro apice nel più recente sostegno

---

<sup>1588</sup> Cfr. l'art. 5, l.p. 15 maggio 2013, n. 9 e l'art. 12, c. 9-bis, della l.p. 27.12.2012, n. 25, i quali introducono agevolazioni IRAP in favore delle aziende private, operanti sul territorio provinciale, che abbiano sottoscritto accordi per la riduzione dell'orario di lavoro anche in funzione dell'ingresso in azienda di giovani. Sempre sul tema dei contratti di solidarietà e dei patti generazionali, cfr. il Documento degli interventi di politica del lavoro, approvato con delibera della Giunta provinciale, che prevede incentivi economici a favore dei lavoratori anziani che accettano la riduzione di orario a fronte dell'assunzione dei giovani, volti alla copertura contributiva del periodo di lavoro ridotto e al recupero parziale della retribuzione persa.

<sup>1589</sup> Il riferimento primario è alla legge sugli orari di lavoro (d.lgs. n. 66/2003), ma anche alla legge sul mercato del lavoro del medesimo anno (d.lgs. n. 276/2003).

della contrattazione c.d. di prossimità (cfr. d.l. n. 148/2011)<sup>1590</sup> e di quella per favorire l'incremento dei livelli di produttività (cfr. art. 26, d.l. n. 98/2011, convertito dalla l. 183/2011; art. 4, c. 28, l. n. 92/2012; art. 1, c. 481, l. n. 228/2012; d.p.c.m. 22.01.2013).

Ebbene, muovendo da tale substrato normativo favorevole, è possibile immaginare un potenziamento della contrattazione territoriale quale veicolo per introdurre maggiore efficienza del capitale umano e dei fattori produttivi e, in definitiva, più sviluppo e crescita.

Sono molti i profili sui quali la negoziazione territoriale o aziendale potrebbe incidere. Si pensi a quello, già evocato, dei tempi di lavoro, ma anche ad ambiti altrettanto importanti quali le mansioni dei lavoratori, i contratti di lavoro, il salario di produttività, le conseguenze in caso di recesso dal rapporto di lavoro.

Il tema delle mansioni, in particolare, unito a quello degli inquadramenti dei lavoratori, si presta ad un interessante lavoro di sperimentazione regolativa, tenuto conto che uno dei nodi principali dell'epoca attuale consiste proprio nell'adattamento del sistema di classificazione delle mansioni alla mutata realtà organizzativa delle imprese<sup>1591</sup>. Come ritenuto ormai da molti, è con la flessibilità interna al rapporto di lavoro che si può concretamente sostenere un rapporto più efficiente tra le nuove impostazioni organizzative delle aziende moderne e le possibilità di sviluppo delle mansioni e della professionalità dei lavoratori.

Sotto il profilo della crescita della produttività, andrebbe rafforzata la capacità di selezionare obiettivi sfidanti, coerenti con ciò che serve effettivamente alle imprese. Si dovrebbe promuovere anche maggior rigore nell'uso dei parametri di riferimento ed un approccio metodologico adeguato nell'accertamento dei risultati effettivamente conseguiti.

Nelle direzioni abbozzate, le linee di possibile sviluppo della contrattazione territoriale appaiono concrete, potenzialmente innovative e coerenti con una logica partecipativa orientata al rafforzamento dei fattori utili alla crescita aziendale. Il loro perseguimento richiede peraltro un'azione di contrasto di ogni ostacolo, anche culturale, all'accoglienza delle nuove sfide. Il riferimento è alla scarsa conoscenza delle opportunità offerte dalla negoziazione territoriale o aziendale ed alla conseguente rigidità di una certa classe imprenditoriale a rendersi disponibile al confronto sindacale.

Su questo punto, il collegamento con le pratiche di concertazione sociale può fornire utili soluzioni per la guida e l'accompagnamento delle iniziative contrattuali. Il pensiero è rivolto alla possibile ideazione di un

<sup>1590</sup> Cfr. L. Imberti, *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 138, 2013, pp. 255 ss.; R. De Luca Tamajo, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 1, 2012, pp. 19 ss.; R. Del Punta, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148 e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 1, 2012, pp. 31 ss.; M. Magnani, R. De Luca Tamajo, A. Maresca, M. Del Conte, M. Marazza, R. Pessi, C. Pisani, M. Tiraboschi, *La contrattazione di prossimità. Un confronto a più voci sull'articolo 8 della manovra 2011*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2012, pp. 1 ss.; A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 132/2011; B. Veneziani, M. Barbieri, G. Ferraro, P. Alleva, A. Garilli, F. Scarpelli, A. Lassandari, D. Gottardi, R. Sanlorenzo, U. Carabelli, *Contrattazione di prossimità e art. 8, l. 148/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 3, 2012, pp. 453 ss.; A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 10, 2011, pp. 682 ss.

<sup>1591</sup> M. Borzaga, *Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna del rapporto di lavoro e la produttività delle imprese?*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2013, pp. 980 ss.

accordo-guida di rango provinciale, preposto ad orientare le parti contrattuali operanti ai livelli sottostanti sulle modalità concrete di perseguimento di determinati obiettivi. Si allude, in sostanza, ad un accordo sulle regole, nel quale tracciare ambiti prioritari, esemplificazioni e confini dell'azione negoziale successiva.

A favore di tale soluzione milita l'esigenza, tra l'altro, di prevenire i possibili effetti degenerativi di una legislazione del lavoro ormai aperta, tramite le abilitazioni concesse ai c.d. accordi di prossimità, a molteplici ipotesi di superamento delle norme inderogabili. In proposito, la possibilità che si realizzino nuclei normativi contrattuali frastagliati e distanti dai livelli di tutela omogenei conosciuti sino ad oggi, con il conseguente rischio di moltiplicazione delle comunità aziendali governate da diritti del lavoro "domestici" e di possibili effetti distorsivi della concorrenza, suggerisce l'opportunità della regolazione endogena delle opportunità ad opera dello strumento pattizio evocato. Lo stesso potrebbe così svolgere un compito di prevenzione rivolto anche ai rischi di nuovi conflitti sociali collegati alla prospettiva che si affermino diritti diversi a parità di condizioni.

Un pensiero ulteriore porta a valutare l'ipotesi di istituire strumenti e luoghi<sup>1592</sup> che possano favorire lo sviluppo della contrattazione di secondo livello mediante la diffusione di conoscenza sulle norme, sulle opportunità di negoziazione aziendale o territoriale e sulle buone pratiche attivate sul territorio provinciale, in una logica di sistema che rassicuri i suoi singoli componenti sulle vie possibili da intraprendere o sui concreti risultati resi possibili. In questa direzione, si ritiene auspicabile che l'azione concertativa richiamata possa offrire un contributo fattivo anche sul lato organizzativo, ad esempio prevedendo obblighi contrattuali di deposito dei contratti, prescrivendo la messa a disposizione delle informazioni esistenti e realizzando le condizioni logistico-operative per la costruzione di una sorta di casa comune della contrattazione collettiva di secondo livello che sia di supporto agli attori negoziali. Potrebbe essere questa una modalità concreta di stimolo e sostegno all'innovazione d'impresa, specialmente quella dell'organizzazione dei fattori produttivi, quale premessa di crescita e rigenerazione.

---

<sup>1592</sup> Uno di questi potrebbe essere l'osservatorio sulla contrattazione collettiva di secondo livello, con funzioni di raccolta sistemica dei contratti depositati, di riflessione e orientamento, sulla falsariga di quello sperimentato di recente dall'Università di Trento con il sostegno della Provincia Autonoma.

## Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro\*

Valerio Speciale

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Una nuova grande riforma del Diritto del Lavoro.                                                                  | 444 |
| 2. Le ragioni della modifica “continua” del Diritto del Lavoro tra vincoli europei e ragioni politiche.              | 445 |
| 3. La legge delega ed il problema della sua costituzionalità.                                                        | 449 |
| 4. Gli obiettivi di crescita dell’occupazione perseguiti dalla riforma del contratto a termine e dalla legge delega. | 452 |
| 5. La “concorrenza” tra rapporti di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.           | 456 |
| 6. Il riordino e la semplificazione delle tipologie contrattuali.                                                    | 459 |
| 7. Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e l’art. 18 dello statuto dei lavoratori.                   | 462 |
| 8. Le mansioni.                                                                                                      | 469 |
| 9. I controlli a distanza.                                                                                           | 471 |
| 10. Il salario minimo.                                                                                               | 475 |
| 11. Conclusioni. Le innovazioni “regressive” di alcune discipline del contratto di lavoro.                           | 484 |
| 12. Riferimenti bibliografici                                                                                        | 487 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 233/2014

## 1. Una nuova grande riforma del Diritto del Lavoro.

Sono trascorsi poco più di due anni dalla legge Fornero, mentre risale al 2013 l'importante intervento legislativo in materia di lavoro del Governo Letta (D.L. 28 giugno 2013 n. 76, convertito nella L. 9 agosto 2013, n. 99). Tuttavia l'attivismo del Governo e del Parlamento non è cessato ed una nuova grande riforma del Diritto del Lavoro è annunciata dal Premier Renzi. Uno degli obiettivi fondamentali della nuova normativa è quello di risolvere la gravissima crisi occupazionale del nostro paese (e su tali aspetti si tornerà in seguito). Tuttavia lo scopo è anche quello di ridisegnare complessivamente l'intero assetto della materia, operando sia sul versante dei contratti, sia su quello delle tutele nel mercato del lavoro, con l'annuncio di un progetto riformatore mai realizzato in Italia negli ultimi 40 anni. Una riforma, oltretutto, che si inserisce in un contesto di modifiche strutturali dell'intero assetto regolativo del nostro ordinamento giuridico, che riguarda la Costituzione, il federalismo, la legge elettorale, il pubblico impiego e la pubblica amministrazione<sup>1593</sup>, con il chiaro intento di "cambiare verso" al nostro paese<sup>1594</sup>.

La legge delega approvata dal Parlamento<sup>1595</sup>, peraltro, è l'atto secondo del *Jobs Act*, da leggere in connessione con la prima essenziale riforma del contratto a tempo determinato e sull'apprendistato realizzata con il D.L. 20 marzo 2014, n. 34 (convertito nella legge 16 maggio 2014, n. 78). La nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine è di tale rilievo e complessità da non poter essere esaminata in questa sede se non per alcuni aspetti connessi ai profili occupazionali. Mi limiterò dunque al (l'arduo) compito di cercare di delineare le linee di tendenza ed i possibili scenari che potrebbero scaturire da questa vera e propria (annunciata) rivoluzione della nostra materia conseguente alla normativa introdotta.

Le linee guida fondamentali della legge delega, lette per alcuni aspetti anche in connessione con la legge n. 78 del 2014, possono essere così sintetizzate: a) incrementare l'occupazione con la liberalizzazione del contratto a tempo determinato e con l'introduzione di quello a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio; b) modificare, ridurre e semplificare le tipologie contrattuali esistenti con la redazione di un testo organico in materia; c) promuovere il contratto di lavoro stabile come forma privilegiata di lavoro rendendolo più conveniente rispetto ad altre tipologie contrattuali; d) riformare alcune discipline specifiche del rapporto di lavoro (mansioni, controllo a distanza, lavoro accessorio, compenso orario minimo); e) razionalizzare e semplificare l'attività ispettiva con l'istituzione di una Agenzia unica per le ispezioni del lavoro; f) riordinare la materia degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro (cassa integrazione ordinaria e straordinaria, contratto di solidarietà) e degli strumenti di sostegno della disoccupazione involontaria (ASpl), con obiettivi di omogeneizzazione ed universalizzazione delle tutele; g) riformare la normativa in materia di servizi e di politiche attive per il lavoro (incentivi all'occupazione, per l'autoimpiego e l'autoimprenditorialità; istituzione di una Agenzia nazionale per l'occupazione; condizionalità nell'accesso ai benefici a sostegno del reddito; contratto di ricollocazione; valorizzazione della bilateralità e delle sinergie tra servizi pubblici

<sup>1593</sup> Garilli, 2014, 3.

<sup>1594</sup> In coerenza con il simbolico slogan utilizzato dal Primo Ministro nella sua comunicazione al pubblico.

<sup>1595</sup> Nel momento in cui si scrive la legge delega è stata definitivamente approvata dal Senato che, con il voto di fiducia, ha confermato il testo modificato alla Camera. La versione finale è reperibile nel sito del Senato (<http://www.senato.it>) e reca il numero 1428 – B.



e privati per favorire l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro; inserimento mirato dei disabili ecc.); h) semplificare e razionalizzare le procedure di costituzione e gestione del rapporto di lavoro con l'obiettivo di ridurre drasticamente il numero degli atti; i) garantire adeguato sostegno alle cure parentali, con strumenti volti a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Il tutto senza "nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica"<sup>1596</sup>.

L'elenco delle materie e degli obiettivi perseguiti dalla legge delega danno l'idea di quanto sia ambizioso il disegno riformatore. Il Governo Renzi si propone di introdurre innovazioni molto più ampie ed incisive di quelle approvate con il d.lgs. 276 del 2003. Inoltre si vogliono modificare molti aspetti regolati dalla legge Fornero, che ha già avuto un impatto di notevole rilievo dal punto di vista quantitativo e qualitativo sul nostro Diritto del Lavoro, introducendo peraltro riforme ancora più ampie e su materie o non disciplinate dalla L. 92/2012 o trattate da questa legge soltanto in modo residuale.

Ovviamente non è possibile analizzare tutte le riforme che potrebbero essere introdotte e mi soffermerò soltanto sugli aspetti a mio giudizio più importanti. Mi sembra che le innovazioni siano in alcuni casi negative (come, ad esempio, l'ennesima riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori), ma che vi siano anche elementi positivi. Tra questi, ad esempio, ritengo possano essere indicati il salario minimo (ma solo a determinate condizioni: v. *infra* § 10), la semplificazione e riduzione delle tipologie contrattuali, la diminuzione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro, la costituzione di una Agenzia nazionale per l'occupazione, il sostegno alle cure parentali ed alla tutela delle lavoratrici madri. Ovviamente il giudizio sulle potenziali riforme è sospeso e strettamente connesso alla loro effettiva realizzazione. In molti casi, infatti, la legge delega è così generica da consentire sviluppi completamente diversi (ed anche opposti) delle normative di attuazione, che potrebbero rovesciare completamente la prima impressione positiva. Tutto dipende, dunque, da come concretamente verranno scritti i decreti delegati, che potrebbero anche avere un contenuto fortemente regressivo per le tutele dei lavoratori, pur nel rispetto dei limiti posti dalla normativa delegante.

In questo lavoro, per evidenti ragioni di spazio e per la complessità delle questioni trattate, analizzerò soltanto la riforma dei contratti ed alcune altre discipline del rapporto di lavoro contenute nell'art. 1, comma 7, della legge delega.

## 2. Le ragioni della modifica "continua" del Diritto del Lavoro tra vincoli europei e ragioni politiche.

Prima di esaminare le linee guida della riforma, è opportuno peraltro chiedersi per quale ragione tutti i Governi che in Italia si sono succeduti in tempi recenti abbiano sentito la necessità di intervenire immediatamente con riforme più o meno ampie del Diritto del Lavoro. Infatti, sia sotto il profilo della immediatezza degli interventi subito dopo l'insediamento dell'Esecutivo, sia per l'importanza attribuita nel programma di Governo, le riforme del lavoro hanno acquisito un valore fondamentale per le compagini guidate da Monti, Letta e Renzi.

Una prima spiegazione è rinvenibile in esigenze tipiche della situazione italiana. Il nostro paese, infatti, è da tempo afflitto da una grave crisi occupazionale vissuta in modo drammatico da ampie

<sup>1596</sup> Art. 1, c. 12, della legge delega.

parti della popolazione e che stimola una notevole pressione dell'opinione pubblica per trovare soluzioni adeguate. Nel dibattito politico nazionale, in questo fortemente influenzato da una linea di pensiero sostenuta dall'Unione Europea, è opinione diffusa che le riforme del mercato del lavoro sono in grado di incidere in modo significativo sui livelli dell'occupazione. Inoltre, particolarmente per le modifiche che riguardano soltanto le tipologie contrattuali o aspetti della disciplina del contratto di lavoro, si tratta di riforme a "costo zero". Per tutte queste ragioni, qualunque Governo cerca immediatamente di giustificare la propria esistenza e di dare un segnale di grande innovazione rispetto al passato intervenendo sul Diritto del Lavoro, senza oltretutto nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le riforme, motivate da esigenze soprattutto di "immagine" nel contesto politico, sono tra l'altro introdotte senza una valutazione della efficacia di quelle più o meno recentemente approvate. E questo nonostante la espressa previsione legislativa di forme di monitoraggio e valutazione dello stato di attuazione degli interventi normativi e del loro effettivo impatto sul mercato del lavoro, con l'utilizzazione di strutture ed istituzioni specifiche e di dati forniti dall'Istat e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan), tra cui è ricompreso a pieno titolo l'Isfol<sup>1597</sup>. In tale ambito, sia il Ministero del Lavoro, sia questo Istituto hanno effettuato interessanti analisi ed indagini che, se prese in considerazione, avrebbero dovuto forse suggerire interventi riformatori di segno completamente diverso da quelli adottati.

Tuttavia la vera e propria "frenesia" nella riforma continua del Diritto del Lavoro trova fondamento anche in vincoli ideologici ed istituzionali di derivazione europea. Le vicende della legge Fornero sono note a tutti. La lettera della Banca Centrale Europea dell'agosto 2011 ne costituisce l'antecedente specifico in relazione alle tipologie contrattuali, ai licenziamenti, al sostegno dei disoccupati ed alle politiche attive del lavoro<sup>1598</sup>. È vero che l'intervento della BCE a sostegno dei titoli del debito pubblico italiano non era condizionato espressamente alla effettuazione delle riforme in materia di lavoro, nonostante sia stata questa la giustificazione fornita dal Governo italiano<sup>1599</sup>. Non vi è dubbio, peraltro, che la pressione della Banca Centrale abbia svolto un ruolo determinante. Inoltre, il Premier Monti voleva presentarsi dinanzi al Consiglio Europeo del 28 giugno 2012 con la riforma del mercato del lavoro già approvata<sup>1600</sup>. Questa innovazione, insieme agli altri importanti interventi in materia di pensioni e di rigore nella gestione del bilancio, gli avrebbero infatti consentito di negoziare da una posizione più forte la realizzazione del meccanismo di difesa (lo "scudo europeo") che avrebbe consentito di stabilizzare la situazione finanziaria dei paesi della UE sottoposti ad eccessive pressioni speculative<sup>1601</sup>. Un sistema successivamente realizzato e che, insieme al famoso "discorso di Londra" di Mario Draghi del 26 luglio 2012 ed alla *Outright Monetary Transactions* realizzato dalla BCE, determineranno la fine della "crisi dello

<sup>1597</sup> Sciarra, 2013, 41 ss.

<sup>1598</sup> La Banca Centrale, infatti, aveva sollecitato una "profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti dei lavoratori, prevedendo un sistema di assicurazione contro la disoccupazione ed un insieme di politiche attive del lavoro tali da facilitare la ricollocazione dei lavoratori nelle imprese e nei settori più competitivi". Sulla influenza di questa lettera della BCE e delle istituzioni europee nel condizionare le recenti riforme in materia di lavoro v. anche Bavaro, 2014, 1 - 2.

<sup>1599</sup> Per una ricostruzione dettagliata di queste vicende cfr. Perulli, Speciale, 2011, 7 ss.

<sup>1600</sup> "Devo arrivare al Consiglio europeo del 28 giugno con la riforma del mercato del lavoro, altrimenti l'Italia perde punti". Così si era espresso Mario Monti sabato 16 giugno 2012, ospite de "La Repubblica delle idee".

<sup>1601</sup> Il riferimento è al Meccanismo Europeo di Stabilità, detto anche Fondo Salva Stati.

spread” che aveva minacciato la sostenibilità finanziaria del debito italiano<sup>1602</sup>. In questo contesto, dunque, le modifiche introdotte dalla L. 92/2012 – al di là della effettiva volontà di aggiornare il nostro sistema di tutele – avevano soprattutto la finalità di garantire il sostegno dei più importanti paesi europei alla introduzione di misure che consentissero il superamento della gravissima crisi finanziaria che investiva il nostro paese.

In ogni caso, a prescindere da situazioni contingenti di crisi come quella descritta, la correlazione tra condizionamenti economici derivanti dall'Unione Europea e le riforme in materia di lavoro è anche la conseguenza dell'attuale assetto istituzionale della UE. È noto, infatti, che - per garantire omogeneità nelle strutture finanziarie dei paesi che condividono l'Euro - sono stati introdotti vincoli specifici. Tra questi, ad esempio, oltre al rapporto massimo del 3% tra deficit e Pil: a) l'obbligo degli Stati membri di convergere verso il pareggio di bilancio, con l'introduzione di specifiche norme (un principio che in Italia è stato costituzionalizzato con la riforma dell'art. 81 Cost.); b) l'imposizione, per raggiungere tale obiettivo, di un miglioramento annuale del deficit pari ad almeno lo 0,5%; c) l'obbligo per i paesi il cui debito supera il 60% del Pil di adottare riduzioni pari ad 1/20 all'anno per raggiungere la quota del 60%<sup>1603</sup>. Lo scostamento da tali parametri comporta l'applicazione di sanzioni economiche. Si tratta, come ben si vede, di una evidente cessione, da parte degli Stati membri, di aspetti importanti della propria sovranità in materia.

Inoltre, a seguito della introduzione del "Two Pack" nel 2013, è stato operato un rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri. Questi paesi infatti: a) devono pubblicare entro il 30 aprile i loro piani di bilancio a medio termine (programmi di stabilità), indicando le loro priorità politiche per la crescita e l'occupazione per i 12 mesi successivi (programmi nazionali di riforma) nell'ambito del semestre europeo sul coordinamento delle politiche economiche; b) devono poi pubblicare entro il 15 ottobre i loro progetti di bilancio per l'anno successivo; c) devono infine approvare entro il 31 dicembre i loro bilanci per l'anno seguente. La Commissione europea esamina ciascun progetto di bilancio ed esprime un parere in merito. Se individua gravi inosservanze degli obblighi contenuti nel Patto di Stabilità e di Crescita, la Commissione chiede allo Stato membro di presentare un piano riveduto, introducendo modifiche e correzioni. Regole ulteriori sono previste per il monitoraggio e la sorveglianza degli Stati membri che rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria.

La cessione di sovranità economica si accompagna, dunque, ad un processo di sorveglianza e di ingerenza nella definizione del contenuto delle leggi di bilancio. Inoltre, le riforme del lavoro - pur se non direttamente connesse alle esigenze di stabilità finanziaria - sono tra quelle incluse nei

<sup>1602</sup> Mario Draghi, infatti, durante la Global Investment Conference di Londra del 26 luglio 2012, aveva annunciato che nell'ambito del suo mandato la BCE era pronta a salvaguardare l'euro con ogni mezzo, preannunciando il possibile acquisto illimitato dei titoli di stato dei paesi in difficoltà. Una dichiarazione che è stata sufficiente a bloccare le attività speculative sui mercati finanziari. Successivamente l'instaurazione dell'OMT (*Outright Monetary Transactions*) ha istituzionalizzato, seppure in forme parzialmente diverse, l'acquisto diretto da parte della BCE di titoli di stato a breve termine emessi da paesi in difficoltà macroeconomica grave e conclamata.

<sup>1603</sup> Gli obblighi indicati nel testo sono contenuti nel Patto di Stabilità del 2005, nel *Six Pack* del 2011 e nel *Fiscal Compact* del 2012.

programmi nazionali di riforma e soggette anch'esse alla valutazione della Commissione. Quest'ultima, come noto, è da tempo orientata a favore di modifiche strutturali del mercato del lavoro che aumentino la flessibilità dei contratti e riducano le tutele in materia di licenziamenti<sup>1604</sup>.

Il Governo Renzi si propone di approvare una legge di bilancio che prevede un incremento del deficit, venendo meno all'obbligo della diminuzione annuale dello 0,5%, rinviando il pareggio di bilancio al 2017 e rallentando il processo di riduzione del rapporto tra debito e Pil<sup>1605</sup>. Le modifiche in materia di lavoro rientrano in una strategia che cerca di "scambiare" le riforme strutturali - tra cui quella essenziale del mercato del lavoro finalizzata alla crescita dell'occupazione - con una maggiore flessibilità delle regole di bilancio. La liberalizzazione dei rapporti a termine ed il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti - che la Commissione Europea, tra l'altro, ha da tempo suggerito quale innovazione essenziale<sup>1606</sup> - devono dunque essere lette in questo contesto. E non è un caso che nella lettera inviata dal Vice Presidente della Commissione Europea al Ministro Padoa-Schioppa si sottolinei come l'Italia abbia espressamente affermato che la strategia di bilancio deve essere considerata "all'interno dell'intera agenda per le riforme strutturali"<sup>1607</sup>. Una riprova, ancora una volta, del profondo legame che il Governo attribuisce al rapporto tra modifiche del mercato del lavoro e vincoli finanziari.

Questo obiettivo, peraltro, sembra difficilmente raggiungibile, come dimostra il rapporto dialettico che si è aperto tra la Commissione Europea ed il nostro paese, diretto a trovare un possibile compromesso tra le proposte italiane ed i vincoli di bilancio imposti dall'Unione, senza che le riforme strutturali svolgano, in apparenza, un ruolo determinante. Forse, dunque, Renzi ha attribuito alla riforma del mercato del lavoro un'enfasi eccessiva rispetto agli obiettivi di flessibilità finanziaria che intendeva raggiungere<sup>1608</sup>. Tra l'altro, il Governo aveva ottimi argomenti per resistere alle pressioni europee di modifica del Diritto del Lavoro nazionale. Non va dimenticato, infatti, che il nostro paese aveva già approvato, nel biennio 2012 - 2013, riforme importanti e di vasta portata. Queste innovazioni già cominciavano a produrre effetti concreti e, comunque, richiedevano più tempo per una valutazione del loro impatto, possibile anche in base agli strumenti di monitoraggio previsti dalla legge. Le possibili modifiche, dunque, potevano riguardare aspetti non già regolati in precedenza. Ed il Governo avrebbe quindi potuto evitare una ennesima riforma su istituti già radicalmente cambiati in tempi recenti.

<sup>1604</sup> In tale ambito, a parte i documenti redatti dalla Commissione che periodicamente raccomandano quanto indicato nel testo, una delle principali manifestazioni di questa tendenza della Commissione è rinvenibile nel Libro Verde *"Modernizzare il Diritto del Lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo"* (in <http://eur-lex.europa.eu>, p. 1 ss.). Si è osservato che "in estrema sintesi, la ricetta suggerita dal Libro verde consisterebbe in un generalizzato allentamento dei vincoli nella regolazione dei rapporti standard...soprattutto con riguardo alla disciplina del licenziamento, a fronte di interventi più protettivi nel mercato del lavoro..." (AA.VV., 2007, 3, a cui si rinvia per le critiche a questa impostazione).

<sup>1605</sup> Questi dati sono ricavati dalla presentazione ufficiale del disegno di legge di bilancio effettuata dal Governo. Da rilevare anche la lettera con il quale il Vicepresidente della Commissione europea ha sottolineato lo scostamento di tale progetto di legge dai requisiti previsti dal Patto di Crescita e Stabilità.

<sup>1606</sup> *European Commission for Employment, Social Affairs and Inclusion, in Employment in Europe 2010 Report*, in [http://ec.europa.eu/employment\\_social/eie/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/employment_social/eie/index_en.html). (13/02/2012). Su tale aspetto si veda l'analisi di Casale, Perulli, 2013, 38 ss.

<sup>1607</sup> Nella lettera, infatti, il Vice Presidente ringrazia "for the letter accompanying the DBP and which clearly makes the case that the budgetary strategy of Italy is to be considered within the overall agenda for structural reforms" (corsivo mio).

<sup>1608</sup> Nulla può escludere, peraltro, che, al contrario, i margini di trattativa siano stati condizionati anche dalla "buona volontà" manifestata dall'Italia di introdurre quelle riforme strutturali - tra cui quella del lavoro - che la Ue (e la BCE) ritengono essenziali per la crescita del paese.

Il *Premier* ha invece voluto seguire una strada molto diversa. La spiegazione è di tipo politico e culturale. Renzi sembra aderire espressamente alla tesi della *flexicurity*, favorendo la riduzione delle tutele del contratto e l'incremento delle protezioni nel mercato del lavoro, in linea con un'impostazione da tempo accolta nell'Unione Europea. Che poi questa scelta sia in grado di produrre effetti positivi è tutto da dimostrare. La tesi, infatti, della deregolazione quale strumento di creazione dell'occupazione è smentita ormai da numerosi riscontri empirici. Soltanto la subalternità culturale ad un'ideologia pervasiva (la *job employment protection* è causa di disoccupazione) e lo scambio tra flessibilità del lavoro e quella dei vincoli di bilancio possono giustificare scelte che, alla luce della dinamica effettiva del nostro mercato del lavoro, non dovrebbero essere adottate. Anche perché occorrerebbe valutare se le maggiori protezioni nel sostegno del reddito dei disoccupati e nella implementazione di politiche attive che favoriscono il loro ricollocamento – sicuramente apprezzabili – siano tali da giustificare riduzioni così forti su diritti fondamentali connessi al contratto di lavoro, come quello in tema di licenziamento, tutela della professionalità, controlli a distanza. E questo anche in considerazione della storia recente del nostro paese, dove la maggiore flessibilità nei contratti e nella disciplina del recesso non ha trovato un bilanciamento nelle politiche attive del lavoro (sino ad oggi molto fallimentari).

L'impressione, anche alla luce della significativa (e positiva) scelta del *bonus* mensile di 80 Euro, è che per il Governo gli aspetti economici di sostegno al reddito dei lavoratori siano di gran lunga più importanti rispetto alle tutele nel contratto di lavoro, considerate come secondarie. Anche se poi, in evidente contraddizione con questa linea di azione, si intendono incrementare le protezioni in tema di maternità, genitorialità e conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, con lo scopo di valorizzare alcuni diritti fondamentali. Una riprova di come la legge delega persegua diverse linee di politica del diritto non sempre coerenti tra loro e che rispecchiano l'idea del *Premier* del tentativo di coniugare istanze tra loro opposte e non facilmente conciliabili. Si è in presenza di una strategia dell'Esecutivo che si propone di combinare politiche di "destra" (riduzione di tutele nel contratto di lavoro e sui licenziamenti) e politiche di "sinistra" (estensione di diritti fondamentali e di garanzie sul mercato del lavoro), nel tentativo di catturare consensi anche in settori tendenzialmente estranei al bacino elettorale del Centro Sinistra<sup>1609</sup>.

### 3. La legge delega ed il problema della sua costituzionalità.

La legge delega, di contenuto assai ampio, ha sollevato problemi di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost. Si è rilevato come essa non contiene una formulazione rigorosa dei principi e criteri direttivi, è carente nella puntuale identificazione degli oggetti da regolare oltre che generica nei settori di intervento<sup>1610</sup>. Al contrario si è affermato come il trend più recente è quello di leggi delega nelle quali si valorizzino le procedure, "sviluppando meccanismi che rafforzano i poteri parlamentari, a fronte di principi e criteri lasciati più generici". Si sottolinea inoltre come que-

<sup>1609</sup> Si vedano i risultati del sondaggio effettuato dall'Atlante Politico di Demos e commentati da Ilvo Diamanti con un articolo su "La Repubblica" del 12 ottobre 2014 (reperibile in <http://www.repubblica.it/politica/2014/10/12/news/>). L'autore rileva come la "revisione" dell'art. 18 ha determinato una crescita di consensi tra gli elettori del Centro Destra.

<sup>1610</sup> Garilli, 2014, 7 – 8. Questo a. si riferisce al testo della legge delega approvato al Senato. Tali considerazioni sono estensibili anche agli autori citati nelle note immediatamente successive di questo paragrafo.

sta tendenza sia stata avallata dalla Corte Costituzionale, che ha lasciato ampia libertà al Parlamento nella definizione delle linee guida, senza intervenire “sulla loro evanescenza”<sup>1611</sup>. Questa tesi è stata accolta da Ichino, che oltretutto sottolinea come in passato si siano viste deleghe molto più generiche di quella relativa al Jobs Act<sup>1612</sup>.

Le questioni connesse alla possibile incostituzionalità della delega sono assai delicate e potranno essere solo accennate in questa sede. Prima di analizzare tali aspetti, va sottolineato come, in effetti, il Senato non abbia minimamente partecipato alla determinazione del contenuto della legge delega. Il Governo infatti, in considerazione della limitata maggioranza di cui disponeva e nel timore di possibili modifiche al testo introdotte da parte di alcuni senatori del Partito Democratico, ha prima introdotto un “maxiemendamento” che modificava l’art. 4 dell’originario disegno di legge, contenente il riferimento alla parte più contestata della normativa, in tema di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Poi, con un testo integralmente redatto dall’Esecutivo, ha chiesto ed ottenuto la fiducia del Parlamento, senza che i Senatori abbiano potuto discutere ed eventualmente emendare il suo contenuto. In definitiva il Governo ha auto determinato la delega, specificando i principi e criteri direttivi, gli oggetti da legiferare ed i tempi entro cui operare.

La situazione è stata diversa alla Camera, dove, al contrario, la discussione in sede di Commissione Lavoro e poi in Assemblea vi è stata ed ha determinato importanti modifiche. Tuttavia, nel secondo passaggio al Senato, ancora una volta si è ricorso al voto di fiducia, sottraendo al Parlamento qualsiasi possibilità di intervento.

Questo percorso parlamentare (definizione dei principi e criteri direttivi da parte dell’Esecutivo e voto di fiducia) non è certamente nuovo, perché si è già verificato in passato. Esso, per tornare all’attualità, in qualche misura conferma l’accentuato “decisionismo” del Governo Renzi, la sua ossessione per la “velocità” delle riforme e l’insofferenza nei confronti delle Assemblee parlamentari. Si tratta, peraltro, di una vicenda che più in generale (con una osservazione non estesa solo all’attuale compagine governativa) testimonia il totale esautoramento della funzione parlamentare. In questo caso, infatti, l’Esecutivo esercita il potere legislativo – con una situazione che nel disegno costituzionale rappresenta una eccezione<sup>1613</sup> – senza di fatto che l’art. 76 Cost. sia rispettato ed operando sia come soggetto che determina le linee guida ed i contenuti della attività normativa sia come concreto legislatore. L’importanza della funzione svolta ha indotto a ritenere che la legge delega sia approvata da ciascuna Camera in assemblea plenaria e non in Commissione (con una vera e propria “riserva di legge d’Assemblea”)<sup>1614</sup>. A maggior ragione, in considerazione dei valori costituzionali che sono in gioco, occorrerebbe impedire che la legge delega sia sottoposta al voto di fiducia, per evitare queste forme di “monismo legislativo” dell’Esecutivo.

A parte queste considerazioni, occorre ora valutare se in effetti il testo normativo approvato dal Parlamento si esponga a censure di incostituzionalità. Non vi è dubbio che la violazione dell’art.

<sup>1611</sup> Ceccanti, 2014, 1.

<sup>1612</sup> In questa legge, infatti, vi sarebbe “in modo inequivoco il passaggio dal regime della *job property* (di cui la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro costituisce la chiave di volta) ad un regime ispirato al principio della *flexsecurity*” (Ichino, 2014a, 1).

<sup>1613</sup> Su tale aspetto si rinvia, per tutti, a Ruotolo, Spuntarelli, 2006, 1487.

<sup>1614</sup> Ruotolo, Spuntarelli, 2006, 1487.

76 Cost. possa riguardare anche la legge di delegazione e non soltanto i decreti legislativi delegati, con riferimento a “principi e criteri direttivi, termine ed oggetto del poter legislativo delegato”<sup>1615</sup>. Si è osservato, peraltro, che difficilmente una legge delega potrebbe essere dichiarata illegittima per carenza dei principi e criteri direttivi. Piuttosto, “la scarsità di indicazioni nella legge di delegazione si tradurrà in una ridotta capacità del decreto delegato di innovare ai principi della legislazione vigente”<sup>1616</sup>. La Corte costituzionale, inoltre, ha affermato che “la valutazione di conformità di una legge delega all’art. 76 della Costituzione – secondo cui ‘l’esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione dei principi e criteri direttivi e soltanto per un tempo limitato ed oggetti definiti’ – non può prescindere dalle finalità ispiratrici della delega e dal suo complessivo contenuto normativo. L’esigenza di determinazione di principi e criteri direttivi e della definizione dell’oggetto della delega è tanto più pressante quanto meno delimitato e specifico è il compito affidato al legislatore delegato. D’altro canto anche per le leggi di delega vale il fondamentale canone per cui deve essere preferita l’interpretazione che la ponga al riparo da sospetti di incostituzionalità”<sup>1617</sup>.

A me sembra che, alla luce di tali principi, non si possa affermare una incostituzionalità della legge delega.

Essa contiene l’individuazione dei tempi di emanazione dei decreti delegati (sei mesi). Vi è la specificazione degli oggetti, suddivisi nei singoli commi in relazione a diverse materie (strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro e di sostegno al reddito in caso di disoccupazione involontaria; servizi essenziali in materia di politica attiva del lavoro; riordino dei contratti di lavoro ecc.), con previsione di ulteriori submaterie all’interno delle stesse. Va ricordato poi che “il limite degli ‘oggetti definiti’ è sfumato spesso nel concetto di materia” e che la Corte Costituzionale ha più volte ritenuto legittime le deleghe ampie<sup>1618</sup>, ammettendo addirittura il “ricorso a deleghe in bianco”<sup>1619</sup>. In tale contesto, non vedo come la legge delega possa essere censurata da questo punto di vista.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per i principi e criteri direttivi. Va detto che, come sempre accade in testi normativi molto complessi ed articolati, essi hanno un contenuto diverso.

---

<sup>1615</sup> Paladin, 1979, 5. Conf. Ruotolo, Spuntarelli, 2006, 1487; Celotto, Frontoni, 2002, 704; Siclari, 1992, 5 ss.

<sup>1616</sup> Bin, Petruzzella, 2006, 336.

<sup>1617</sup> C. cost. 17 luglio 2000, n. 292, in DeJure, 5 – 6.

<sup>1618</sup> Ruotolo, Spuntarelli, 2006, 1491 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>1619</sup> Celotto, Frontoni, 2002, 703 ss. (a cui si rimanda per le citazioni della giurisprudenza costituzionale).

In alcuni casi sono sicuramente più dettagliati<sup>1620</sup> ed in altri più generici<sup>1621</sup>, in coerenza con l'opinione della Corte Costituzionale<sup>1622</sup>. Anche in questo caso, peraltro, la giurisprudenza costituzionale è piuttosto tollerante. Infatti, pur se si afferma che dalla legge di delega devono ricavarsi indicazioni sufficienti "ad indirizzare l'attività del legislatore delegato"<sup>1623</sup>, tuttavia si ammette che la determinazione dei principi e criteri possa avvenire *per relationem*, con riferimento ad altri atti normativi, purché sufficientemente specifici<sup>1624</sup>. E si è altresì prevista la possibilità per il legislatore delegato di ricavare le "norme che determinano l'oggetto, i principi e criteri direttivi indicati dalla delega", anche sulla base del "complessivo contesto normativo in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione"<sup>1625</sup>. Di fronte ad un atteggiamento così tollerante o comprensivo (e secondo alcuni ipocrita) della Corte<sup>1626</sup>, si può ben dire che difficilmente le linee guida per il legislatore delegato contenute nel testo approvato dal Parlamento potrebbero essere censurate per genericità o indeterminatezza. E questo anche in considerazione che per la legge delega "vale il fondamentale canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che la ponga al riparo da sospetti di incostituzionalità"<sup>1627</sup>.

Il controllo sulla conformità all'art. 76 della Costituzione andrà piuttosto effettuato sull'esercizio del potere legislativo delegato, con particolare riferimento al rispetto dell'oggetto della delega e dei principi e criteri in essa contenuti.

#### 4. Gli obiettivi di crescita dell'occupazione perseguiti dalla riforma del contratto a termine e dalla legge delega.

La riforma del contratto a termine introdotta con il D.L. 34/2014 (convertito nella L. 78/2014) è stata attuata per affrontare la "perdurante crisi occupazionale" e "nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale

<sup>1620</sup> Si veda ad. es. l'art. 1, comma 2, lettera a), n. 3 della delega, nel quale si sostiene "la necessità di regolare l'accesso alla cassa integrazione guadagni solo a seguito dell'esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell'orario di lavoro, eventualmente destinando una parte delle risorse attribuite alla cassa integrazione a favore di contratti di solidarietà". O quanto stabilito dall'art. 1, comma 6, lettera a), della legge, dove si afferma di voler procedere alla "razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti, anche mediante abrogazione di norme, connessi con la costituzione e la gestione del rapporto di lavoro, con l'obiettivo di ridurre drasticamente il numero di atti di gestione del medesimo rapporto, di carattere amministrativo".

<sup>1621</sup> Ad es. l'art. 1, comma 4, lettera b), sostiene la necessità di procedere alla "razionalizzazione degli incentivi per l'autoimpiego e l'autoimprenditorialità, anche nella forma della acquisizione delle imprese in crisi da parte dei dipendenti, con la previsione di una cornice giuridica nazionale volta a costituire il punto di riferimento anche per gli interventi posti in essere da regioni e province autonome".

<sup>1622</sup> La Corte, infatti, ritiene che i principi e criteri direttivi appartengono ad una "fenomenologia estremamente variegata, che oscilla da ipotesi in cui la legge delega pone finalità dai confini molto ampi e sostanzialmente lasciati alla determinazione del legislatore delegato a ipotesi in cui la legge fissa 'principi' a basso livello di astrattezza, finalità specifiche, indirizzi determinati e misure di coordinamento definite" (C. cost. 4 maggio 1990, n. 224, in *Giur. cost.*, 1990, 1400).

<sup>1623</sup> C. cost. 6 maggio 1985, n. 158, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 4. La sentenza afferma, per tale ragione, che "la norma di delega non deve contenere enunciazioni troppo generiche o troppo generali...".

<sup>1624</sup> Celotto, Frontoni, 2002, 704. (a cui si rimanda per le citazioni della giurisprudenza costituzionale). In senso analogo Ruotolo, Spuntarelli, 2006, 1490 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>1625</sup> C. cost. 18 novembre 2000, n. 503, in *Giur. cost.*, 2000, 3900. Conf. C. cost. 23 febbraio 2007, n. 54 (con l'indicazione di ulteriori sentenze di analogo tenore). Si rinvia anche alle altre sentenze citate da Celotto, Frontoni, 2002, 704. In senso analogo Ruotolo, Spuntarelli, 2006, 1490.

<sup>1626</sup> Si vedano le diverse indicazioni bibliografiche fornite da Celotto, Frontoni, 2002, 704.

<sup>1627</sup> C. cost. n. 292/2000, cit. a nt. 25. Conf. C. cost. 23 febbraio 2007, n. 54.



del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente...”<sup>1628</sup>. Anche il nuovo rapporto a tutele incrementalmente è diretto, con la modifica della disciplina dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori, a favorire le assunzioni, che troverebbero nella rigidità di questa disposizione una delle cause principali della scarsa attrattività normativa del rapporto di lavoro stabile e della eccessiva diffusione di contratti precari<sup>1629</sup>. D’altra parte tutto il dibattito politico si è sviluppato sull’effetto negativo dell’art. 18 sui livelli di occupazione e sulla sua influenza nello scoraggiare gli investimenti esteri.

Per quanto riguarda il contratto a tempo determinato si è recentemente sottolineato come “le politiche di liberalizzazione del lavoro a termine non hanno determinato alcuna crescita occupazionale”, con uno studio condotto su molti paesi dell’Eurozona (Italia inclusa) dal 1990 ad oggi<sup>1630</sup>. In effetti, l’incremento nella utilizzazione dei contratti a tempo determinato, iniziato con il d.lgs. 368/2001 ed ulteriormente accentuato dai successivi interventi legislativi, ha incrementato in modo consistente la quantità dei rapporti a termine sul totale degli occupati, cresciuta dal 9,6% del 2001 all’attuale 13,3%, con una percentuale europea che si colloca intorno al 14%. Tuttavia, l’analisi dei dati relativi alle forze lavoro nell’arco del decennio rivela che, anche prendendo in considerazione gli incrementi demografici e la forte regolarizzazione dei lavoratori stranieri avvenuta nello scorso decennio, il tasso di occupazione si colloca tra il 53% ed il 58%. Inoltre, questi dati non mettono in evidenza una correlazione tra la diffusione di forme di lavoro a termine e le variazioni dei tassi di occupazione. Anzi, dal 2008 in poi, nonostante la forte liberalizzazione di questa tipologia contrattuale, il calo dei livelli occupazionali è stato costante ed è riconducibile alla estensione e profondità della crisi economica che ha caratterizzato il nostro paese.

Vi sono inoltre studi economici che rivelano come, nel periodo 2002/2008 (prima della crisi) l’incremento del numero degli occupati (in particolare delle Ula - Unità di lavoro equivalenti) è strettamente connesso alla dinamica del valore aggiunto nei vari settori produttivi e prescinde dall’incremento del processo di flessibilizzazione del lavoro. Inoltre i medesimi studi sottolineano che la crescente precarizzazione del lavoro ha favorito un processo di sostituzione tra lavoro standard e lavoro non standard. Nel periodo più recente (2009/2013), in piena fase recessiva, vi è stata una costante decrescita dell’occupazione ed un ulteriore processo di sostituzione tra lavoro precario e stabile<sup>1631</sup>.

In considerazione di quanto è accaduto nell’ultimo decennio e delle modeste prospettive di crescita del Pil nel 2014 e negli anni futuri, è assai probabile che la riforma introdotta dal Decreto Legge 34/2014 accentuerà questo effetto di sostituzione, senza una effettiva crescita della occupazione e con una mera redistribuzione in senso precario delle occasioni di lavoro. Non va dimenticato che, nel 2013, il 68% delle attivazioni dei contratti di lavoro è avvenuto con rapporti a termine ed il 16% con contratti a tempo indeterminato. Questa tendenza, ormai in atto da alcuni

---

<sup>1628</sup> Art. 1, comma 1, del D.L. 34/2014, convertito, con modifiche, nella L. 78/2014.

<sup>1629</sup> Si veda, in tal senso, l’Intervento del Ministro del Lavoro al Senato effettuato l’8 ottobre 2014, in sede di discussione del D.d.L. S. 1428 (reperibile nel sito on line del Senato).

<sup>1630</sup> Realfonzo, Tortorella Esposito, 2014, 7.

<sup>1631</sup> Fumagalli, 2014, 1 ss.

anni<sup>1632</sup>, dimostra oltretutto come la causale del lavoro a termine non ha impedito un ampio ricorso a questa tipologia contrattuale<sup>1633</sup>. È plausibile ritenere che – in assenza di una ragione giustificativa nell'apposizione del termine finale (individuata dalla dottrina e giurisprudenza prevalente come una esigenza temporanea di lavoro) - vi sarà un incremento ulteriore della diffusione dei rapporti a tempo determinato rispetto a quelli stabili. Infatti, la mancanza di causale e la piena fungibilità tra lavoro a termine ed a tempo indeterminato nei primi 36 mesi (salvi i limiti quantitativi previsti dai contratti collettivi) spingerà le imprese ad assumere per un tempo limitato anche chi avrebbe potuto essere contrattualizzato con un rapporto stabile, in considerazione, oltretutto della ampiezza con cui il legislatore ha consentito il ricorso al contratto a termine<sup>1634</sup>. Va detto, tuttavia, che questa tendenza potrebbe essere contrastata dagli effetti positivi conseguenti alla introduzione del rapporto a tempo indeterminato a tutele crescenti (v. *infra*).

D'altra parte, la liberalizzazione del rapporto a termine può determinare effetti negativi ulteriori<sup>1635</sup>. In tale ambito, anche Draghi, quando era Governatore della Banca d'Italia, ha sottolineato come con la diffusione dei contratti precari “si indebolisce l'accumulazione di capitale umano specifico, con effetti alla lunga negativi su produttività e profittabilità”<sup>1636</sup>. E vi sono numerosi studi che rilevano una correlazione tra bassa produttività del lavoro e diffusione dei rapporti a termine, anche per effetto della mancanza di investimenti formativi sui contratti non stabili<sup>1637</sup>.

Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, con la riduzione dell'ambito applicativo dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori e la sostituzione della reintegrazione con un indennizzo economico (v. *infra*), dovrebbe contribuire, secondo il Governo, a migliorare le *performance* occupazionali del nostro paese. Questo obiettivo si fonda sulla tesi secondo la quale la eccessiva rigidità della disciplina in materia di licenziamenti scoraggerebbe le assunzioni e favorirebbe processi di dualismo del mercato del lavoro, segmentato tra i lavoratori garantiti e quelli privi di tutele, che non riescono ad avere accesso ad una occupazione stabile.

La tesi, come noto, è smentita da numerosi studi teorici e, soprattutto, dall'evidenza empirica. Da questo punto di vista i dati a nostra disposizione e l'ampiezza degli ambiti temporali a cui essi si riferiscono dovrebbero ormai togliere ogni dubbio sulla erroneità di questa teoria<sup>1638</sup>. Le “prove

<sup>1632</sup> Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2014a, 35.

<sup>1633</sup> Anche nel secondo trimestre del 2014, il 70% circa delle assunzioni è stata effettuata con contratti a termine (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2014b, 2).

<sup>1634</sup> Sulla nuova disciplina introdotta dal D.L. 34/2014, convertito nella L. 78/2014, cfr. Pandolfo, Passalacqua, 2014; Romei, 2014, 675 ss.; F. Carinci, 2014, 1 ss. (dattiloscritto); Magnani, 2014a, 1 ss.; Schiavetti, Cairoli, 2014, 10 ss.; Tiraboschi M., Tommasetti P., 2014, 1 ss.

<sup>1635</sup> Da questo punto di vista, un utile esempio può essere costituito da quanto è accaduto in Spagna nel 1984, quando vi fu la liberalizzazione di questa tipologia contrattuale con esclusione della causale temporanea. La conseguenza fu che la diffusione del rapporto a termine aumentò in misura enorme, passando da una percentuale sugli occupati del 30% ad oltre il 50%, con punte del 70% nel settore edile. Inoltre, questa elevata crescita dei rapporti precari ha determinato un numero complessivo di giornate di lavoro inferiori rispetto al passato e salari meno elevati. Si vedano le considerazioni svolte da T. Boeri (in [www.lavoce.it](http://www.lavoce.it), Sabato 29 marzo 2014) che descrive i risultati dello studio di alcuni economisti sulla esperienza spagnola.

<sup>1636</sup> Draghi, 2010, 7.

<sup>1637</sup> Fabrizi, Peragine, Raitano, 2013, 58 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>1638</sup> Mi permetto, sul punto, di rinviare a Speciale, 2013a, 305 ss., con ampia indicazione di studi e dati sul tema.

contrarie” rispetto all’idea della positiva correlazione tra occupazione e riduzione delle tutele in materia di licenziamenti sono talmente evidenti e diffuse da rendere incomprensibile come sia possibile continuare a sostenere un’opinione così priva di qualsiasi riscontro teorico e pratico<sup>1639</sup>. Persino Pietro Ichino, che é uno dei sostenitori più strenui ed autorevoli della incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro, è stato recentemente costretto ad ammettere che “la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l’ ‘equilibrio mediterraneo’ (ndr: caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti) determini di per sé tassi di disoccupazione più elevati rispetto all’equilibrio tipico dei Paesi nord europei o di quelli di tipo statunitense”<sup>1640</sup>. Senza dimenticare che la riforma del 2012 ha ulteriormente ridotto l’indice di rigidità dei licenziamenti elaborato dall’OCSE anche per il nostro paese<sup>1641</sup>. E questo in un contesto che vedeva comunque l’Italia - prima delle innovazioni introdotte dalla Fornero - al 18° posto (su 28 paesi) nel *ranking* di quelli con le tutele più forti in tema di recesso individuale, nell’ambito, oltretutto, di una rilevazione statistica dove la reintegrazione pesa “solo per un 15° del totale degli indici di protezione del licenziamento individuale”<sup>1642</sup> ed ha un’influenza modestissima sulla nostra posizione in graduatoria<sup>1643</sup>.

Soltanto il carattere fortemente ideologico di queste elaborazioni teoriche e la volontà di diminuire le tutele contro i licenziamenti – restituendo al datore di lavoro più potere nella interruzione del contratto – possono in verità spiegare quanto sta accadendo.

La riforma del contratto a termine e della disciplina dei licenziamenti, dunque, difficilmente potrà realizzare gli obiettivi di crescita dell’occupazione perseguita dal Governo. Anche perché, soprattutto nel nostro paese, la preoccupante situazione dei livelli occupazionali è soprattutto espressione di una carenza di domanda aggregata e del basso livello di investimenti produttivi<sup>1644</sup>. Tuttavia l’azione dell’Esecutivo può essere spiegata per quelle ragioni di subalternità culturale e di scambio tra flessibilità del lavoro e vincoli di bilancio che sono stati già esaminati (§ 2).

<sup>1639</sup> Oltre agli autori citati in Speciale, 2013a, 305 ss., si vedano anche Fabrizi, Peragine, Raitano, 2013, 57 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Realfonzo, 2014, 1 ss.; Pacella, Realfonzo, Tortorella Esposito, 2014, 56 ss. (a cui si rinvia per la bibliografia). Anche Santoni, nel commentare la riforma dell’art. 18 perseguita dalla legge delega, rileva come “non vi è alcuna dimostrazione che la flessibilità in uscita...possa concretamente favorire la ricerca e lo sviluppo della occupazione” (2014, 105).

<sup>1640</sup> Ichino, 2012, 5. Lo stesso autore, peraltro, è un entusiastico sostenitore del *Jobs Act* che consentirebbe il passaggio da un sistema di *job property* ad uno fondato su una riduzione delle protezioni dai licenziamenti, che dovrebbero essere compensate da maggiori tutele nel mercato del lavoro.

<sup>1641</sup> Infatti, tale indice “ha registrato una diminuzione di 0,17%” a seguito in particolare della “restrizione dell’area del reintegro per i lavoratori con contratto a t. indeterminato nel caso di licenziamento illegittimo ed alla riduzione degli oneri addizionali per i licenziamenti collettivi, parzialmente compensata da un aumento degli oneri procedurali per i licenziamenti individuali” (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2014a, 42).

<sup>1642</sup> M. Leonardi, 2012, 1.

<sup>1643</sup> Rinvio sul punto, per ulteriori approfondimenti, a Speciale, 2013a, 306 ss.

<sup>1644</sup> “L’esame comparativo dei dati dell’economia italiana e dei principali Stati membri della zona euro, come la Francia e la Germania (e, talvolta, dell’OCSE), conferma la forte correlazione tra tutte le variabili rilevanti di cui sopra. Semplici esercizi econometrici dimostrano la validità della direzione di causalità ipotizzata. In particolare, appare chiara una forte diminuzione del livello della domanda aggregata italiana causata da una diminuzione drammatica dei consumi che a sua volta è generata dalla sensibile riduzione della quota dei salari sul Pil, dalla marcata diminuzione del salario indiretto, vale a dire la spesa pubblica, in particolare nelle dimensioni sociali, dall’aumento della disuguaglianza e dalla pressione sul lavoro e sui salari causata da una forte flessibilità del lavoro e dalla conseguente creazione di posti di lavoro precari. Il calo della domanda aggregata è la causa principale della riduzione del PIL e, più generalmente, della recessione” (Tridico, 2013, 10).

Il Governo Renzi, tra l'altro, nelle sue linee di politica del diritto si muove in un'ottica esclusivamente economica di (presunto) incremento dei livelli occupazionali che trascura completamente la dimensione giuridica dei problemi. La evidente riduzione delle tutele connessa alla diffusione di rapporti precari di lavoro o alla eliminazione della reintegrazione per i licenziamenti economici (che si affianca al suo ridimensionamento per quelli disciplinari) incide in modo assai pesante sulla fruibilità, da parte del lavoratore, di diritti fondamentali connessi al rapporto di lavoro. Si pensi ad esempio all'esercizio dei diritti sindacali, alla rivendicazione di profili attinenti alla professionalità, alla sicurezza sul lavoro, al rispetto della contrattazione collettiva e così via. Bisognerebbe quindi quantomeno chiedersi se gli incerti o inesistenti obiettivi di crescita dell'occupazione siano tali da giustificare una modifica così importante di aspetti fondamentali del contratto di lavoro. Tuttavia queste esigenze non sono minimamente prese in considerazione quando si interviene sulla disciplina dei contratti a termine o dei licenziamenti, a dimostrazione della totale irrilevanza degli aspetti giuridici delle riforme relative a questi istituti.

#### 5. La “concorrenza” tra rapporti di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Se l'obiettivo di aumentare l'occupazione potrà difficilmente realizzarsi, soprattutto in presenza di una dinamica del PIL assai ridotta<sup>1645</sup>, tuttavia il nuovo assetto previsto dalla legge delega potrebbe incidere sulla ripartizione delle nuove assunzioni effettuate dal 2015 in poi e legate a processi fisiologici di turn over nelle imprese. Si è già visto che, in passato, si è assistito ad un processo di sostituzione di lavoro stabile con contratti a termine. Si tratta di verificare se il nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, che dovrebbe essere fortemente incentivato dal punto di vista normativo ed economico, sia in grado di rovesciare questa tendenza che, fino ad oggi, non è stata certamente contrastata dalla forte liberalizzazione del lavoro a tempo determinato effettuato con la L. 78/2014.

Da questo punto di vista si verificherà una ipotesi, in verità non nuova nel nostro ordinamento, di una possibile concorrenza tra istituti<sup>1646</sup>, dove l'uno potrebbe rendere inefficace l'altro, a meno che non si verifichi un possibile cumulo nella diffusione di entrambi. Infatti, almeno alla luce del dibattito attualmente in corso, la revisione delle tipologie contrattuali e l'introduzione del nuovo rapporto a tutele incrementalì non sembra dover incidere sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato prevista dalla L. 78/2014 (v. *infra* § 6). Da questo punto di vista ed in considerazione della coesistenza tra i due istituti, il contratto a tutele crescenti potrà avere una capacità attrattiva superiore al lavoro a termine soltanto se sarà in grado di garantire benefici economici e/o normativi superiori rispetto al secondo, favorendone la diffusione. Questo effetto sostitutivo “alla rovescia” (dalla precarietà ad un contratto più stabile) non potrebbe che essere accolto positivamente, perché invertirebbe il pericoloso trend della diffusione abnorme di rapporti a termine che ha caratterizzato gli ultimi 13 anni e che si è particolarmente accentuato dal 2008 in poi.

<sup>1645</sup> L'Istat ha certificato che nel terzo trimestre del 2014 il PIL è diminuito dello 0,1% rispetto al trimestre precedente ([www.istat.it](http://www.istat.it), 14 novembre 2014) in un contesto chiaramente di recessione economica che non lascia grandi speranze per una crescita sostenuta nel 2015.

<sup>1646</sup> Il riferimento è alla concorrenza tra somministrazione di mano d'opera ed appalto di opere e servizi previsti dal d.lgs. 276/2003.

Un primo aspetto che potrebbe rendere più competitivo il contratto a tutele crescenti è la possibilità di interrompere il rapporto di lavoro senza applicare l'art. 18 dello statuto dei lavoratori, ed utilizzando la nuova disciplina speciale di recesso più flessibile prevista per questa tipologia contrattuale (v. *infra* § 7). Questa agevolazione potrà essere cumulata con le nuove regole in tema di incentivi alle assunzioni previste nella legge di stabilità in discussione in Parlamento, che saranno erogati per una durata massima di 36 mesi<sup>1647</sup>. La combinazione di questi due fattori potrebbe, in effetti, rendere più conveniente il nuovo rapporto a t. indeterminato rispetto a quello a termine.

In realtà non credo che questa sarà la situazione. Infatti, a parte l'entità della indennità risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo (che avrà valore decisivo sulla teorica "attrattività" del nuovo istituto), non va dimenticato che l'attuale disciplina del contratto a tempo determinato è molto favorevole per le imprese. Attualmente, nell'ambito dei 36 mesi, è possibile stipulare rapporti a termine privi di causale (ed anche per soddisfare esigenze di lavoro stabili) che, nel rispetto degli intervalli tra un contratto e l'altro ed utilizzando le cinque proroghe, consentono al datore di lavoro di avere una elevata flessibilità nell'utilizzo della forza lavoro per un periodo di tre anni. Tra l'altro, tale flessibilità sarebbe ancora più evidente qualora venisse accolta l'interpretazione secondo la quale ciascun contratto a termine può essere prorogato fino a cinque volte e che le cinque proroghe non costituiscono un limite massimo utilizzabile nell'ambito dei 36 mesi<sup>1648</sup>.

In questo contesto, la "appetibilità" del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti potrebbe essere fortemente ridotta. Anche in presenza di indennità di risoluzione del contratto molto ridotte dal punto di vista economico nel periodo iniziale di assunzione, non si vede quale sarebbe la convenienza nell'utilizzare questa forma contrattuale vista la possibilità di reiterare in modo così accentuato i contratti a tempo determinato fino a tre anni e senza dover sostenere alcun costo connesso alla cessazione del rapporto di lavoro<sup>1649</sup>. La nuova disciplina del termine, infatti, consente, nei limiti dei 36 mesi, di coniugare brevità dei contratti e loro continuità nel tempo, senza necessità di dover affrontare il rischio, proprio del contratto a tutele crescenti, di dover sopportare un costo (anche limitato) nel caso di accertamento della illegittimità del licenziamento<sup>1650</sup>. Senza dimenticare, tra l'altro, che il nuovo rapporto a t. indeterminato continuerà ad assicurare ai lavoratori una tutela reintegratoria piena per i recessi discriminatori ed una più ridotta (rispetto al vigente art. 18 dello statuto dei lavoratori) per quelli disciplinari (v. *infra* § 7). Il che renderà ancora meno conveniente la scelta a favore della nuova tipologia contrattuale, perché il rischio connesso ad un licenziamento illegittimo potrebbe avere ancora una sua consistenza.

In tale situazione, si potrebbe assistere ad un vero e proprio processo di incremento della precarietà. Infatti il datore di lavoro, con il modesto costo contributivo aggiuntivo dell'1,4%, potrebbe utilizzare per tre anni un lavoratore con rapporti a termine. Quindi assumerebbe la stessa persona con un contratto a tutele crescenti, per poi licenziarlo dopo un certo numero di anni, fino a quando il costo del licenziamento non diventi eccessivamente oneroso. Non va dimenticato, infatti, che in base alla nuova disciplina del licenziamento per i nuovi assunti a t. indeterminato, il

<sup>1647</sup> Il testo del disegno di legge è reperibile sul sito del Governo (<http://www.governo.it>).

<sup>1648</sup> Su tale aspetto v. *retro* gli autori citati nella nt. 42.

<sup>1649</sup> Né potrebbe costituire un disincentivo al termine il modesto contributo aggiuntivo dell'1,4% previsto per la utilizzazione del tempo determinato.

<sup>1650</sup> In tal senso anche Santoni, 2014, 102.

recesso economico ingiustificato sarà sanzionato esclusivamente con una indennità economica che, particolarmente nei primi anni di servizio, non sarà di consistente entità (v. *infra* § 7). Con la conseguenza che il datore di lavoro, adducendo un giustificato motivo oggettivo anche inesistente, potrebbe sempre interrompere il contratto con un "costo di separazione" assai limitato.

La situazione potrebbe essere diversa se la nuova tipologia contrattuale fosse fortemente incentivata anche dal punto di vista economico<sup>1651</sup>, secondo le linee guida previste dalla legge delega, dove si afferma che il nuovo contratto dovrebbe essere reso più conveniente "*in termini di oneri diretti ed indiretti*" (art. 1, comma 7, lettera b). L'articolo 12 della Legge di Stabilità 2015 prevede, per le assunzioni a t. indeterminato che saranno effettuate nel prossimo anno, l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro, nei limiti massimi di € 8060 su base annua per quei lavoratori neoassunti che non abbiano lavorato con contratto stabile nei sei mesi precedenti. La Relazione tecnica allegata alla legge prevede che potrebbero essere incentivati un milione di contratti nuovi nel 2015<sup>1652</sup>.

La normativa, attualmente ancora in discussione in Parlamento, potrebbe effettivamente favorire il contratto a protezioni crescenti rispetto ai rapporti a termine, anche perché si cumulerebbero consistenti vantaggi economici e la tutela più ridotta per i licenziamenti. Tuttavia vi è il rischio di un effetto solo apparente di riduzione della precarietà. Infatti in assenza di misure economiche premiali o di sanzioni qualora non si proceda alla effettiva stabilizzazione del lavoratore, il datore di lavoro potrebbe lucrare su minori oneri contributivi connessi a questa nuova tipologia contrattuale. Poi, quando ci si avvicina alla soglia temporale che determina un innalzamento dei "costi di separazione" legati al recesso, potrebbe decidere di interrompere il contratto pagando una ridotta indennità risarcitoria. In questo modo potrebbe cumulare i benefici economici e la flessibilità nell'interruzione del contratto, senza che si realizzi l'effettiva assunzione stabile dei lavoratori (che è l'obiettivo principale della legge). Tra l'altro in questo caso si realizzerebbe quella situazione di possibile successione tra un triennio di rapporti a termine ed altri anni di contratto a tutele crescenti – poi risolto a costi contenuti –, che incentiverebbe ulteriormente la precarietà dell'occupazione.

L'unica soluzione sarebbe quella di introdurre la "condizionalità" dei benefici economici. Questi ultimi, infatti, dovrebbero essere subordinati all'assunzione del lavoratore, con la previsione di una penalizzazione - magari non integrale, come ad esempio la perdita soltanto di una parte degli sgravi - se non si procede alla definitiva assunzione a t. indeterminato. Nel testo del Disegno di Legge di Stabilità presentato dal Governo ed attualmente in discussione in Parlamento di tale "condizionalità" non vi è traccia. Vi è quindi il concreto rischio, se non vi saranno modifiche nel

---

<sup>1651</sup> Così anche Santoni, 2014, 102.

<sup>1652</sup> Su tali incentivi v. Anastasia, 2014, 1. ss., che ritiene plausibile la stima di nuovi assunti effettuata nella Legge di Stabilità (p. 2). L'autore rileva anche che, mediamente, l'importo medio dell'incentivo scenderà, sempre su base annua, a € 5000 per ogni assunzione (p. 2).

testo della legge, di un uso anomalo dell'istituto, senza che si realizzi l'obiettivo della trasformazione dei contratti a termine in rapporti di lavoro stabili ed anzi incrementando la precarietà complessiva nel mercato del lavoro<sup>1653</sup>.

## 6. Il riordino e la semplificazione delle tipologie contrattuali.

Il comma 7 dell'articolo 1 prevede l'introduzione di *"un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro"*. In tale ambito occorre *"individuare ed analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, al fine 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"* (comma 7, lettera a). Vi dovrebbe quindi essere sia il riordino strutturale (il testo unico), sia la riduzione dei contratti, con la possibilità di abrogare *"le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con le disposizioni del testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative"* (comma 7, lettera i)<sup>1654</sup>.

Nel suo Intervento al Senato, il Ministro Poletti, dopo aver ribadito l'intento di semplificazione, riduzione e modifica dei contratti, ha sostenuto che in particolare dovrebbero essere eliminate le "forme meno utili e più precarizzanti quali il contratto di collaborazione a progetto. Naturalmente questa azione, che va estesa a tutte le forme contrattuali, dovrà tenere conto delle diverse finalità di ogni forma contrattuale anche in relazione alle effettive opzioni alternative che la nuova disciplina renderà disponibili"<sup>1655</sup>.

È stata proposta una prima lettura di queste disposizioni della legge delega che autorizzerebbe una revisione globale di tutte le tipologie contrattuali senza alcuna distinzione. Con la conseguenza, ad esempio, che anche l'art. 2094 del codice civile potrebbe essere modificato e sono già in circolazione articolati, più o meno attendibili, che modificherebbero questa norma base del Diritto del Lavoro, introducendo una nuova definizione di lavoro subordinato ed inserendo anche la nozione di "dipendenza" economica nel lavoro autonomo, secondo una prospettiva da tempo proposta da Pietro Ichino<sup>1656</sup>.

In realtà non mi sembra che questa interpretazione sia possibile. La prima parte del comma 7, infatti, specifica con molta precisione che sia la semplificazione (con la predisposizione del testo unico), sia la revisione ed il riordino dei contratti devono essere effettuati *"allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali"*

<sup>1653</sup> Va ricordato, tra l'altro, che le esperienze già realizzate in materia di incentivi alla costituzione di rapporti di lavoro stabili (come ad esempio quelli introdotti nel 2012) dimostrano che, da un lato, le conversioni da rapporti precari in assunzioni a t. indeterminato si sarebbero realizzate, per oltre il 55%, indipendentemente dall'erogazione degli incentivi. Dall'altro sottolineano come l'incentivo funzioni meglio "quando non prevede un vincolo all'incremento della base occupazionale" (come ad esempio è stabilito nella recente legislazione sul "bonus giovani" regolato dal D.L. n. 76/2013) (Ciani, De Blasio, 2014, 3 - 4). Pertanto, se queste analisi sono corrette, l'Esecutivo otterrebbe il risultato di incentivare soprattutto assunzioni nell'ambito dei 36 mesi che poi non necessariamente si tradurrebbero nella stabilizzazione dei lavoratori.

<sup>1654</sup> Su questa parte della delega si veda Santoni, 2014, 98 ss.

<sup>1655</sup> Poletti, 2014, 4.

<sup>1656</sup> Ichino, 2000, 28 ss., 52 ss., 300 ss.

*esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva".* Dunque la revisione dovrebbe riguardare tutti i contratti che sono strettamente connessi all'accesso all'occupazione o alla flessibilità nel mercato del lavoro e non anche, ad esempio, l'art. 2094 del codice civile, la cui struttura generale non è direttamente connessa alle finalità individuate dalla delega. Le stesse conclusioni possono essere espresse per la pretesa, già espressa da Pietro Ichino, di sostituire l'intera legislazione del lavoro di fonte nazionale con un Codice semplificato, per il quale verrebbe riproposto il testo formulato da questo autore e da Michele Tiraboschi<sup>1657</sup>. Questo Codice, infatti, riguarda materie assai più ampie di quelle a cui fa riferimento il comma 7 dell'art. 1 della legge delega<sup>1658</sup>.

L'esigenza di procedere alla predisposizione di *"un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro"* è sicuramente apprezzabile. Non vi è dubbio che l'inserimento in un unico corpus normativo di varie discipline potrebbe facilitare la conoscibilità delle norme ed il loro accesso. Va detto peraltro che le tipologie contrattuali esistenti hanno regole molto complesse, la cui eliminazione potrebbe tradursi non in una semplificazione, ma in una vera e propria sottrazione di tutele. Non vi è dubbio infatti che abrogare disposizioni superflue o ripetizioni è una riforma molto complicata se ha l'obiettivo di mantenere immutato lo standard di protezione garantito ai lavoratori. Mentre, ovviamente, altra cosa è una semplificazione che comporta la riduzione di diritti derivanti da norme inderogabili di legge o del contratto collettivo. La questione è dunque molto delicata e tutto dipende da come questa revisione verrà realizzata.

L'eliminazione del contratto di lavoro a progetto, a cui ha fatto riferimento il Ministro del Lavoro e che ha trovato autorevoli consensi<sup>1659</sup>, in effetti è una proposta ragionevole. Questa tipologia contrattuale, per la mancanza di una precisa definizione della nozione di "progetto" e per una sua evidente utilizzazione in funzione elusiva del lavoro subordinato, ha determinato un consistente contenzioso ed è stata fonte di accese controversie teoriche. La riforma Fornero, con la previsione di vincoli più stringenti in sede di definizione del contratto, con la specificazione di sanzioni più precise in caso di uso scorretto dell'istituto e con l'ulteriore innalzamento della contribuzione previdenziale a carico delle parti aveva già determinato, dopo un anno dalla approvazione della L. 92/2012, un "forte ridimensionamento" di questa tipologia contrattuale<sup>1660</sup>, proseguito nel corso del 2013<sup>1661</sup>.

<sup>1657</sup> Il testo del Codice semplificato del lavoro, nella ultima edizione presentata il 19 marzo 2014, è reperibile in <http://www.pietroichino.it>. In senso conforme all'opinione espressa nel testo v. anche Scarpelli, 2014, 1 ss.

<sup>1658</sup> Basti pensare che, oltre alla definizione di imprenditore (e piccolo imprenditore), impresa ecc., sono regolati tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, dal patto di prova, all'età minima lavorativa, alla sicurezza e tutela della riservatezza, all'inquadramento professionale, al recesso del lavoratore, al licenziamento ecc.

<sup>1659</sup> Ichino, 2014b, 1, il quale rileva che "con la ormai prossima introduzione del contratto di lavoro a t. indeterminato a tutele crescenti è sensato abrogare il 'lavoro a progetto' come sottotipo delle co.co.co.". Santoni (2014, 103) ritiene che il lavoro a progetto potrebbe essere assorbito nel contratto a protezioni crescenti.

<sup>1660</sup> Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2014a, 38 (con una rilevazione riferita al periodo luglio 2012 – giugno 2013).

<sup>1661</sup> Le collaborazioni a progetto, nel 2013, sono state pari a 502.834 (Inps, 2014, p. 9). Un numero veramente esiguo e che fa giustizia, tra l'altro, dell'opinione – largamente diffusa qualche anno fa – del (presunto) enorme incremento del lavoro autonomo in conseguenza della "fuga" dalla eccessiva rigidità del lavoro subordinato.



Ovviamente l'eliminazione del lavoro a progetto pone delicati problemi in relazione alla opportunità di garantire la esistenza, tra lavoro subordinato ed autonomo, delle collaborazioni continuative e coordinate, che, in molti casi, rispecchiano esigenze oggettive di prestazioni fortemente integrate con una organizzazione produttiva e svolte in regime di autonomia. L'articolo 69 bis del d.lgs. 276/2003, dopo la riforma del 2012, ha sicuramente contribuito a scoraggiare la diffusione delle "false partite Iva" con un meccanismo presuntivo che aveva conseguenze assai pesanti. Infatti, in presenza delle condizioni ivi specificate, le prestazioni di lavoro autonomo si trasformavano in collaborazioni coordinate continuative senza progetto e, quindi, si convertivano nel rapporto di cui all'art. 2094 c.c. La questione deve essere oggi interamente rivista e si potrebbe stabilire che, quando vi sono i presupposti contenuti nell'articolo 69 bis, operi una presunzione di lavoro subordinato. Oppure, se si ritiene che si tratterebbe di una conseguenza eccessiva, creare una figura di "lavoro economicamente dipendente" a cui estendere alcune e non tutte le tutele del lavoro subordinato<sup>1662</sup>.

Nel testo approvato dal Parlamento è stato introdotto un emendamento che, pur se riferito al compenso orario minimo, può indicare la volontà del Parlamento di autorizzare il Governo ad eliminare non solo il lavoro a progetto ma tutti i rapporti di collaborazione continuativa e coordinata, rispetto ai quali si parla di un vero e proprio "*loro superamento*"<sup>1663</sup>. Questo intento può essere condiviso soltanto nell'ambito di una riforma complessiva che introduca l'istituto del lavoro economicamente dipendente, al cui interno i co.co.co. (dopo l'eliminazione del lavoro progetto) verrebbero assorbiti. Mentre, se si traducesse nell'eliminazione di tutte le collaborazioni continuative e coordinate rischierebbe di negare quelle esigenze di prestazioni di lavoro autonomo fortemente integrate con le imprese che, come si è già detto, costituiscono una caratteristica della nostra realtà produttiva. La riforma, in questo caso, avrebbe una sua radicalità che non sarebbe in linea con l'esigenza di ridimensionare i contratti per rendere più coerenti "*con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo*" che, al contrario e seppure in forma residuale (visto che non si tratta di forme contrattuali di grandissima diffusione), richiedono alcune tipologie di lavoro autonomo coordinato<sup>1664</sup>.

A parte questi aspetti, una revisione delle tipologie contrattuali in correlazione con le esigenze occupazionali e produttive nazionali ed internazionali è sicuramente utile e potrebbe consentire anche l'abrogazione di alcuni contratti di scarsa utilizzazione, come la somministrazione di lavoro

<sup>1662</sup> In coerenza con l'ipotesi prospettata da Ichino (2000, cit a nt. 64; 2014b, 2). Si vedano anche le osservazioni di Perulli, 1996, che già quasi venti anni fa rilevava come, nelle ipotesi in cui si manifesta l'esigenza della protezione di un lavoratore economicamente "debole", era opportuno estendere selettivamente a tale figura "tutele essenziali non giustificabili in astratto esclusivamente nell'ottica della subordinazione tradizionale" (227).

<sup>1663</sup> Il riferimento è alla lettera g) del comma 7 dell'articolo 1, che, dopo l'emendamento, ha il seguente tenore: "*introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato, nonché, fino al loro superamento* (n.d.r. mia sottolineatura), *ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa...*". Analoga previsione è stabilita dall'art. 1, c. 2, lettera b, n. 3, relativo all'estensione dell'ASpl ai co.co.co. Come si vede le disposizioni sono riferite a tutti i collaboratori continuativi e coordinati e non solo al lavoro a progetto che il Ministro Poletti, nel suo intervento al Senato, aveva dichiarato sarebbe stato eliminato.

<sup>1664</sup> Nella sua relazione alla Commissione Lavoro della Camera del 26.11.2014 (reperibile in <http://www.pietroichino.it>, 1.12.2014), P. Ichino, peraltro, sottolinea come le parole "*fino al loro superamento*" non implicheranno la abrogazione delle collaborazioni continuative e coordinate diverse dal lavoro a progetto (che sarà invece eliminato). L'intento, come indicato nel testo, è quello di inserire le co.co.co. nel riordino e nella semplificazione dei contratti di lavoro e nella ridefinizione dei confini dell'area del lavoro economicamente dipendente.

a tempo indeterminato o il *job sharing*, oppure ridurre od eliminare alcune distorsioni di altre tipologie contrattuali.

Dal punto di vista teorico, la delega potrebbe incidere anche sulla revisione della disciplina del contratto a tempo determinato o della somministrazione a termine, che sono istituti tipici della flessibilità del mercato del lavoro. Tuttavia sarebbe assai strano che il legislatore intervenisse nuovamente su norme recentemente riformate, anche se, nell'articolo 1 del Decreto Legge n. 34/2014, la liberalizzazione dei rapporti a termine veniva considerata come una regolazione transitoria per far fronte alla perdurante crisi occupazionale e nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato del lavoro e del contratto a t. indeterminato a protezione crescente. Pertanto, in base a quanto lo stesso legislatore ha previsto e nel momento in cui si decide di rielaborare in senso complessivo tutte le tipologie contrattuali connesse alla flessibilità, potrebbe avere senso rivedere anche il contratto a tempo determinato.

Tuttavia, il Governo ha chiaramente lasciato intendere che la liberalizzazione del rapporto a termine è finalizzata a migliorare i livelli occupazionali del paese. Mentre il contratto a tutele crescenti dovrebbe acquisire il valore di un ulteriore risorsa normativa a disposizione delle imprese per incrementare i posti di lavoro, lasciando agli imprenditori la scelta tra le due tipologie contrattuali alla luce di incentivi economici e normativi. In questo contesto sembra assai difficile ipotizzare un'ulteriore riforma del contratto a t. determinato, anche in considerazione della brevità del tempo trascorso dall'ultima innovazione legislativa in materia.

## 7. Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e l'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

L'articolo 1, comma 7, lettera c) della legge delega contempla la *“previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento”*. Il nuovo istituto è quello su cui si è maggiormente incentrata la discussione e la polemica politica per l'alto valore simbolico della ulteriore riforma, dopo quella del 2012, dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori e per la forte connotazione ideologica della materia, connessa alla correlazione tra incremento dell'occupazione e riduzione delle tutele nei licenziamenti<sup>1665</sup>.

La formulazione della disposizione approvata al Senato aveva un contenuto assai ampio e la dizione *“tutele crescenti”* avrebbe potuto essere letta come riferita non al solo licenziamento ma ad altri aspetti del rapporto di lavoro, come ad esempio la retribuzione, la sicurezza, l'orario di lavoro e così via. Anche in queste ipotesi, in sostanza, avrebbero potuto essere introdotte discipline diverse da quelle ordinarie e modulate in relazione alla anzianità di servizio. Il testo finale lascia invece chiaramente intendere che la graduazione delle tutele avverrà soltanto in relazione

<sup>1665</sup> Su questi aspetti rinvio *retro* al § 4. Sul punto si veda anche Garilli, 2014, 7 ss.

al recesso, in coerenza con il dibattito che si è svolto sul punto e con le stesse dichiarazioni rilasciate dal Ministro Poletti<sup>1666</sup>. L'Esecutivo, dunque, intende operare in coerenza con un preciso orientamento della Commissione Europea<sup>1667</sup> e di alcune opinioni della dottrina (Boeri – Garibaldi, Ichino) che avevano formulato proposte in tal senso<sup>1668</sup>.

La legge delega è assai chiara nello stabilire che la riforma riguarderà soltanto *“le nuove assunzioni”*, come si desume dal suo tenore letterale e dalle stesse dichiarazioni del Ministro del Lavoro al Senato, che tra l'altro collega gli incentivi economici a quelli normativi, per garantire al contratto maggiore *“attrattività”* per favorire nuove opportunità di occupazione<sup>1669</sup>. La disciplina dei licenziamenti, dunque, sarà caratterizzata dalle regole dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori oggi vigente (nel suo ambito di applicazione) e da una nuova normativa speciale, riferita soltanto ai contratti stipulati da una certa data in poi (definita dal d.lgs.).

La legislazione delegata non potrebbe mai occuparsi dell'art. 18 dello statuto in relazione ai contratti già in essere. Se operasse in tal modo vi sarebbe una chiara violazione dell'art. 76 della Costituzione. Infatti, la discrezionalità del legislatore *“può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente (ex plurimis, sentenze n. 119 del 2013, n. 272 del 2012, n. 293 del 2010 e n. 98 del 2008)”*. In alcune ipotesi, *“neppure il silenzio del legislatore delegante su specifico tema può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato (sentenza n. 134 del 2013), trattandosi in tal caso di verificare che le scelte di quest'ultimo non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega (sentenza n. 272 del 2012)”*<sup>1670</sup>. In relazione a questo aspetto specifico non vi è alcun dubbio che la *“ratio”* della delega e gli *“indirizzi generali”* espressi (introdurre regole per *“le nuove assunzioni”* al fine di *“rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro”* non consentono in alcun modo di incidere sulla disciplina della stabilità reale prevista per i lavoratori già occupati. Ne deriva che il *“silenzio”* sull'art. 18, se non impedisce di riformare il suo contenuto per i nuovi contratti, non permette in alcun modo di estendere la riforma anche a coloro che sono già dipendenti.

Tra l'altro, la legge delega non autorizza neanche la introduzione di norme di interpretazione autentica che cerchino di risolvere le incertezze applicative dell'attuale formulazione dell'art. 18 dopo la riforma Fornero, in coerenza con una tesi che sembra circolare in ambienti accademici e del Governo. Il comma 7 dell'art. 1, infatti, consente solo la abrogazione delle disposizioni che contrastano con *“il testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e diffi-*

<sup>1666</sup> Il Ministro ha infatti dichiarato che *“il Governo intende modificare il regime del reintegro così come previsto dall'art. 18, modificato dalla legge n. 92/2012, eliminandolo per i licenziamenti economici e sostituendolo con un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità”*.

<sup>1667</sup> V. *retro* § 2, testo e nt. 14.

<sup>1668</sup> Boeri, Garibaldi, 2008; Ichino, 2011, 126 – 127.

<sup>1669</sup> Inoltre, la prima parte del comma 7 espressamente rileva che le riforme – incluso il nuovo contratto a t. indeterminato – sono dirette a *“rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro”*. Il che ne limita l'ambito applicativo ai rapporti di lavoro non ancora esistenti.

<sup>1670</sup> C. cost. 13 marzo 2014, n. 47, in *DeJure*, 5. Per ulteriori sentenze della Corte costituzionale in materia (oltre a quelle già indicate nella decisione già citata) cfr. le Relazioni del Presidente della Corte Costituzionale del 27 febbraio 2014 (p. 220 ss.) e del 18 aprile 2013 (pp. 170 ss.) entrambi reperibili su <http://www.cortecostituzionale.it>

*coltà interpretative e applicative*" (lettera i). La interpretazione autentica, non è dunque contemplata, anche perché, in questo caso, non sarebbe riferita al riordino dei contratti, ma ad una diversa materia (i licenziamenti). In aggiunta, il legislatore, quando ha voluto prevedere la possibile emanazione di norme interpretative lo ha espressamente detto, come nel caso della *"semplificazione e razionalizzazione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro"* (comma 5). In questo caso, infatti, il comma 6 ha stabilito la possibile *"semplificazione, anche mediante norme di carattere interpretativo, o abrogazione delle norme interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali e amministrativi"* (lettera b). Una simile disposizione, nel comma relativo al contratto a tutele crescenti, non è prevista.

L'assetto legislativo che scaturirà dai decreti delegati avrà quindi un carattere "binario", con una disciplina dei licenziamenti per chi è già occupato e un'altra per chi ha appena stipulato un contratto di lavoro. Se le differenze tra i due regimi saranno particolarmente accentuate, si potrebbe porre un delicato problema di violazione del principio di eguaglianza ai sensi dell'art. 3 della Costituzione. La questione è molto complessa in linea generale, ed impossibile da risolvere, comunque, in assenza della esatta individuazione della normativa per i nuovi assunti (che è elemento essenziale ai fini della comparazione tra le due discipline giuridiche per il giudizio di costituzionalità). La differenza nei contenuti delle norme, come è noto, non contrasta con la Costituzione quando devono essere regolate situazioni differenti. Inoltre la diversità di discipline deve essere vagliata alla luce di un principio di ragionevolezza, ricordando che una disposizione difforme può essere censurata per carenza di giustificazione adeguata della distinzione normativa o per mancanza di proporzione rispetto all'obiettivo perseguito<sup>1671</sup>. Molto, dunque, dipenderà dal contenuto della normativa di dettaglio. Va detto, peraltro, che l'obiettivo di ridurre le tutele per incrementare l'occupazione non è di per sé tale da legittimare differenze eccessive od irrazionali. Tali principi dovranno dunque essere attentamente valutati dal legislatore delegato.

In relazione al contenuto del nuovo contratto a t. indeterminato, la delega, oggi meno generica rispetto alla formulazione originaria, lascia ampia margine di discrezionalità al Governo. La riforma, comunque, è senza alcun dubbio orientata a ridurre ulteriormente l'ambito di applicazione della reintegrazione e ad accentuare la tutela esclusivamente monetaria nel caso di licenziamento illegittimo. Si tratta di una scelta che, oltre a non essere coerente con la disciplina di molti paesi europei - dove la reintegra costituisce ancora uno strumento largamente diffuso anche per i licenziamenti ingiustificati<sup>1672</sup> -, si muove in una dimensione tipica dell'approccio di *law and economics* che consente la esatta predeterminazione del costo del recesso e, di fatto, esclude il controllo del giudice sulle ragioni organizzative che sono a fondamento del licenziamento. Ho già espresso critiche ad un'impostazione che "svalorizza" in modo sostanziale l'attività lavorativa e l'impresa quale luogo di realizzazione della persona alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale<sup>1673</sup>. Tuttavia mi sembra che questa tendenza sia ormai inarrestabile e foriera di sviluppi ulteriori, al momento non prevedibili.

<sup>1671</sup> Su tali aspetti v. anche Celotto, 2006, 65 ss., 70 – 71, 76 (a cui si rinvia per la indicazione della giurisprudenza costituzionale). Sul principio di eguaglianza e sul controllo delle leggi esercitabile in base all'art. 3 Cost. cfr. anche Perulli, Speciale, 2011, 28 ss. (con ulteriori citazioni di giurisprudenza costituzionale).

<sup>1672</sup> Si veda l'approfondito quadro comparato di analisi recentemente effettuato da Pedrazzoli, 2014, 3 ss.

<sup>1673</sup> Ho esaminato in modo molto dettagliato le questioni indicate nel testo in Speciale, 2013a, 316 ss.

La riforma che verrà introdotta è in parte diversa dalle ipotesi formulate dalla dottrina. Infatti, in alcune di esse, al periodo transitorio – durante il quale il lavoratore avrebbe potuto essere licenziato con un modesto “costo di separazione” – sarebbe seguito il regime ordinario del licenziamento previsto per tutti i lavoratori. Al contrario la legge delega è orientata ad introdurre una disciplina completamente diversa rispetto all’art. 18 dello statuto dei lavoratori vigente per i dipendenti già assunti, creando quella duplice regolamentazione di cui si è già parlato.

Le regole per i nuovi assunti dovrebbero essere le seguenti. La reintegrazione rimarrà per i licenziamenti discriminatori, probabilmente con l’applicazione della disciplina prevista dal comma 1 dell’art. 18. Per i licenziamenti disciplinari, la reintegra (presumibilmente con le stesse regole attualmente contenute nel comma 4 dell’art. 18) sarà conservata per *“specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato”*. Sembra dunque prefigurarsi una disciplina in cui vi sarà una tipizzazione delle varie ipotesi in cui dovrebbe essere possibile il recesso, superando quindi la tecnica della “insussistenza del fatto contestato”, attualmente prevista dall’art. 18<sup>1674</sup>. Nelle ipotesi diverse da quelle *“specifiche”* verrà previsto *“un indennizzo economico certo e crescente con l’anzianità di servizio”*. Infine, per i recessi economici, la reintegrazione sarà abolita e vi sarà soltanto il risarcimento del danno, con predeterminazione di erogazioni economiche esattamente individuate e incrementate sempre in relazione alla anzianità. Si è poi previsto che occorrerà stabilire *“tempi certi”* per l’impugnazione del licenziamento.

La formulazione della legge, le indicazioni fornite dal Ministro e scaturenti dal dibattito politico non consentono di precisare molti aspetti. Vi è totale indeterminatezza su quali dovrebbero essere *“le specifiche fattispecie”*, sulla entità dell’indennizzo nel periodo transitorio ed in quello di applicazione della disciplina ordinaria, se la nuova normativa verrà differenziata anche in relazione ad aspetti soggettivi (ad esempio l’età del lavoratore) o gli ambiti oggettivi (il numero dei dipendenti)<sup>1675</sup>. Tuttavia, alcune osservazioni possono essere fatte.

La nuova disciplina riguarderà i licenziamenti nulli e discriminatori, quello disciplinare ed i *“licenziamenti economici”*. Non sono contemplati i recessi per giustificato motivo oggettivo per inidoneità fisica o psichica del lavoratore o per superamento del periodo di comporto, attualmente regolati dall’art. 18, c. 7, prima parte, della L. n. 300/1970. Si tratta, infatti, di ipotesi di giustificato motivo oggettivo connesse a requisiti soggettivi del lavoratore e non alle ragioni economiche dell’impresa<sup>1676</sup>. Pertanto una regolazione su questa materia sarebbe totalmente estranea alla delega, che, sul punto, è chiarissima. E tale chiarezza, tra l’altro, è confermata dal dibattito pubblico e dagli stessi lavori parlamentari, che non hanno mai riguardato questi licenziamenti, senza che, quindi, possa attribuirsi al *“silenzio”* del legislatore delegante sul punto valore interpretativo.

<sup>1674</sup> La previsione di una casistica dettagliata delle ipotesi in cui si applica la tutela reale è auspicata da Santoni, 214, 108.

<sup>1675</sup> Santoni (2014, 131) rileva come, in base all’art. 6 della Direttiva 2000/78, l’applicazione del nuovo istituto al fine di favorire l’occupazione giovanile non costituirebbe una discriminazione per età, purché rispondesse ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

<sup>1676</sup> Su questi recessi mi permetto di rinviare a Speciale, 2013a, 337 ss.

Si tratterebbe, infatti, come si è già spiegato, di una normazione in contrasto con la “ratio” e gli “indirizzi generali” della legge delega<sup>1677</sup>.

A parte il licenziamento discriminatorio (e probabilmente anche quello nullo o per motivo illecito determinante), dove nulla dovrebbe cambiare, nel recesso disciplinare la tutela reintegratoria dovrebbe essere ridimensionata alle ipotesi più rilevanti di mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo indicate specificatamente dalla legge. Nel suo intervento al Senato, il Ministro Poletti aveva affermato che la reintegrazione sarebbe stata limitata ai recessi “ingiustificati particolarmente gravi”<sup>1678</sup>. Il testo approvato non fa riferimento alla “gravità” delle ipotesi. Tuttavia, alla luce del dibattito politico e parlamentare in atto, sarebbe strano che le “fattispecie” tipizzate non fossero riferite a situazioni particolarmente serie. In sostanza la reintegra dovrebbe essere comminata nei casi in cui l’assenza della giustificazione del recesso è più evidente. Si pensi alle situazioni in cui il fatto contestato al lavoratore sia particolarmente lieve (ad esempio un licenziamento per un ritardo di pochi minuti) o se l’azione/omissione attribuita al lavoratore sia del tutto mancante (viene contestato un furto o un grave danneggiamento di materiali o attrezzature che in realtà non sono stati mai compiuti).

La disciplina attuale prevede la reintegra nel caso di sanzioni conservative previste dai contratti collettivi. Si tratta di un criterio razionale, che valorizza il ruolo dell’autonomia collettiva, che, nei due anni dalla entrata in vigore della riforma, ha svolto una funzione positiva<sup>1679</sup>. Non sappiamo se la nuova normativa confermerà questa linea di tendenza e quali spazi saranno riservati ai contratti collettivi. La tipizzazione contenuta nella legge, infatti, non sarebbe in contrasto con un rinvio in positivo alle ipotesi di giusta causa o giustificato motivo previste dalla contrattazione collettiva o, in negativo, ai fatti per i quali i C.C.N.L. prevedono soltanto sanzioni conservative.

Nel dibattito pubblico successivo all’approvazione del testo alla Camera, poi confermato al Senato, sono proposte le ipotesi più diverse, tutte tese ad ampliare o ridurre l’ambito di applicazione della reintegrazione. Mi sembra che l’indicazione delle “specifiche fattispecie” impone in ogni caso una loro tipizzazione all’interno della nuova disciplina. Tuttavia il Governo avrà una discrezionalità molto ampia, con possibilità di adottare una casistica più o meno restrittiva e senza che, in concreto, sia possibile un qualsiasi controllo sul contenuto di una normativa così delicata. Tutto sarà rimesso, quindi, alle più o meno visibili forme di “pressione” esercitate da organizzazioni sindacali, associazioni imprenditoriali e così via, oltre che alle scelte operate in sede ministeriale, che spesso seguono logiche del tutto imprevedibili ed assai lontane da quelle dei partiti politici e degli esperti in materia.

<sup>1677</sup> In senso contrario si esprime P. Ichino nella sua relazione alla Commissione Lavoro della Camera del 26.11.2014 (reperibile in <http://www.pietroichino.it>, 1.12.2014), 4, secondo il quale la reintegra dovrebbe essere esclusa per tutti i licenziamenti non disciplinari, compresi quelli “temporaneamente inefficaci per mancato superamento del periodo di comportamento di malattia”. Tuttavia questa opinione mi sembra non tenga conto del tenore inequivocabile della legge delega e delle finalità da essa perseguite.

<sup>1678</sup> Le parole tra virgolette riportate nel testo e quelle successivamente indicate sono tratte (salvo diverse indicazioni) dall’intervento del Ministro al Senato in sede di approvazione della delega, reperibile nel sito on line di questo ramo del Parlamento.

<sup>1679</sup> Sul ruolo svolto dai contratti collettivi dopo la riforma Fornero mi permetto di rinviare a Speciale, 2013b, 24 ss., in particolare, 30 ss. Si veda anche Biasi, 2013, 1 ss. In generale, per un’analisi dei primi orientamenti giurisprudenziali in materia cfr. anche Giorgiantonio, 2014, 1 ss.

L'ammontare dell'indennità risarcitoria avrà valore determinate. La individuazione dell'entità del risarcimento del danno non è lasciata alla totale discrezionalità del legislatore. La materia dei licenziamenti, infatti, è regolata da fonti sovranazionali (art. 30 della Carta di Nizza; art. 24 della Carta Sociale Europea; Convenzione OIL n. 158/1982). Tali fonti non impongono la reintegrazione come "sanzione obbligata" in caso di recesso illegittimo e tale principio è stato ribadito anche dalla nostra Corte Costituzionale. Tuttavia l'indennizzo monetario, in coerenza con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea in materia di licenziamenti collettivi e discriminatori, oltre che di contratto a termine, deve essere "adeguato, effettivo e dissuasivo"<sup>1680</sup>, in modo da costituire "efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima"<sup>1681</sup>.

La previsione di un risarcimento molto basso in una fase prolungata successiva all'assunzione potrebbe essere in contrasto con i principi descritti, vanificando l'intento del legislatore che vorrà probabilmente garantire – per un lungo arco temporale – la possibilità di licenziare con il pagamento di una indennità risarcitoria ridotta. Il decreto delegato potrebbe garantire al lavoratore, in caso di licenziamento illegittimo, una somma non irrisoria nel periodo iniziale (ad es. 6 mesi di retribuzione nel primo anno, 8 nel secondo e 12 nel terzo), con applicazione, successivamente, da un minimo di 12 ad un massimo di 24 mensilità come oggi è previsto dalla riforma Fornero. In questo caso la normativa sarebbe coerente con la disciplina esistente in molti paesi europei e, probabilmente, non si porrebbe in contrasto con le fonti sopranazionali, anche alla luce di legislazioni già esistenti nella Unione<sup>1682</sup>.

La situazione sarebbe molto diversa se invece si adottassero le regole proprie della Spagna. In questo paese, nel caso di *despido improcedente* (identificato con un licenziamento non affetto da nullità ma da vizi di forma o assenza di prova delle ragioni giustificative), il datore di lavoro è tenuto al pagamento di una indennità risarcitoria pari a 33 giorni di retribuzione per anno lavorato sino ad un massimo di 24 mensilità<sup>1683</sup>. L'applicazione di questa disciplina in Italia comporterebbe che per un tempo assai lungo (ad esempio 10 anni), il recesso disciplinare non assistito da reintegra o quello economico potrebbe essere esercitato a costi molto contenuti per l'impresa<sup>1684</sup>. Ora, a parte i profili di compatibilità con le fonti sovranazionali (che mi sembra non sussistano in questo caso), saremmo in presenza di un radicale abbassamento delle tutele contro i licenziamenti con tutti gli effetti negativi in termini di fruibilità dei diritti fondamentali già analizzati<sup>1685</sup>.

Nel momento in cui si scrive, una delle ipotesi considerata tra le più plausibili è quella di riconoscere al lavoratore un risarcimento pari a un mese e mezzo di retribuzione per ogni anno di servizio con il limite massimo di 24 mesi (o di 36). Il datore di lavoro, inoltre, potrebbe offrire al lavoratore una mensilità retributiva per ogni anno di lavoro fino a un massimo di 24 (o di 18 mesi). Il lavoratore, accettando queste indennità - che dovrebbero essere esenti da oneri contributivi e

<sup>1680</sup> Orlandini, 2012, 639.

<sup>1681</sup> M.T. Carinci, 2012, 33. Sulle questioni indicate nel testo rinvio a Speciale, 2013a, 310 ss. (con ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza).

<sup>1682</sup> Per una recente approfondita valutazione comparata delle varie discipline oggi esistenti si veda Pedrazzoli, 2014, 3 ss. Rinvio anche a Speciale, 2013a, 315 – 316 (nt. 61 in particolare).

<sup>1683</sup> Pedrazzoli, 2014, 34.

<sup>1684</sup> Poco meno di un anno, nel caso di anzianità pari a 10 anni, sei mesi circa per una assunzione che dura da 5 anni.

<sup>1685</sup> V. *retro* la parte finale del § 4.

fiscali -, rinunciarebbe all'azione giudiziaria o arbitrale diretta a contestare la legittimità del recesso. Questa normativa, se attuata, determinerebbe quella situazione negativa di riduzione di tutele che si è già descritta e porrebbe – per un arco temporale assai lungo – il problema della inadeguatezza del risarcimento a svolgere la funzione di deterrenza ed effettività richiesta dalla giurisprudenza europea.

Inoltre, è evidente che l'esiguità del costo dei licenziamenti economici di fatto determinerebbe la riduzione drastica del recesso disciplinare che concretamente non sarebbe più comminato, soprattutto per evitare il rischio del reintegro. Questa situazione potrebbe determinare profili di incostituzionalità della disciplina nella misura in cui, di fatto, priverebbe il lavoratore della protezione in caso di recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Oppure l'incostituzionalità potrebbe essere rilevata sotto il diverso profilo dello squilibrio tra le due tutele, qualora le differenze nei contenuti delle discipline (reintegrazione in un caso, risarcimento ridotto nell'altro) fossero così accentuate da non essere giustificate dalla diversità, pur esistente, tra il licenziamento disciplinare e quello economico<sup>1686</sup>.

Il quadro delle fonti sovranazionali, comunque, non consente di introdurre un diritto di recesso del datore di lavoro sottratto al controllo giudiziale e in ogni caso soggetto ad un indennizzo economico, secondo la proposta di P. Ichino, recentemente ribadita per il licenziamento economico<sup>1687</sup>. Infatti, sia alla luce degli orientamenti della Corte Costituzionale, sia in base alle fonti sopra indicate, il recesso deve essere "causale" con possibilità per il lavoratore che ritiene di essere stato licenziato senza giustificazione di rivolgersi ad un giudice imparziale per valutare l'assenza o la presenza della ragione a fondamento del licenziamento<sup>1688</sup>.

Al contrario, non dovrebbe essere incompatibile con i principi indicati una normativa che prevedesse la possibilità per il lavoratore di optare per un'indennità inferiore a quella che otterrebbe in caso di accertamento della illegittimità del recesso in cambio della rinuncia ad impugnare il licenziamento<sup>1689</sup>. In questo caso, infatti, l'eliminazione del controllo giudiziale sarebbe frutto di una scelta del lavoratore molto simile a quella esercitata nell'ambito di una rinuncia o transazione. Anche se, ovviamente, occorrerebbe che la volontà del lavoratore fosse "assistita", secondo le modalità usuali previste dall'art. 2113 c.c., per evitare scelte non consapevoli dei diritti in gioco.

Un aspetto problematico è quello della disciplina dei licenziamenti collettivi. Nel testo della legge delega approvato al Senato non vi era alcun riferimento a questa materia. Tuttavia, nella versione finale si parla di esclusione "*per i licenziamenti economici*" della reintegrazione, con un indennizzo solo monetario. La formulazione della legge - che tra l'altro si riferisce al plurale ai recessi per ragioni economiche (e quindi sia a quello individuale, sia a quello collettivo) - potrebbe consentire

<sup>1686</sup> Le differenze tra i due tipi di recesso sono certamente esistenti ma non così ampie da giustificare distinzioni nelle discipline eccessivamente differenziate. Sul punto mi permetto di rinviare a Speziale, 2013a, 349 ss.

<sup>1687</sup> Ichino, 2012, 18 – 19.

<sup>1688</sup> Per l'analisi più approfondita di tale aspetto rinvio a Speziale, 2013a, 311.

<sup>1689</sup> Si tratta di una delle tante ipotesi in circolazione anticipate dalla stampa (Fubini, 2014) e considerata, come si è detto nel testo, tra quelle che più plausibilmente verranno introdotte.



l'estensione di questa disciplina anche ai licenziamenti regolati dalla legge 223/1991. Ne deriverebbe l'eliminazione della reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di violazione dei criteri di scelta, secondo quanto stabilito dall'articolo 5, comma 3, della legge<sup>1690</sup>.

Il testo della legge prevede anche di intervenire sul regime di decadenza del licenziamento, con la previsione di "tempi certi". Dopo la legge 183/2010 e l'ulteriore riforma introdotta dalla L. 92/2012, i termini di impugnazione stragiudiziale o dinanzi al giudice sono esattamente definiti (60 e 180 giorni). Non si vede, dunque, la necessità di intervenire ulteriormente sulla materia. Probabilmente l'intenzione è quella di ridurre ulteriormente il periodo di decadenza, penalizzando in misura maggiore il lavoratore ed allo scopo di rendere più problematico l'accesso alla tutela giurisdizionale.

La riforma dei licenziamenti nel contratto a tutele crescenti è diretta, secondo il Ministro del lavoro, anche ad escludere gli elementi di incertezza ed a limitare la discrezionalità del giudice in questa materia. Si tratta di un obiettivo sicuramente condivisibile. Le modifiche del 2012, oltre ad aver peggiorato il livello di tutela del lavoratore, hanno introdotto una formulazione dell'art. 18 certamente non immune da critiche e tale da consentire letture anche molto diverse della norma, con conseguente incremento del potere di interpretazione del magistrato<sup>1691</sup>. Indubbiamente, la previsione dell'indennizzo economico per il licenziamento ingiustificato ridurrà il grado di incertezza, che permarrà soltanto per la definizione dell'ammontare del risarcimento. E lo stesso potrà accadere per il recesso disciplinare, nella misura in cui si evitino formule come quella utilizzata nella L. 92/2012 e si proceda ad una migliore tipizzazione delle ipotesi nelle quali vi è la reintegra (magari con rinvio alla autonomia collettiva). Va detto, peraltro, che questo obiettivo non richiedeva necessariamente il peggioramento della tutela del lavoratore e poteva essere perseguito semplicemente con una migliore definizione normativa delle fattispecie nelle quali il recesso ingiustificato imponeva la reintegrazione. Il Governo, invece, persegue una strada diversa, dove la semplificazione del sistema passa per la limitazione di diritti fondamentali.

## 8. Le mansioni.

L'art. 1, comma 7, lettera e), prevede la *"revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento; previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera"*.

<sup>1690</sup> Non credo che il legislatore delegato voglia modificare anche il regime sanzionatorio previsto per il licenziamento collettivo privo di forma scritta (oggi disciplinato dal comma 1 dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori), anche se la formulazione della delega non escluderebbe questa possibilità. Se così facesse, peraltro, si porrebbe un problema di compatibilità - sotto il profilo del principio di uguaglianza - tra la diversa disciplina prevista per i recessi individuali e collettivi.

<sup>1691</sup> In tal senso anche Santoni, 2014, 107.

La delega, dunque, prefigura una possibile dequalificazione del lavoratore in situazioni particolari, con una ipotesi normativa derogatoria dell'art. 2103 c.c., che si affianca alle varie norme già esistenti che consentono di adibire a mansioni diverse, anche inferiori (lavoratrice madre, inabilità sopravvenuta, motivi sanitari, alternativa al licenziamento collettivo)<sup>1692</sup>. D'altra parte la giurisprudenza si è da tempo consolidata nell'ammettere la dequalificazione quando sia finalizzata ad evitare il licenziamento per ragioni economiche, in una dimensione dove la tutela del posto di lavoro prevale su quella della professionalità, nonostante la nullità del patto modificativo *in pejus* delle mansioni. Ed analoghe considerazioni posso essere estese a casi in cui i mutamenti peggiorativi delle mansioni per periodi transitori sono giustificati da esigenze aziendali improrogabili, legittimate in base ai principi di correttezza e buona fede<sup>1693</sup>.

In considerazione della genericità, anche in questo caso, della disposizione, la nuova fattispecie potrebbe avere contenuti diversi. Una prima ipotesi è quella che, a fronte di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale tali da imporre il licenziamento, il lavoratore possa essere dequalificato. Infatti le modifiche organizzative descritte potrebbero incidere sui posti di lavoro in organico, imponendone la riduzione. In questo caso vi sarebbe semplicemente la formalizzazione legislativa di una giurisprudenza ormai così consolidata da costituire un vero e proprio "diritto vivente". L'effetto innovativo della nuova disposizione, quindi, sarebbe molto limitato.

Una ipotesi alternativa è quella di introdurre uno *jus variandi* peggiorativo a fronte di processi organizzativi che non necessariamente determinino eccedenze di personale. In questa situazione la dequalificazione sarebbe piuttosto un adattamento necessario alle nuove caratteristiche della struttura produttiva conseguente alla ristrutturazione, senza che sia in gioco il posto di lavoro. Si tratterebbe dunque di un ampliamento delle prerogative manageriali a detrimento della tutela della professionalità.

La delega, pur consentendo queste diverse opzioni, impone peraltro alcuni limiti. Innanzitutto, il demansionamento dovrebbe essere effettuato in base a parametri oggettivi, come ad esempio la modifica dell'organizzazione del lavoro per il raggiungimento di un maggiore livello di efficienza, l'introduzione di nuove tecnologie, il mutamento dell'oggetto della produzione e così via. Le norme di attuazione non potrebbero, quindi, attribuire un potere generico di dequalificazione ma dovrebbero indicare le condizioni produttive in cui la variazione peggiorativa delle mansioni può essere realizzata.

Inoltre, è necessario il contemperamento fra gli interessi dell'impresa e gli interessi del lavoratore dove un preciso valore viene attribuito anche alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche del lavoratore. Pertanto il demansionamento deve essere contenuto entro certi limiti - come ad esempio la riduzione di un livello previsto dal C.C.N.L. - senza poter operare un vero e proprio stravolgimento delle condizioni di lavoro del dipendente o una notevole riduzione del trattamento economico.

La legge attribuisce alla contrattazione collettiva nazionale, aziendale o territoriale un forte potere integrativo, con l'aggiunta di *"ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente"*

---

<sup>1692</sup> Santoni, 2014, 113.

<sup>1693</sup> Santoni, 2014, 113.

*lettera*". L'integrazione, ovviamente, potrà avvenire soltanto per i casi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale e non per situazioni diverse, come dimostra il riferimento alla disciplina contenuta nel comma 7 lettera e). La formulazione del testo sembra prospettare una vera e propria "delega in bianco" ai contratti collettivi. In verità, l'autonomia collettiva dovrà sempre operare nell'ambito dei limiti previsti dalla legge (parametri oggettivi, temperamento dell'interesse dell'impresa e del lavoratore alla tutela del posto, della professionalità ecc.). Per quanto riguarda i contratti collettivi aziendali, dove particolarmente debole potrebbe essere la "forza di resistenza" del sindacato di fronte alle richieste imprenditoriali, si introduce una ipotesi "speciale" che dovrebbe costituire una deroga alla disciplina generale di competenza normativa introdotta dall'art. 8 della L. 148/2011. Pertanto l'autonomia collettiva, in relazione a questa materia, potrà agire anche in assenza dei presupposti normativi ("vincoli di scopo", efficacia soggettiva ecc.) previsti dalla disposizione del 2011) e fermo restando, ovviamente, il rispetto - oltre che dei contenuti della delega - anche dei limiti imposti dalla costituzione e dalle altre fonti sovraordinate alla legge<sup>1694</sup>.

## 9. I controlli a distanza.

L'art. 1, comma 7, lettera f), regola la *"revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e temperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e riservatezza del lavoratore"*.

L'art. 4 dello statuto dei lavoratori, emanato in un contesto tecnologico completamente diverso (e diretto a regolare essenzialmente l'utilizzazione delle video camere a circuito chiuso), potrebbe essere considerata come una delle norme più obsolete, in considerazione dei grandi cambiamenti nelle tecnologie, particolarmente per quanto attiene a quelle informatiche e di controllo ambientale. Tuttavia, dottrina e giurisprudenza, insieme alla *Authority* sulla *privacy*, hanno di fatto adeguato la disposizione alle nuove realtà, individuando una serie di regole che sicuramente hanno consentito alla norma di resistere alle novità<sup>1695</sup>. In verità le innovazioni hanno arricchito in modo enorme le possibilità di controllo del lavoratore (tramite personal computers, Internet, reti informatiche aziendali, posta elettronica, telefoni cellulari, sistemi di monitoraggio e guida satellitare GPS, dati biometrici, ecc.), ma lasciano del tutto immutata la questione della legittimità o meno delle forme di verifica "occulta" sulla attività del lavoratore, che, come è noto, l'art. 4 della L. 300/1970 vieta.

La delega, con la previsione che la revisione dovrebbe riguardare soltanto i controlli *"sugli impianti e strumenti di lavoro"*, sembra volere confermare il primo comma dell'art. 4, con il divieto delle apparecchiature che hanno la esclusiva finalità di consentire la verifica a distanza della persona e della sua attività lavorativa. In questo caso la riforma, pur potendo introdurre modifiche anche di rilievo, non potrà porre in discussione la illegittimità del controllo tecnologico che non sia motivato da esigenze organizzative, produttive o di sicurezza del lavoro. D'altra parte, rispetto

<sup>1694</sup> Si è detto che "la delega sembra quindi confermare la cedevolezza del divieto di variazioni peggiorative delle mansioni in presenza di beni garantiti a livello prioritario rispetto alla professionalità, come la salvaguardia dell'occupazione, alla stregua di una sorta di 'giustificato motivo di deroga' di carattere generale idoneo a spalancare le porte al declino della norma inderogabile" (Santoni, 2014, 114).

<sup>1695</sup> In tal senso anche Santoni, 2014, 114 ss. (a cui si rinvia per l'analisi della evoluzione della materia).

al 1970, se è vero che sono mutate in modo radicale le tecnologie, è anche cambiato l'intero assetto giuridico a tutela della riservatezza dell'individuo, con un principio generale – l'utilizzazione di dati solo con il consenso dell'interessato e salvo casi specifici e tassativi – che renderebbe certamente illegittima una normativa che pretendesse di prescindere dalla *"tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore"* (come previsto dalla lettera f del comma 7).

La riforma, peraltro, consentirà di adeguare l'art. 4 a tutte le nuove tecnologie (come quelle indicate in precedenza), permettendo che questi strumenti siano utilizzati per soddisfare *"esigenze produttive ed organizzative"*, tra cui dovrebbero essere ricomprese anche quelle connesse alla sicurezza sul lavoro, incredibilmente non contemplate dalla disposizione. Non mi sembra, infatti, che la sicurezza possa essere ricondotta alla *"dignità ed alla riservatezza"*, che sono *"beni"* completamente diversi. Con qualche sforzo interpretativo, peraltro, la protezione della salute dovrebbe poter essere inclusa nelle necessità proprie della struttura produttiva, visto che il d.lgs. 81/2008 (e le normative ulteriori in materia) sono parte integrante della organizzazione d'impresa, che deve necessariamente conformarsi a quanto previsto da questa legislazione. In sostanza, le *"esigenze produttive ed organizzative"* non possono essere soddisfatte a prescindere dalla sicurezza, perché l'apparato legislativo non permette di realizzare e gestire una impresa che non sia *"sicura"* per i dipendenti.

Un'ulteriore questione che si pone è il ruolo attribuito alle organizzazioni sindacali, che non sono contemplate nella disposizione della legge delega. Si è già detto, in considerazione dell'evoluzione degli strumenti tecnologici (pc, Internet, telefoni cellulari ecc.), che *"non avrebbe alcun senso che la loro utilizzazione venisse assoggettata ad una autorizzazione preventiva delle organizzazioni sindacali"*, anche se sarebbe sempre necessaria l'introduzione di regole *"di trasparenza e correttezza"* a protezione dei lavoratori e per evitare *"il rischio di controlli che esorbitino dalle normali esigenze dell'organizzazione produttiva"*<sup>1696</sup>. In verità questo autore, nel proprio Codice semplificato del lavoro elaborato con Tiraboschi e presentato nel 2014<sup>1697</sup>, ha espresso l'opinione contraria ritenendo che il consenso della rsa fosse necessario anche per *"l'installazione (e) l'uso di programmi informatici che rispondono alle esigenze inerenti alla produzione o alla sicurezza delle persone e dei beni, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori in tempo reale"*<sup>1698</sup>.

A me sembra che il controllo sindacale sia, come lo stesso Ichino ha ritenuto (salvo poi... dire il contrario), ancora un essenziale presupposto per evitare possibili abusi nei confronti dei lavoratori. Anzi, poiché le nuove tecnologie consentono forme di controllo dirette e indirette enormemente superiori a quelli di un tempo e con un livello di *"inconsapevolezza"* del lavoratore molto più accentuato, la necessità del sindacato per limitare usi non corretti di queste apparecchiature è ancora più importante che in passato.

Tuttavia si potrebbe obiettare che nella lettera f) del comma 7 manca qualsiasi riferimento alle organizzazioni sindacali, con esclusione, quindi, della possibilità, per il legislatore delegato, di

<sup>1696</sup> Ichino, 2014c, 1.

<sup>1697</sup> V. *retro* testo e nota 65.

<sup>1698</sup> Art. 2115 del Codice semplificato cit. a nt. 65.

coinvolgerle nella normativa di dettaglio. Il problema forse può essere superato in base al principio, espresso dalla Corte Costituzionale, secondo il quale anche il "silenzio" del legislatore delegante non impedisce al Governo di legiferare purché le sue scelte "non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega"<sup>1699</sup>. Infatti, la finalità della tutela della dignità e riservatezza del lavoratore può consentire di regolare la materia attribuendo al sindacato il medesimo ruolo oggi svolto in base all'articolo 4 dello statuto dei lavoratori. Il controllo della rsa o della rsu sarebbe giustificato proprio per garantire la protezione di beni fondamentali che attengono alla persona del lavoratore, venendo quindi ad assumere un ruolo strumentale al raggiungimento dei fini perseguiti da questa disposizione della legge delega.

La formulazione del comma 7 lettera f) è molto ampia, perché consente una "*revisione*" della disciplina "*tenendo conto dell'evoluzione tecnologica*". Dunque la riforma può non essere limitata ad adeguare la normativa alle nuove tecnologie, ma può riguardare tutta la regolazione dei controlli a distanza, anche se devono essere rispettati i limiti sopra descritti. Si è già detto che sono oggi possibili controlli impensabili quaranta anni fa, con i quali, senza che il lavoratore sia consapevole, è possibile verificare, in tempo reale, cosa stia facendo, analizzando in modo occulto, secondo per secondo, la sua attività. Vi sono infatti *software* che permettono di monitorare le prestazioni lavorative a totale insaputa del dipendente, con possibilità addirittura di interagire con il lavoratore, inserendosi on line nella attività che sta svolgendo. Inoltre possono essere immagazzinati e conservati tutti i dati connessi al lavoro, con esatta individuazione dei tempi e dei modi di esecuzione della prestazione. È possibile inoltre rilevare, tramite altre apparecchiature, gli spostamenti sul territorio, le comunicazioni interne ed esterne con posta elettronica o altri sistemi di trasmissione. In definitiva il datore di lavoro ha strumenti di controllo a distanza molto estesi e di estrema precisione che, rispetto al 1970, aumentano in modo rilevante il grado di pervasività delle verifiche sulla attività lavorativa.

In questo ambito, il legislatore delegato non potrà certamente fare a meno di considerare le dettagliate prescrizioni imposte dal Garante per la protezione dei dati personali in tema di utilizzo della posta elettronica e della rete Internet<sup>1700</sup> e dei vari provvedimenti emessi per regolare molti casi concreti<sup>1701</sup>. È vero che queste previsioni sono state elaborate in relazione all'art. 4 dello statuto dei lavoratori tuttora vigente e che, quindi, a fronte della delega e delle sue vaste possibilità di modifica, si potrebbe ritenere che esse siano superate. In realtà la lettura delle linee guida rivela come esse siano basate, oltre che sull'art. 4, anche su ulteriori fonti normative quali il Testo Unico sulla *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), la Costituzione e la giurisprudenza della Corte costituzionale. Pertanto sarà difficile che il Governo possa prescindere da tali prescrizioni, particolarmente quando vietano determinati controlli.

Tra i divieti, ad esempio, rientrano l'utilizzazione di sistemi hardware e software che consentano "*(la) lettura e (la) registrazione sistematica dei messaggi di posta elettronica ovvero dei relativi*

<sup>1699</sup> Si rinvia alle sentenze della Corte indicate nella precedente nt. 78.

<sup>1700</sup> Si rinvia, in tale ambito alla Deliberazione dell'1 marzo 2007 n. 13 (Linee guida del Garante per posta elettronica ed Internet nel rapporto di lavoro), pubblicata nel Bollettino n. 81/marzo 2007.

<sup>1701</sup> Si vedano, a titolo di esempio, i provvedimenti del 18 ottobre 2012 n. 307, del 17 gennaio 2013 n. 16 e del 9 ottobre 2014 n. 448, tutti reperibili nel registro dei provvedimenti in <http://www.garanteprivacy.it>.

*dati esteriori, al di là di quanto tecnicamente necessario per svolgere il servizio e-mail”; “(la) riproduzione ed eventuale memorizzazione sistematica delle pagine web visualizzate dal lavoratore”; “(la) analisi occulta di computer portatili affidati in uso”.* In altre ipotesi le verifiche giustificate da esigenze produttive ed organizzative (ad esempio per rilevare anomalie o per manutenzioni) o per la sicurezza sul lavoro (i c.d. controlli preterintenzionali) potranno essere effettuati soltanto a determinate condizioni, tassativamente specificate<sup>1702</sup>. Mentre, in base alla disciplina attuale – che, peraltro, come si è già spiegato non potrebbe che essere confermata in considerazione del divieto di controlli a distanza preordinati esclusivamente a tale finalità – non possono essere effettuate *“riprese al fine di verificare l’osservanza dei doveri di diligenza stabiliti nel rispetto dell’orario di lavoro e la correttezza nella esecuzione della prestazione lavorativa...”*<sup>1703</sup>.

Il legislatore delegato, tra l’altro, dovrebbe specificare le modalità di memorizzazione ed uso dei dati, la loro cancellazione automatica e periodica dopo un determinato periodo di tempo (a meno che non vi siano esigenze produttive, organizzative o di sicurezza del lavoro che ne giustifichino la conservazione), i limiti entro cui effettuare test psicoreattivi o indagini motivazionali e così via, coinvolgendo le organizzazioni sindacali ed imponendo la loro preventiva autorizzazione.

Un aspetto particolarmente delicato è quello dei cosiddetti “controlli difensivi”, finalizzati alla protezione dei beni aziendali ed alla verifica e prevenzione di atti illeciti posti in essere dai dipendenti. La delega è espressamente riferita alla *“disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro”*. Il legislatore delegato non potrà quindi occuparsi delle verifiche effettuate tramite agenzie investigative sulla esattezza dell’adempimento o sulla effettiva sussistenza della malattia (che sono ormai abitualmente usate dalle aziende e sulle quali si è più volte espressa la giurisprudenza, non sempre con orientamenti uniformi), perché si tratta di controlli estranei agli apparati produttivi dell’azienda<sup>1704</sup>.

La questione è molto più complessa per le apparecchiature informatiche e telefoniche che, anche se usate con finalità difensive (per accertare abusi da parte dei dipendenti), comportano la possibilità di controlli occulti a distanza che incidono su diritti fondamentali dei lavoratori (tutela della riservatezza delle comunicazioni in generale ed in rapporto a dati sensibili; controlli sugli spostamenti in un determinato territorio o sulle persone incontrate ecc.). Da questo punto di vista la giurisprudenza è oscillante. Vi sono infatti decisioni secondo le quali i “controlli difensivi” effettuati con le tecnologie descritte, quando sono diretti ad accertare l’esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali e non la tutela di beni estranei al rapporto di lavoro, devono essere soggetti alle garanzie sostanziali e procedurali imposte dall’art. 4, comma 2, della L. 300/1970<sup>1705</sup>. Altre sentenze ritengono, invece, che le verifiche sulle strutture informatiche aziendali (ad es. la posta elettronica), se non sono finalizzate alla sorveglianza sulla attività lavorativa ma sono dirette

<sup>1702</sup> Si veda la Deliberazione n. 13/2007, § 5.

<sup>1703</sup> Provvedimento del Garante 17 gennaio 2013, n. 16, in <http://www.garanteprivacy.it>, 2 (con ulteriore indicazione di altre decisioni analoghe).

<sup>1704</sup> Può rientrare, invece, nella delega, il controllo sul computer portatile di proprietà del datore di lavoro ed affidato al lavoratore che opera fuori della struttura aziendale, perché si tratterebbe di una verifica *“sugli strumenti di lavoro”*. In questo caso, peraltro, dovrebbero essere rispettati i limiti e le cautele già analizzate.

<sup>1705</sup> Si vedano, ad esempio, Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375; Cass. 1 ottobre 2012, n. 16662. La prima è riferita alla utilizzazione della posta elettronica e la seconda al rilevamento delle telefonate con un particolare *software*.

a controllare la effettuazione di comportamenti illeciti, non sono soggette alle regole della norma dello statuto dei lavoratori<sup>1706</sup>.

Il problema esaminato è di difficile soluzione. Non vi è dubbio che il controllo sul contenuto della prestazione lavorativa - che, oltre ad essere espressione del potere direttivo, è una proiezione dell'interesse creditorio all'esatto adempimento - e l'uso delle apparecchiature per evitare la commissione di atti illeciti sono prerogative del datore di lavoro sicuramente meritevoli di tutela. Esse, tra l'altro, sono certamente riconducibili alle "*esigenze produttive ed organizzative*" dell'impresa. Tali esigenze, peraltro, devono essere bilanciate con il divieto di verifiche occulte, che ledono il diritto alla dignità ed alla riservatezza della persona. E non vi è dubbio che le nuove tecnologie, consentendo in tempo reale un controllo non palese sul lavoro svolto, sono sempre potenzialmente in grado di ledere i beni tutelati dall'articolo 4 dello statuto dei lavoratori e dalla stessa normativa che dovrà riformare la materia.

La soluzione potrebbe essere trovata, oltre che nel rispetto delle prescrizioni della *Authority* in materia già descritte, nell'effettuare la verifica sul contenuto dell'attività lavorativa svolta per mezzo di apparecchiature ad alto contenuto tecnologico con il consenso del lavoratore e sanzionando disciplinarmente il rifiuto a permettere il controllo. Oppure con la previsione di un particolare procedimento giudiziario o amministrativo che, tramite il coinvolgimento di un soggetto terzo imparziale, autorizzi ad accedere ai dati ed alle apparecchiature affidate al lavoratore per sottoporre a verifica le sue prestazioni.

Al momento non è possibile sapere se i decreti delegati disciplineranno anche questi aspetti.

## 10. Il salario minimo.

La lettera g) del comma 7 dell'art. 1 prevede la "*introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato nonché, fino al loro superamento, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*".

L'Italia è uno dei pochi paesi europei a non avere una legge sul salario minimo, insieme a Svezia, Finlandia, Danimarca, Austria e Cipro<sup>1707</sup>. Nell'Unione Europea il contesto giuridico ed economico è caratterizzato da fenomeni specifici, quali il decentramento della contrattazione collettiva a livello aziendale e la riduzione dei salari garantiti dei contratti nazionali<sup>1708</sup>. Inoltre, le indicazioni europee in materia sono ispirate ai principi di austerità retributiva, auspicando il "*congelamento*

<sup>1706</sup> Cfr. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722.

<sup>1707</sup> Magnani, 2014b, 2; Boeri, Lucifora, 2014, 1. Su tali aspetti si veda soprattutto S. Leonardi, 2014, 188 ss.

<sup>1708</sup> Magnani, 2014b, 2 ss.; Guarriello, 2014, 2; Bavaro, 2014, 1 ss.

o *taglio* ai salari minimi" e la "deindicizzazione degli stessi"<sup>1709</sup>. Il tutto in un ambito nel quale la retribuzione è considerata un "fattore di competitività dei costi" e non come prefigura l'ILO un "fondamentale *labour standard*", tale da rafforzare "l'uguaglianza retributiva e favorire l'inclusione sociale"<sup>1710</sup>.

La mancanza di una legge sul salario minimo nel nostro paese è connessa alla funzione svolta dalla giurisprudenza, che sin dagli anni '50, con una interpretazione dell'art. 36 Cost. quale disposizione immediatamente precettiva, ha stabilito che la retribuzione sufficiente deve essere identificata con i minimi salariali previsti dai contratti collettivi nazionali dei vari settori produttivi<sup>1711</sup>, creando, in questo modo, "un equivalente funzionale del salario minimo legale proprio di altri ordinamenti"<sup>1712</sup>. La stessa giurisprudenza, come è noto, ha previsto deroghe a questa regola, consentendo al giudice, con adeguata motivazione, di discostarsi dalle disposizioni dei C.C.N.L. in relazione a condizioni locali del mercato del lavoro e del costo della vita, alle retribuzioni praticate nella zona, alle dimensioni delle imprese o al suo carattere artigianale o "per conto terzi"<sup>1713</sup>. E si è rilevato, anche in questo caso, come sia in corso, negli ultimi anni, "un 'trend ribassista'"<sup>1714</sup>, legato all'opera "correttiva" della giurisprudenza.

La mancanza di una legge sul salario minimo non ha però impedito la generale estensione dei livelli retributivi dei contratti collettivi nazionali. I minimi salariali, infatti, sono applicati all'80% dei lavoratori dipendenti, mentre il 20% di quelli esclusi costituisce una media, con "picchi di oltre il 40% in agricoltura, 30% delle costruzioni, oltre il 20% delle attività artistiche, di intrattenimento e nei servizi di hotel e ristorazione"<sup>1715</sup>. Inoltre, anche per l'effetto della crisi è presente un 16% di lavoratori dipendenti qualificati come *working poor*<sup>1716</sup>.

Si è osservato che in Italia vi sono già alcune forme di salario minimo previste in forma diretta o indiretta, come nel caso del socio lavoratore (art. 3 L. 141/2001), dell'equo compenso dei giornalisti (L. n. 233/2012) o dei collaboratori a progetto (v. *infra*) e dei lavoratori in distacco<sup>1717</sup>. Tuttavia in queste ipotesi non vi è la predeterminazione esatta di un compenso orario, come previsto da

<sup>1709</sup> Guarriello, 2014, 1, che sottolinea come queste regole non sono imposte soltanto ai paesi in evidente crisi finanziaria sottoposti alle regole enunciate dalla Troika nei *Memoranda of Understandings*, ma anche a tutti gli altri Stati "attraverso le CSRs utilizzate dalla Commissione nel quadro del semestre europeo".

<sup>1710</sup> Guarriello, 2014, 2.

<sup>1711</sup> Su tale aspetto si rinvia, per tutti, a Treu, 1979, 77 ss. e, in tempi più recenti, a G. Ricci, 2012; S. Leonardi, 2014, 190, 204 – 205; Magnani, 2014b, 5 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche), Guarriello, 2014, 1; Santoni, 2014, 111.

<sup>1712</sup> S. Leonardi, 2014, 205.

<sup>1713</sup> Si vedano gli a. citati nella nota 119.

<sup>1714</sup> Guarriello, 2014, 2. In tal senso anche S. Leonardi, 2014, 208; G. Ricci, 2012.

<sup>1715</sup> Guarriello, 2014, 3, con indicazione di ulteriori riferimenti bibliografici. Si vedano anche Boeri, Lucifora, 2014 1- 2; S. Leonardi, 2014, 195 ss., 205, 206.

<sup>1716</sup> Guarriello, 2014, 3, con riferimento ai lavoratori poco istruiti o scarsamente qualificati, ai giovani, alle donne, ai part timers, ai lavoratori a termine occupati in agricoltura e nei servizi, nel mezzogiorno o in piccole imprese. S. Leonardi (2014, 195 ss.), tuttavia, individua i *working poor* in una percentuale del 12,4%. Boeri, Lucifora (2014, 2) rilevano come "circa il 13 per cento dei lavoratori risulta avere un salario orario lordo inferiore al minimo contrattuale e rilevante per il settore di appartenenza, con punte superiori al 30 per cento nelle costruzioni e in agricoltura".

<sup>1717</sup> Santoni, 2014, 112; Magnani, 2014b, 8 ss.; Guarriello, 2014, 2.



tutte le normative europee, ma solo il rinvio ai minimi salariali dei contratti collettivi per i lavoratori equiparabili dal punto di vista delle prestazioni svolte. In questo caso, dunque, il meccanismo è parzialmente diverso, perché richiede un giudizio di comparazione dell'attività lavorativa che lascia margini di discrezionalità, del tutto assenti nel caso in cui il compenso orario è predeterminato in cifra fissa dalla legge.

Le organizzazioni sindacali sono fortemente contrarie ad una legge sul salario minimo per varie ragioni tutte comprensibili. La normativa sul compenso orario molto difficilmente potrebbe recepire i minimi retributivi previsti dai contratti collettivi<sup>1718</sup>. Questo recepimento, se effettuato con la determinazione della retribuzione e senza automatico rinvio ai contratti, non porrebbe comunque problemi di costituzionalità, sia perché, secondo la Corte, non esiste una riserva normativa in materia da parte delle OO.SS.<sup>1719</sup>, sia perché non vi sarebbe un'estensione generalizzata dell'autonomia collettiva in violazione dell'art. 39 Cost., bensì un'autonoma determinazione del salario da parte dello Stato, che utilizzerebbe i C.C.N.L. soltanto come parametro. Tuttavia, le retribuzioni previste dai contratti collettivi sono mediamente superiori a quelle che, nelle varie realtà europee, caratterizzano il compenso minimo<sup>1720</sup>. Pertanto, con quasi certezza, i compensi orari sarebbero inferiori a quelli contrattuali, penalizzando i lavoratori. Infatti, a fronte di una disciplina legislativa come quella indicata ed al meccanismo di estensione ai sensi dell'art. 36 Cost. utilizzato dalla giurisprudenza, è plausibile ritenere che il nuovo "salario sufficiente" verrebbe identificato in quello legale, riducendo quindi le somme rivendicabili da coloro che non hanno l'applicazione diretta del C.C.N.L.<sup>1721</sup>.

Oltre a danneggiare i lavoratori, la normativa sul salario minimo avrebbe un forte effetto di depotenziamento della contrattazione collettiva. L'ampia utilizzazione dei C.C.N.L. – che riguardano, come si è visto, l'80% dei lavoratori – è conseguenza della estensione generalizzata dei minimi salariali da parte della giurisprudenza. Oggi, infatti, le imprese applicano spontaneamente il contratto collettivo anche se non sono iscritte alle associazioni sindacali stipulanti in quanto la mancata adesione ai sindacati non incide sulla possibile estensione dei minimi salariali ai sensi dell'articolo 36 della Costituzione. Tra l'altro, in molti casi (anche se non tutti), questa situazione spinge le imprese ad applicare l'intero contratto collettivo e non soltanto le retribuzioni. E questo spiega perché il grado di applicazione dei contratti è ben superiore alla quota di imprese e di lavoratori iscritti alle rispettive associazioni sindacali stipulanti i C.C.N.L.<sup>1722</sup>.

<sup>1718</sup> Si rinvia all'analisi di S. Leonardi, che rileva come i salari minimi legali si discostano in misura considerevole dalla media nazionale di quelli contrattuali. Tra l'altro, il nostro paese è quello dove il salario minimo orario, calcolato sulla media di quelli dei C.C.N.L., è tra quelli più alti d'Europa (2014, 193 – 194). Sarebbe quindi assai difficile poterlo confermare per legge.

<sup>1719</sup> Si vedano le sentenze della Corte cost. n. 106 del 1962, 120 del 1963, 60 e 101 del 1968. Si rinvia, sul punto, a Treu, 1979, 74; L. Zoppoli, 1994, 93 ss.; Magnani, 2014b, 14, a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>1720</sup> Il salario minimo, infatti, è fissato in "4,48 euro in Spagna, circa 7,50 euro nel Regno Unito (6.31 sterline) fino agli 8,5 euro della Germania ed i 9,35 euro della Francia" (Boeri, Lucifora, 2014, 2). Sul punto si veda anche Magnani, 2014b, 17 e S. Leonardi, 2014, 192 (con dati riferiti anche ad altri paesi europei).

<sup>1721</sup> Ed è questa la conclusione a cui giungono, ad es., Santoni, 2014, 11 – 112, e Bavaro, 2014, 3.

<sup>1722</sup> Infatti, a fronte di una applicazione dei minimi salariali dei contratti collettivi pari all'80%, il tasso di sindacalizzazione nazionale è del 35% (S. Leonardi, 2014, 191).

L'introduzione di un salario minimo inferiore a quello previsto dai contratti collettivi determinerebbe una "fuga" degli imprenditori dalle rispettive associazioni sindacali, al fine di evitare il vincolo delle retribuzioni più elevate imposte dalla applicazione diretta dei C.C.N.L. Inoltre, verrebbe meno l'effetto di "trascinamento" che spinge le imprese ad applicare l'intero contratto collettivo e non solo i salari. Per evitare queste conseguenze, i sindacati "dovranno accettare di abbassare il salario minimo contrattuale nazionale, avvicinandolo sempre più al salario minimo legale"<sup>1723</sup>. In questo modo, tra l'altro, si realizzerebbe quel complessivo effetto di riduzione generalizzata delle retribuzioni quale fattore di competitività auspicato dall'Unione Europea, in un contesto di forte penalizzazione dei lavoratori in considerazione dei salari già non molto elevati - rispetto agli altri paesi europei - attualmente garantiti dai contratti collettivi nazionali.

Da questo punto di vista, dunque, la riforma potrebbe avere effetti di profonda alterazione dei rapporti tra ordinamento statuale e sindacale<sup>1724</sup>, ridurre fortemente il ruolo delle OO.SS. e determinare un ulteriore impoverimento dei redditi. Tuttavia, la soluzione adottata dalla legge delega non sembra prefigurare questa situazione. La normativa sul compenso orario va applicata *"nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"*. La disposizione è quindi assai chiara: essa non potrebbe incidere sui lavoratori a cui si applica il contratto collettivo, ma soltanto nei casi in cui i C.C.N.L. non sarebbero esistenti.

Da questo punto di vista, la funzione dei minimi salariali dei contratti collettivi non cambierebbe. Essi continuerebbero, infatti, ad avere applicazione diretta per le imprese iscritte. Inoltre, anche in relazione alla funzione parametrica ai sensi dell'articolo 36 della Costituzione, nulla muterebbe. Se infatti il salario minimo legale non riguarda le categorie caratterizzate dalla presenza dei C.C.N.L., è evidente che la giurisprudenza dovrebbe necessariamente continuare ad operare come sino ad oggi è accaduto. Non può infatti essere qualificato come salario "sufficiente" quello che non ha un'applicazione generalizzata a tutto il sistema produttivo, ma limitato soltanto alle situazioni in cui l'autonomia collettiva non è presente. Per tale ragione vi sarebbero due meccanismi di applicazione dell'art. 36 Cost. Il primo opererebbe nei confronti dei lavoratori operanti in contesti produttivi nei quali vi è il contratto collettivo, non utilizzabile in via diretta per i limiti di efficacia soggettiva. Il secondo riguarderebbe invece i settori non regolati dall'autonomia collettiva e avrebbe come punto di riferimento il salario legale<sup>1725</sup>. Questa situazione, tra l'altro, non determinerebbe neanche l'effetto di "fuga" dal contratto collettivo in precedenza descritto e le altre modificazioni essenziali nell'ordinamento intersindacale (compresa la rinegoziazione "a ribasso" dei minimi dei C.C.N.L. per adeguarli a quello definito per legge). Le imprese, in presenza

<sup>1723</sup> Bavaro, 2014, 3.

<sup>1724</sup> Bavaro, 2014, 2 ss.

<sup>1725</sup> Si è sostenuto che "non si può pensare di avere due diverse soglie di limite minimo di sufficienza retributiva di rango costituzionale" (Bavaro, 2014, 3). Non vedo in realtà ostacoli in tal senso. L'art. 36 delinea un parametro, quello della sufficienza, la cui definizione è rimessa alla legge ordinaria o alla interpretazione giurisprudenziale. Nulla vieterebbe, ad esempio, che la fonte primaria differenziasse la sufficienza del salario in relazione a diversi profili (ad es. in relazione ai settori produttivi) purché il trattamento differenziato fosse ragionevole alla luce del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Non si comprende dunque perché la legge stessa non potrebbe limitare il suo intervento legislativo solo a settori non regolati dai ccnl, lasciando alla giurisprudenza la possibilità di definire, in via interpretativa, una soglia più elevata di retribuzione sufficiente, giustificata dal ruolo e dal rilievo costituzionale (art. 39 Cost.) dell'autonomia collettiva.

di un sistema non modificato di applicazione parametrica dell'autonomia collettiva per la determinazione dei salari minimi, non avrebbero nessun interesse ad "uscire" dal sistema di relazioni industriali. Anche se operassero in tal modo, infatti, correrebbero il rischio di essere ugualmente soggette ai minimi retributivi previsti dai contratti ai sensi dell'articolo 36<sup>1726</sup>.

Vi sarebbe quindi un sistema "duale", caratterizzato in via prevalente dalla presenza dei contratti collettivi applicati in via diretta e parametrica in base alla norma costituzionale, ed un altro settore, minoritario, garantito dal salario minimo legale<sup>1727</sup>. Va anche detto, peraltro, che i 440 contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati più rappresentativi regolano i rapporti di lavoro nella quasi totalità delle attività produttive del nostro paese. Pertanto sarà difficile identificare i "settori non regolati dai contratti collettivi" a cui dovrebbe applicarsi il compenso orario legale. Il rischio, dunque, potrebbe essere quello di una concreta inapplicabilità della normativa di attuazione per carenza dell'oggetto da regolare. Comunque, se in effetti sarà possibile identificare queste particolari categorie di dipendenti in aree produttive prive dell'intervento dell'autonomia collettiva, il salario minimo potrebbe svolgere una funzione importante per i "lavoratori vulnerabili"<sup>1728</sup>, riducendo i *working poors* e favorendo un processo di inclusione sociale<sup>1729</sup>.

La disposizione della legge delega, nella parte in cui non prevede un salario minimo legale per tutti i lavoratori ma solo per quelli operanti nei settori dove l'autonomia collettiva è assente, è stata criticata<sup>1730</sup>. A fondamento di questa tesi si sottolineano le alte percentuali di lavoratori che percepiscono somme inferiori ai minimi contrattuali<sup>1731</sup>, auspicando quindi una normativa di generale applicazione. In realtà questi autori non comprendono quali effetti destrutturanti, già descritti, potrebbe avere questa opzione. D'altra parte, nel sistema attuale, i lavoratori non pagati in base ai minimi dei C.C.N.L. avranno sempre la possibilità di rivolgersi al giudice per ottenere, ai sensi dell'art. 36 Cost. l'adeguamento salariale in base a quanto previsto dall'autonomia collettiva. Mentre, qualora vi fosse il salario minimo legale generalizzato a tutti i lavoratori, se essi non fossero pagati nonostante l'entità più ridotta del compenso – ipotesi possibile in considerazione della crisi economica e della impossibilità per molte imprese di sopportare anche costi salariali modesti – potrebbero rivendicare solo questa retribuzione inferiore e non quella del C.C.N.L. di riferimento. Per questa categoria di "lavoratori vulnerabili", quindi, non vi sarebbe alcun concreto vantaggio.

L'assetto scaturente dalla introduzione di una normativa sul compenso orario minimo può certamente essere quello descritto in considerazione della interpretazione della disposizione contenuta nella legge delega. Tuttavia le conseguenze sarebbero completamente differenti qualora si assumesse una interpretazione della disposizione che, di fatto, attribuisse al salario minimo legale

<sup>1726</sup> Non potrebbe dunque esservi il rischio descritto da Bavaro (2014, 3): "dato il nostro sistema giuridico nel quale si può liberamente applicare o non applicare un contratto collettivo (appunto perché privo di efficacia giuridica vincolante per tutti), è facile prevedere che un numero sempre maggiore di imprese potrebbero trovare più conveniente non applicare il salario previsto dal contratto nazionale più rappresentativo e limitarsi ad applicare il salario minimo legale". Questa convenienza, alla luce della permanenza del meccanismo previsto dall'articolo 36 della Costituzione descritto, non sussisterebbe realmente.

<sup>1727</sup> Tra l'altro, se questo salario fosse vicino o addirittura superiore a quello previsto dai contratti collettivi "pirata", un ulteriore effetto positivo sarebbe costituito dal disincentivo alla diffusione di questi ccnl.

<sup>1728</sup> Santoni, 2014, 112.

<sup>1729</sup> Questi effetti si sono realizzati, ad esempio, in Gran Bretagna e Francia, con benefici estesi proprio a categorie "deboli" di lavoratori (part timers, giovani, immigrati) e scarsamente sindacalizzati (S. Leonardi, 2014, 198 ss.).

<sup>1730</sup> Boeri e Lucifora, 2014, 1 ss.

<sup>1731</sup> V. *supra* testo e nota 124.

il valore di parametro generale di determinazione della retribuzione in tutti i casi in cui non vi fosse l'applicazione diretta del contratto collettivo. In questo caso, infatti, se il compenso orario diventasse "l'unica" retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost., si determinerebbero tutti gli effetti di depotenziamento della contrattazione collettiva e di alterazione del sistema di relazioni industriali già descritti in precedenza, oltre all'abbassamento generalizzato delle retribuzioni dei lavoratori.

A mio giudizio questa possibilità è esclusa dalla formulazione letterale della disposizione contenuta nel comma 7, lettera g) dell'art. 1. Si parla infatti di una legislazione operante nei settori "*non regolati dai contratti collettivi*". Il termine utilizzato lascia chiaramente intendere che la normativa deve riguardare lavoratori per i quali non è previsto alcun contratto collettivo e non quelli ai quali il C.C.N.L. non si applica in via diretta per i noti limiti di efficacia soggettiva. Per avvalorare una diversa interpretazione, la legge avrebbe dovuto utilizzare parole differenti (come ad esempio "in caso di mancata applicazione di contratti collettivi" o altre analoghe). Tuttavia soltanto il decreto delegato potrà sgombrare ogni dubbio. E sarebbe opportuno che, proprio per evitare qualsiasi equivoco, la normativa specificasse come il parametro di riferimento per la retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 dove esistono i contratti collettivi continuerà ad essere costituito dal C.C.N.L. Una simile disposizione, tra l'altro, non porrebbe alcun problema di costituzionalità per violazione dell'art. 39 Cost. Infatti, la legge non attribuirebbe ai contratti collettivi efficacia *erga omnes*, con il "recepimento materiale" costituito dalla generalizzazione, tramite fonte primaria o secondaria, dei contenuti di contratti collettivi come nel caso della L. 741/1959. In questo caso, in attuazione dell'art. 36 Cost., si limiterebbe a definire il parametro di individuazione della retribuzione sufficiente, dove i contratti collettivi non diventerebbero essi stessi "legge" né verrebbero recepiti in un atto normativo, ma costituirebbero soltanto un criterio di valutazione del principio di "giusta retribuzione" previsto dalla Costituzione.

Se questa chiarezza del decreto delegato non vi fosse, l'eventuale effetto positivo della tutela di lavoratori marginali oggi non garantiti dalla contrattazione collettiva sarebbe totalmente annullato dalla destrutturazione del sistema di relazioni industriali e dalla riduzione delle retribuzioni già descritte. Verrebbe quindi confermata la linea di "austerità salariale" perseguita dall'Unione Europea che, a mio giudizio, non potrà che peggiorare complessivamente gli standards retributivi, già non molto elevati, dei lavoratori italiani<sup>1732</sup>.

Il livello del salario minimo orario, che, con riferimento ai paesi europei, oscilla tra i 4,48 Euro della Spagna ai 9,35 della Francia è molto importante. Se, in linea generale l'esistenza di una retribuzione per legge non determina effetti negativi per l'occupazione e ha conseguenze positive su salari e redditi<sup>1733</sup>, l'entità del compenso orario è molto importante perché se è troppo elevato può avere ricadute negative sui livelli occupazionali, particolarmente per i giovani ed i lavoratori

<sup>1732</sup> Infatti, "i nostri salari contrattuali scontano da tempo ormai una delle peggiori dinamiche del mondo industrializzato, con grave perdita – nel lungo periodo – sia del loro potere di acquisto che della quota complessiva del reddito nazionale" (S. Leonardi, 2014, 206).

<sup>1733</sup> Boeri, Lucifora, 2014, 2 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche). Cfr. anche S. Leonardi, 2014, 198.

meno qualificati<sup>1734</sup>, e, comunque, può scoraggiare l'applicazione dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi<sup>1735</sup>.

Si è proposta una articolazione del salario minimo correlata alle aree geografiche, con riferimento al costo della vita<sup>1736</sup>, con una tesi che richiama le "gabbie salariali" osteggiate dalle organizzazioni sindacali. A parte l'opportunità o meno di un simile intervento, che forse potrebbe avere effetti occupazionali positivi in aree economicamente depresse (ma la questione è controversa, a meno che l'entità della retribuzione non fosse individuata ad un livello assai ridotto), una simile proposta sembra essere assai discutibile in relazione al salario minimo legale. Se, come è facile immaginare, esso sarà meno elevato rispetto alle medie dei contratti collettivi e riferito ad aree produttive nelle quali vi sono lavoratori "marginali", l'entità del compenso si collocherà a livelli alquanto ridotti. Una riduzione ulteriore su base territoriale rischierebbe di rendere le retribuzioni del tutto irrisorie. D'altra parte, questa articolazione collegata al territorio sarebbe un "*unicum* nel panorama comparato" e renderebbe ancora più complessa la normativa, in relazione alla individuazione delle zone salariali<sup>1737</sup>. Va anche detto, infine, che la differenziazione retributiva non è prevista nella legge delega e dedurla come criterio implicito è assai difficile, visto che la finalità della legge, in questo caso, è tutelare i lavoratori privi della applicazione, diretta ed indiretta, della contrattazione collettiva e non quella di una ulteriore articolazione su base territoriale della retribuzione minima legale<sup>1738</sup>. Un discorso analogo può essere fatto per la differenziazione del salario in relazione all'età o ad altri requisiti soggettivi, escludendo, ad esempio, alcune categorie di lavoratori<sup>1739</sup>. A parte i problemi connessi alla violazione dei principi in tema di discriminazioni dirette ed indirette, a me sembra che, anche in questo caso, la delega non preveda nulla in merito e non consenta, per le ragioni già spiegate, questo tipo di operazioni, previste in altri paesi<sup>1740</sup>.

Per quanto riguarda le modalità di determinazione e l'aggiornamento dell'entità del compenso orario, si propone di introdurre meccanismi di indicizzazione automatica<sup>1741</sup> o, al contrario, di stabilire "*meccanismi gradualisti e non automatici di adeguamento* alla crescita di produttività e di prezzi, attraverso una commissione indipendente"<sup>1742</sup>, come accade in Francia, Gran Bretagna e Germania<sup>1743</sup>. Il secondo metodo dovrebbe essere teoricamente quello più adeguato, per evitare aumenti automatici che potrebbero avere effetti inflazionistici più evidenti per il noto meccanismo delle "aspettative", che spinge le imprese ad aumentare i prezzi poco prima dell'incremento salariale. Tuttavia, in questo caso la situazione potrebbe essere diversa. Innanzitutto, è molto

<sup>1734</sup> Boeri, Lucifora, 2014, 2, con ulteriori indicazioni bibliografiche; Ichino, 2014d, 1, con citazione di altri studi in materia; Guarriello, 2014, 3.

<sup>1735</sup> È questo, ad esempio, il caso della Francia, dove il salario minimo legale (Smic) è di 1380,07 euro al mese, con un livello che "induce molti datori di lavoro ad attestarsi esclusivamente su questo livello minimo, a scapito degli ulteriori incrementi previsti dalla contrattazione collettiva" (S. Leonardi, 2014, 200).

<sup>1736</sup> Ichino, 2014d, 2, che riprende una sua opinione già in precedenza espressa (Id., 2010, 744).

<sup>1737</sup> Magnani, 2014b, 16 – 17. In tal senso anche S. Leonardi, 2014, 197.

<sup>1738</sup> Dunque, in questo caso, il "silenzio" del legislatore delegante non potrebbe assumere il ruolo che è stato già analizzato. V. *retro* § 7 testo e nt. 78.

<sup>1739</sup> Magnani, 2014b, 17 – 18.

<sup>1740</sup> Ad esempio nel Regno Unito vi sono soglie minime diverse collegate all'età ed in Germania sono escluse alcune categorie di lavoratori. Cfr. Magnani, 2014b, 17.

<sup>1741</sup> Boeri, Lucifora, 2014, 2.

<sup>1742</sup> Guarriello, 2014, 4.

<sup>1743</sup> Magnani, 2014b, 19; Boeri, Lucifora, 2014, 2.

difficile misurare la produttività a livello nazionale, e, quindi, sarebbe assai complesso poter effettuare l'adattamento dei salari. Inoltre, in considerazione del fatto che le retribuzioni minime riguardano una quota limitata di lavoratori, l'effetto inflazionistico connesso all'aumento automatico del compenso orario sarebbe molto limitato. Dunque, anche un sistema di indicizzazione con cadenza periodica e basato su parametri oggettivi (ad esempio le variazioni dei prezzi accertate dall'Istat) potrebbe essere certamente adottato. In questo secondo caso la "Commissione indipendente" - se fosse istituita - avrebbe una funzione più ridotta di monitoraggio della situazione.

La legge delega, peraltro, non regola nessuno degli aspetti indicati (sistema di adeguamento del salario minimo e Commissione). Tuttavia, poiché si tratterebbe di istituti che sono direttamente finalizzati a garantire la *ratio* della normativa (aggiornare il compenso orario minimo che è diretto ad assicurare condizioni di vita dignitose a lavoratori marginali), il "silenzio" del legislatore delegante non dovrebbe impedire "al Governo di legiferare", perché si tratterebbe di norme che non sono "in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega"<sup>1744</sup>.

La determinazione del compenso orario legale verrà effettuata "*previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*". Non vi sarà dunque alcuna forma di negoziazione<sup>1745</sup> o di concertazione<sup>1746</sup>. Tra l'altro quest'ultima tecnica di regolazione è assai lontana dal Governo Renzi, che ha più volte manifestato lo scarso valore attribuito allo stesso dialogo con le organizzazioni sindacali, con incontri assai brevi finalizzati soltanto ad informarle delle attività dell'Esecutivo e senza possibilità di una effettiva interlocuzione o tanto meno riconoscendo la possibilità di una sfera d'influenza. La "*consultazione*" servirà soltanto a sondare quale sia l'opinione dei sindacati, ma la decisione sarà del tutto indipendente dalle opinioni da loro espresse.

Il salario minimo dovrà essere esteso "*fino al loro superamento*" anche "*ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*". Sulla eliminazione di questa tipologia di rapporti di lavoro si è già detto (v. *retro* § 6). Per quanto attiene al lavoro a progetto, dopo la riforma del 2012, il compenso deve essere determinato in base a parametri specifici (qualità e quantità del lavoro; natura della prestazione e del contratto; minimi previsti dalla contrattazione di settore eventualmente esistente), e comunque non può essere inferiore a quello previsto dai C.C.N.L. per i lavoratori subordinati equiparabili. Pur in presenza di una formulazione legislativa "contorta ed in parte contraddittoria"<sup>1747</sup>, la finalità della legge è quella di evitare che il corrispettivo del collaboratore sia inferiore ai minimi inderogabili previsti da una (eventuale) contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi o, in mancanza, per i lavoratori subordinati<sup>1748</sup>. La delega, anche in questo caso, riguarderà soltanto i settori non regolati dai contratti collettivi. Dunque, per il contratto a progetto (che peraltro dovrebbe essere abrogato: v. *retro* § 6) la disposizione implicherà una normativa di attuazione che modificherà in modo sostanziale l'art. 63, comma 1, del d.lgs. 276/2003. In

<sup>1744</sup> Le parole citate nel testo sono quelle della Corte Costituzionale. Si rinvia *retro* al § 7 ed alle sentenze citate alla nt. 78.

<sup>1745</sup> Bavaro, 2014, 3.

<sup>1746</sup> Guarriello, 2014, 4.

<sup>1747</sup> Ferraro, 2013, 134. Si veda anche Pinto, 2013, 223, che parla di "sintassi errata".

<sup>1748</sup> Cfr. gli autori citati nella nota precedente.

sostanza la norma attuativa introdurrà un compenso minimo che opererà in mancanza di una specifica contrattazione collettiva per i lavoratori a progetto<sup>1749</sup>. Se essa non esiste, invece di determinare il corrispettivo orario alla luce dei C.C.N.L. dei lavoratori subordinati equiparabili, entrerà in vigore il compenso minimo legale, che, come per i dipendenti, sarà presumibilmente inferiore. Il risultato sarà, dunque, quello di una riduzione di tutele per i collaboratori a progetto, che oggi non possono avere corrispettivi inferiori a quelli dei lavoratori subordinati e che, domani, avranno invece la minore remunerazione prevista dalla legge. In questo caso, dunque, la norma non avrà una funzione di "inclusione sociale" e di estensione di garanzie economiche a lavoratori marginali, ma ridurrà le tutele oggi esistenti.

Per quanto riguarda gli altri contratti di collaborazione coordinata e continuativa - sempre che il Governo non intenda eliminare completamente questa forma di lavoro autonomo (v. *retro* § 6) - la situazione è in parte diversa. In questi settori la contrattazione collettiva esiste soltanto per alcune categorie molto speciali (agenti e rappresentanti di commercio, medici convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale o con case di cura private, co.co.co. che operano presso cooperative o altri enti, o a favore di Organizzazioni Non Governative ecc.). In alcuni casi, come per gli Accordi Economici Collettivi degli agenti e rappresentanti, nulla viene stabilito per le remunerazioni<sup>1750</sup>. In altri, al contrario, vengono fissate tariffe di vario genere, come nel caso del C.C.N.L. per la disciplina dei rapporti dei medici di medicina generale o per i pediatri convenzionati con Servizio Sanitario Nazionale o per i collaboratori delle Organizzazioni Non Governative (ONG). Quando la contrattazione collettiva di settore prevede i corrispettivi, il compenso orario minimo non si applicherà. In altri casi non potrà in concreto svolgere alcuna funzione, perché le remunerazioni vengono stabilite non su base oraria ma - come nel caso degli agenti di commercio - con percentuali provvisoriale che cambiano a seconda dell'attività svolta e rispetto alle quali la predeterminazione di una somma in cifra fissa non è coerente con le pratiche commerciali esistenti. Il salario minimo potrà quindi essere operativo solo dove non esistono minimi contrattuali, svolgendo un utile funzione di garanzia e purché non sia troppo elevato e tale da collocare fuori mercato le prestazioni svolte da questi collaboratori.

È stato opportunamente osservato che per i co.co.co. la mancanza di un orario di lavoro ben definito renderebbe il salario minimo legato all'ora facilmente aggirabile<sup>1751</sup>. In queste ipotesi, pertanto, sarebbe opportuno stabilire minimi retributivi mensili la cui violazione determinerebbe la trasformazione di questi contratti in rapporti di lavoro subordinato<sup>1752</sup>. A parte quest'ultimo aspetto, che non può essere realizzato perché completamente al di fuori della delega, la proposta è ragionevole proprio per l'assenza, in capo ai collaboratori autonomi, di tempi di lavoro esattamente predefiniti.

<sup>1749</sup> Pertanto, il salario minimo non si applicherà, ad esempio, per i collaboratori a progetto dei call center operanti in regime di out-bound per i quali esiste il C.C.N.L. stipulato il 1° agosto 2013 tra Assotelecomunicazioni – ASSTEL, ASSOCONTACT e la SLC – CGIL, FISTEL CISL, UILCOM – UIL. Questo contratto collettivo, infatti, regola anche i trattamenti economici dei collaboratori (rinviando al minimo tabellare dei C.C.N.L. per i dipendenti del settore telecomunicazioni).

<sup>1750</sup> Lo stesso può dirsi per i co.co.co. disciplinati dal C.C.N.L. sottoscritto l'8 aprile 1998 da varie organizzazioni sindacali (C.N.A.I.; U.C.I.C.T.; U.N.A.P.I.; A.N.I.L.F.; A.N.T.I.; C.I.S.A.L.; S.A.P.E.) per lo svolgimento di prestazioni di lavoro parasubordinato presso aziende, cooperative od organismi in genere.

<sup>1751</sup> Boeri, Lucifora, 2014, 2; Guarriello, 2014, 4.

<sup>1752</sup> Boeri, Lucifora, 2014, 2.

La nuova normativa potrebbe essere inserita "*eventualmente anche in via sperimentale*". Si tratta di una previsione utile e da realizzare, in primo luogo perché la sperimentazione consentirebbe di valutare l'impatto della nuova normativa su una struttura così delicata come quella delle relazioni industriali e su un tema così "sensibile" come la fissazione dei minimi salariali. Inoltre si potrebbe verificare se, in realtà, la nuova disciplina non sia tale da determinare i (possibili) effetti destrutturanti del sistema già descritti, soprattutto in relazione al ruolo della giurisprudenza e della contrattazione collettiva. Il carattere sperimentale, inoltre, sarebbe a maggior ragione ancora più necessario qualora il Governo decidesse di non chiarire in modo esplicito che la nuova normativa sul compenso orario minimo non può costituire il salario sufficiente ai sensi dell'articolo 36 della Costituzione valido per tutti i lavoratori subordinati a cui non si applichi direttamente la contrattazione collettiva. In questo caso, infatti, i possibili effetti negativi della riforma potrebbero essere ancora più accentuati ed il monitoraggio sarebbe quindi particolarmente utile<sup>1753</sup>.

### 11. Conclusioni. Le innovazioni "regressive" di alcune discipline del contratto di lavoro.

A questo punto è possibile esprimere alcune conclusioni relative all'analisi sino ad ora svolta.

Nella parte iniziale di questo lavoro ho affermato che non tutte le innovazioni prefigurate dalla legge delega hanno un valore negativo e, anche nell'esame dei singoli istituti, ho espresso una valutazione in tal senso. Mi sembra, peraltro, che, almeno in relazione ad aspetti fondamentali della disciplina giuridica del contratto di lavoro, il giudizio non possa essere positivo. Questa conclusione è, in primo luogo, estensibile alla prevista riforma delle mansioni e dei controlli a distanza. In questo caso la legge, pur nei limiti sopra descritti (v. *retro* § 8 e 9), si propone di ridurre i diritti dei lavoratori e di rafforzare le prerogative del datore di lavoro. Si tratta di riforme che sicuramente non sono tra quelle più urgenti richieste dal nostro Diritto del Lavoro e certamente non imposte dall'attuale contesto sociale ed economico né da eventuali orientamenti della giurisprudenza eccessivamente "rigidi" e tali da ostacolare le normali dinamiche organizzative delle imprese. In verità queste innovazioni erano volute soprattutto da alcuni partiti che sostengono l'attuale Governo e fortemente auspiccate dalla Confindustria. La legge delega asseconda queste richieste, che certamente non sono giustificate neanche dalle (presunte) capacità di queste riforme di aumentare l'occupazione ed altera in modo significativo - a favore del datore di lavoro - l'equilibrio dei poteri e diritti all'interno del contratto individuale. Senza dimenticare la potenziale pericolosità di innovazioni che incidono su "beni" particolarmente delicati, quali la tutela della professionalità, della dignità e riservatezza, che attengono ad aspetti fondamentali della personalità umana. La riforma di diritti così importanti – se si tradurrà in una riduzione delle tutele del lavoratore - rende ancora meno giustificabile l'intervento su queste materie.

Tali conclusioni sono estensibili alle modifiche del rapporto a termine ed alla nuova disciplina dei licenziamenti nel contratto a tutele crescenti. Anche in questo caso, come si è visto, vi è il concreto rischio di un incremento della precarietà e, comunque, una evidente riduzione dei diritti dei lavoratori nella protezione contro il recesso ingiustificato. Il che, oltretutto, è giustificato da esigenze di incremento dei livelli occupazionali molto discutibili nella loro concreta possibilità di realizzazione alla luce della letteratura economica e dei dati empirici in nostro possesso (v. *retro* § 7).

<sup>1753</sup> La sperimentality viene fortemente propugnata da Ichino, 2014d, 2, pur se al diverso scopo di testare gli effetti di salari differenziati su base territoriale. Sul punto v. anche Guarriello, 2014, 3.



Si potrebbe obiettare che, in realtà, queste riforme vanno lette nel contesto complessivo delle modifiche introdotte dalla legge delega, che è diretta a rafforzare le tutele nel mercato del lavoro, sia per quanto attiene al sostegno al reddito, sia in relazione alla possibilità di assistenza nel passaggio ad una nuova occupazione, secondo le linee guida della *flexicurity* di impronta europea. Ora, fermo restando che una solida protezione contro la disoccupazione ed un sostegno alla ricerca di nuove possibilità di lavoro sono elementi certamente positivi, a questa obiezione è possibile replicare con alcune considerazioni.

In primo luogo la qualità del lavoro è un bene che non può prescindere dal tipo di contratto utilizzato ed alla sua più o meno accentuata stabilità. Rendere più agevoli i contratti a termine ed aumentare il potere di licenziamento sono elementi certamente tali da incidere sulle prospettive esistenziali dei lavoratori, aumentando l'insicurezza sul futuro della propria occupazione e muovendosi in netto contrasto con gli obiettivi di inclusione sociale e di implementazione di migliori condizioni di lavoro che è una delle finalità perseguite anche dall'Unione Europea<sup>1754</sup>.

D'altra parte, stabilire che il recesso sia insindacabile nei suoi presupposti organizzativi e, nel caso di sua illegittimità, prevedere un limitato risarcimento del danno (in coerenza con la volontà del Governo in sede di attuazione della delega) (v. *retro* § 7), significa ridurre in modo consistente tutti i diritti dei lavoratori. Infatti, una solida protezione contro il licenziamento è una sorta di "norma di chiusura" dell'intero Diritto del Lavoro. La mancanza di un'efficace regolamentazione contro il recesso ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori nel contratto rendono di fatto "inagibili" molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto (retribuzione, professionalità, *privacy*, sicurezza ecc.). Inoltre, anche la possibile adesione al sindacato e l'esercizio dei diritti collettivi è altamente problematica. Il dipendente, infatti, per timore di perdere il posto di lavoro non eserciterà le sue prerogative, come dimostra l'esperienza delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria, dove solo dopo l'estinzione del contratto vi sono contenziosi che attengono a diritti fondamentali del lavoratore. Se la riforma del licenziamento verrà realizzata secondo le linee di intervento analizzate (v. *retro* § 7), il lavoratore, per periodi temporali molto lunghi – potenzialmente ancora più estesi per il possibile cumulo tra rapporti a termine e contratto a tutele crescenti – vivrà questa condizione di possibile mancata fruizione di diritti. Un tema, quest'ultimo, completamente obliato dal dibattito pubblico e dalla legge, dove la flessibilità della *job employment protection* è valutata soltanto in chiave economica e senza considerare i profili giuridici esaminati.

Qualche osservazione deve essere fatta anche per quanto riguarda la tutela nel mercato del lavoro, che dovrebbe compensare la minore protezione nel rapporto. La legge delega prevede una "rimodulazione" dell'ASpl, "con omogeneizzazione della disciplina relativa ai trattamenti ordinari e ai trattamenti brevi, rapportando la durata dei trattamenti alla pregressa storia contributiva del

<sup>1754</sup> Infatti, ai sensi dell'art. 151 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, la "promozione dell'occupazione" deve avvenire nell'ambito del rispetto dei "diritti sociali fondamentali" e con l'obiettivo del "miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro". Inoltre, la disciplina del contratto a termine, considerato dalla Direttiva 1999/70/Ce come strumento essenziale di *flexicurity* e rispondente "ai desideri dei lavoratori (e) alle esigenze di competitività" (5° Considerando), espressamente ribadisce che "i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro".

*lavoratore*” (art. 1, c. 2, lettera b), n. 1). Si stabilisce, inoltre “*l’incremento della durata massima per i lavoratori con carriere contributive più rilevanti*” (art. 1, c. 2, lettera b), n. 2).

Va ricordato, innanzitutto, che l’Assicurazione Sociale per l’Impiego, introdotta nel 2012 e con decorrenza dall’anno successivo, ha sicuramente esteso i benefici della precedente indennità di disoccupazione. Tuttavia, quando la riforma sarà pienamente a regime essa determinerà sia la estinzione definitiva della cassa integrazione per cessazione dell’attività aziendale (che, pur costituendo un’evidente anomalia, è stata utilizzata quale surrogato del licenziamento)<sup>1755</sup>, sia dell’indennità di mobilità. Pertanto, almeno per quanto attiene ai licenziamenti per riduzione del personale, la tutela nel mercato del lavoro sarà nettamente inferiore a quella in precedenza esistente sia per quanto attiene alla durata, sia per il grado di copertura economica.

La delega prevede una possibile estensione temporale dell’ASpl per i lavoratori che hanno versato contributi in misura consistente, mentre rapportare la durata del trattamento alla pregressa storia contributiva del lavoratore potrebbe teoricamente significare anche ridurre l’arco temporale. Sembra prefigurarsi un abbandono della logica egualitaria del legislatore del 2012, con la previsione di una revisione in senso assicurativo dell’istituto, che potrebbe determinare conseguenze assai gravi per i lavoratori con carriere discontinue, con salari bassi o con consistenti omissioni nel versamento dei contributi<sup>1756</sup>. Al momento, inoltre, la durata massima dell’ASpl varia dagli 8 sino ai 14 mesi (a seconda delle fasce di età e con ulteriori incrementi di due mesi nel 2015), per poi arrivare, nel 2016, a 12 mesi per i lavoratori fino a 54 anni ed a 18 mesi per gli over 55. Attualmente, dunque, una fascia molto consistente di lavoratori ha una copertura temporale abbastanza ridotta (8/12 mesi).

Pur prendendo in considerazione la disciplina a regime della nuova indennità di disoccupazione, va rilevato inoltre come la sua estensione temporale non è particolarmente favorevole se rapportata a quella di molti paesi europei, almeno per quanto riguarda la misura massima (24 mesi in Germania, Danimarca e Spagna; 38 mesi in Olanda, 36 mesi in Francia). D'altra parte, anche per quanto attiene alla entità economica dell'indennità, la disciplina italiana si colloca al di sotto della media di molti paesi importanti, soprattutto se si considera l'intero periodo di fruizione dell'indennità<sup>1757</sup>.

Da questo punto di vista, dunque, la tutela nel mercato del lavoro italiano - soprattutto fino al 2015 ma anche successivamente - non sembra essere particolarmente rilevante, soprattutto se paragonata ai modelli più virtuosi di *flexisecurity* a livello europeo. In una dimensione diacronica, si può osservare come la riduzione costante dei diritti in tema di licenziamenti - già operata nel 2012 ed ulteriormente accentuata con il contratto a tutele crescenti - non trovi un significativo riequilibrio nelle protezioni di cui il lavoratore potrà godere per affrontare la disoccupazione. Una simile valutazione può essere fatta in primo luogo in relazione ad un passato non troppo lontano ed in considerazione ai trattamenti di sostegno al reddito che sono oggi solo temporaneamente conservati. Una conclusione analoga può essere estesa anche al momento in cui l’ASpl sarà a regime (con la eliminazione della cassa integrazione per cessazione di attività e dell'indennità di

<sup>1755</sup> L’anomalia, come è evidente, consiste nell’utilizzare uno strumento (la cigs) che presuppone la continuazione dell’attività produttiva in una situazione in cui l’impresa è destinata ad interrompere definitivamente la produzione.

<sup>1756</sup> Per un primo commento sulla riforma dell’ASpl si rinvia a Balletti, 2014, 32 ss.

<sup>1757</sup> Tra questi, ad esempio, la Germania (67% della retribuzione) Olanda (75%, per i primi sei mesi e poi 70% successivamente, con un tetto massimo), Danimarca (90%, con un tetto massimo).

mobilità), soprattutto in un confronto con altre importanti esperienze europee. Non pare azzardato, dunque, sostenere che il sistema italiano coniughi la riduzione delle tutele del licenziamento con una diminuzione delle protezioni sul mercato del lavoro, nonostante si continui ad affermare il contrario.

In questo contesto, la stessa previsione della promozione di “*accordi per la ricollocazione che vedono come parte le agenzie per il lavoro o altri operatori accreditati*” (art. 1, c. 4, lettera p, della legge delega), pur costituendo un fattore indubbiamente positivo di politica attiva del lavoro, non mi sembra sia tale da poter compensare i fenomeni negativi prima descritti. In presenza, infatti, di una immediata riduzione delle tutele in materia di licenziamento e di una indennità di disoccupazione che non è certamente tale da sostenere il reddito del lavoratore (in termini di durata e di copertura economica) in misura equivalente a quanto previsto nel passato in Italia e da molti altri importanti paesi europei, si prevede una possibile ricollocazione del lavoratore del tutto eventuale e strettamente connessa non solo alle modalità attuative di questo istituto ma anche e soprattutto alle effettive condizioni di mercato. In situazione di crisi assai accentuate, soprattutto in aree territoriali depresse, è difficile preconizzare che il contratto di ricollocazione riuscirà a compensare le consistenti riduzioni di benefici normativi ed economici già descritti.

Mi sembra, dunque, che la legge delega, almeno nelle parti qui esaminate, si muova nell'ambito di linee di tendenza, anche di derivazione europea, che difficilmente potrebbero essere definite come “progressiste” o, come spesso ripete il Premier Renzi, di estensione di diritti e di tutele.

## 12. Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2007), *I giuslavoristi e il Libro verde “Modernizzare il Diritto del Lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”*. Una valutazione critica e propositiva, in [http://ec.europa.eu/employment\\_social/labour\\_law/answers/documents](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/answers/documents), p. 1 ss.

Anastasia B. (2014), *Tempo indeterminato: gli incentivi alla manovra*, in *Lavoce.info*, <http://www.lavoce.info> (4 novembre 2014), p. 1 ss.

Balletti E. (2014), *La riforma degli ammortizzatori sociali alla luce del disegno di legge delega 3 aprile 2014, 1428 Senato*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al Disegno di legge S. 1428 ora C. 2660* (versione provvisoria), in <http://www.meetingsandcommunication.it/bertinoro>, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Bavaro V. (2014), *Jobs Act – Il salario minimo e le relazioni industriali*, in *Il diario del lavoro*, <http://ildiariodelavoro.it> (24 ottobre 2014), p. 1 ss.

Biasi M. (2013), *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 181/2013, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.

Bin R., Pitruzzella G. (2006), *Diritto costituzionale*, Utet, Torino.

Boeri T., Garibaldi P. (2008), *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Milano.

Boeri T., Lucifora C. (2014), *Salario minimo e legge delega*, in *La voce.info*, 26 settembre 2014, in <http://www.lavoceinfo.it>, p. 1 ss.

Carinci F. (2014), *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, di prossima pubblicazione in *DRI*, p. 1 ss (dattiloscritto).

Carinci M.T., (2012), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale AIDLASS, *Il Diritto del Lavoro al tempo della crisi*, Pisa (7-9 giugno 2012), in <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Casale G., Perulli A. (2013), *Towards the Single Employment Contract*, Harth Publishing, Oxford and Portland Oregon.

Ceccanti S. (2014), *Perché una delega legislativa che appare generica è normale e non è censurata dalla Corte*, in <http://stefanoceccanti.wordpress.com>, 9 ottobre 2014, p. 1 ss.

Celotto A., Frontoni E. (2002), *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, VI, Giuffrè, Milano, p. 697 ss.

Celotto A. (2006), *Art. 3, 1° co, Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Milano, p. 65 ss.

Ciani E., De Blasio G. (2014), *A volte funzionano: i sussidi alla stabilizzazione dei precari*, in [lavoceinfo.com](http://lavoceinfo.com), in [Lavoce.info](http://lavoce.info), <http://lavoce.info>, 24 giugno 2014, p. 1 ss.

Draghi M. (2010), *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), p. 1 ss.

Fabrizi, E., Peragine V., Raitano M. (2013), *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 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 49 ss.

Ferraro G. (2013), *Il lavoro autonomo*, in Cinelli M., Ferraro G., Mazzotta M. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro, dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Giappichelli, Torino, p. 128 ss.

Fubini F. (2014), *Lavoro, via alla fase due pronti indennizzi esentasse se i licenziati non fanno causa e largo ai contratti aziendali*, in *La Repubblica*, 15 novembre 2014.

Fumagalli A., *Le insostenibili leggerezze del Jobs Act*, in *economiaepolitica*, [www.economiaepolitica.it](http://www.economiaepolitica.it), 4 settembre 2014, p. 1 ss.

Garilli A. (2014), *Occupazione e Diritto del Lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 226/2014, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.

Giorgiantonio C. (2014) *Riforma del mercato del lavoro e giudizi sui licenziamenti individuali: prime evidenze*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 210/2014, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.

Guarriello F. (2014), *Intervento nel Convegno Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, Seminari di Bertinoro – Dialoghi di Diritto del Lavoro tra cielo e mare – X edizione 23 – 24 ottobre 2014, p. 1 ss. (dattiloscritto).

Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, in Cicu A., Messineo F. (già diretto da), Mengoni L. (continuato da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXVII, t. 2, I, Giuffrè, Milano.

Ichino P. (2010), *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 Cost.*, in *RIDL*, I, p. 719 ss.

Ichino P. (2011), *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori. Milano.

Ichino P. (2012), *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, in <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.

Ichino P. (2014a), *Sulla censura di eccessiva genericità della delega lavoro*, in <http://www.pietroichino.it>, 10 settembre 2014, p. 1.

Ichino P. (2014b), *Contro la leggenda metropolitana dei 50 tipi di contratto di lavoro*, in <http://www.pietroichino.it>, 13 ottobre 2014, p. 1 ss.

Ichino P. (2014c), *Controlli in azienda: perché una riscrittura dello statuto è indispensabile*, in <http://www.pietroichino.it>, 11 agosto 2014, p. 1.

Ichino P. (2014d), *Minimum wage: perché non piace ai sindacati*, in <http://www.pietroichino.it>, 11 febbraio 2014, p. 1.

Inps (2014), *Il lavoro parasubordinato. Aggiornamento all'anno 2013*, in [http://www.inps.it/banche-dati-statistiche/menu/parasub/tav\\_2013.pdf](http://www.inps.it/banche-dati-statistiche/menu/parasub/tav_2013.pdf), p. 1 ss.

Leonardi M. (2012), *L'indennità nell'incertezza*, in *La voce.info*, in <http://lavoce.info>, 27 marzo 2102, p. 1 ss.

Leonardi S. (2014), *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *LD*, p. 185 ss.

Magnani M. (2014a), *La disciplina del contratto di lavoro a t. determinato: novità e implicazioni sistematiche*, WP CSDLE "Massimo D'Antona"IT., 212/2014, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.

Magnani M. (2014b), *Il primo biennio della legislatura. Contratti di lavoro. Salario minimo*, testo allegato agli Atti del Convegno *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, Seminari di Bertinoro – Dialoghi di Diritto del Lavoro tra cielo e mare – X edizione 23 – 24 ottobre 2014, in <http://www.meetingsandcommunication.it/bertinoro>, p. 1 ss.

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (2014a), *Il primo anno di applicazione della legge 92/2012, Quaderno 1 – gennaio 2014*, in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it), p. 1 ss.

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (2014b), *I rapporti di lavoro nel II Trimestre 2014*, in [www.cliclavoro.gov.it](http://www.cliclavoro.gov.it), Settembre 2014, n. 10, p. 1 ss.

Orlandini G. (2012), *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, p. 665 ss.

Pacella A., Realfonzo R., Tortorella Esposito G. (2014), *Flessibilità del lavoro e competitività in Italia*, in *Dir.Lav.Merc.*, I, p. 57 ss.

Paladin L. (1979), *Art. 76 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *La formazione delle leggi*, II, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma.

Pandolfo A., Passalacqua P., *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli, Torino.

Pedrazzoli M. (2014), *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *DLRI*, p. 3 ss.

Perulli A. (1996), *Il lavoro autonomo*, in Cicu A., Messineo F. (già diretto da), Mengoni L. (continuato da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXVII, t. 1, Giuffrè, Milano.

Perulli A., Speziale V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT", 132/2011, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.

- Pinto V. (2013), *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 199 ss.
- Poletti G. (2014), Intervento del Ministro del lavoro effettuato al Senato l'8 ottobre 2014 in sede di discussione del D.d.L. S. 1428, in <http://www.senato.it>, p. 1 ss.
- Realfonzo R. (2014), *La favola dei superprotetti. Flessibilità del lavoro, dualismo e occupazione in Italia*, in *economiaepolitica*, [www.economiaepolitica.it](http://www.economiaepolitica.it), 26 settembre 2014, p. 1 ss.
- Realfonzo R., Tortorella Esposito G. (2014), *Gli insuccessi della liberalizzazione del lavoro a termine*, in *economiaepolitica*, [www.economiaepolitica.it](http://www.economiaepolitica.it), 13 maggio 2014, p. 1 ss.
- Ricci G. (2012), *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli, Torino.
- Romei R. (2014), *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, *DLRI*, p. 675 ss.
- Ruotolo M., Spuntarelli S. (2006), *Art. 76 Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Utet, Torino, p. 1484 ss.
- Santoni F. (2014), *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al Disegno di legge S. 1428 ora C. 2660* (versione provvisoria), in <http://meetingsandcommunication.it/bertinoro>, p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Scarpelli F. (2014), *Intervento al Convegno Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, Seminari di Bertinoro - Dialoghi di Diritto del Lavoro tra cielo e mare - X Edizione, 23 – 24 ottobre 2014, p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Schiavetti F., Cairoli S. (2014), *L'attuale disciplina sull'apposizione del termine*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato – Atto I*, Giappichelli, Torino, p. 10 ss.
- Sciarra S. (2013), *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 37 ss.
- Siclari M. (1992), *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Cedam, Padova.
- Speziale V. (2013a), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, p. 305 ss.
- Speziale V. (2013b), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT, 190/2013, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Tiraboschi M., Tommasetti P. (2014), *Il nuovo lavoro a termine*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Adapt Labour Studies – E book n. 25, in <http://www.adapt.it>, p. 1 ss.
- Treu T. (1979), *Il 1° comma dell'art. 36*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, I, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma, p. 72 ss.

Tridico P. (2013), *La flessibilità del lavoro e la crisi dell'economia italiana*, in *economiaepolitica*, [www.economiaepolitica.it](http://www.economiaepolitica.it), 17 aprile 2013, p. 1 ss.

Zoppoli L. (1994), *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in Caruso B., Zoli C., Zoppoli L. (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, I, Jovene, Napoli.

## Il lavoro dei detenuti\*

Francesca Marinelli

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Definizione                                                                                  | 493 |
| 2. Evoluzione della disciplina e ambito dell'indagine                                           | 494 |
| 3. Elementi di specialità                                                                       | 496 |
| 3.1. La specialità oggettiva                                                                    | 497 |
| 3.2. La specialità soggettiva                                                                   | 499 |
| 3.3. Prime conclusioni: la specialità del lavoro dei detenuti non è giuridicamente insuperabile | 500 |
| 4. Le tipologie di lavoro contemplate dall'ordinamento penitenziario                            | 500 |
| 4.1. Il lavoro autonomo                                                                         | 500 |
| 4.2. Il lavoro subordinato alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria                   | 501 |
| 4.3. Il lavoro subordinato alle dipendenze di terzi                                             | 505 |
| 5. La (im)mobile frontiera tra il lavoro dei detenuti e quello libero                           | 507 |
| 6. Segue: sull'opportunità politica di mantenere tale frontiera                                 | 508 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 234/2014



## 1. Definizione

Con l'espressione 'lavoro dei detenuti', 'lavoro carcerario' e 'lavoro penitenziario' si intende, tradizionalmente<sup>1758</sup>, l'attività – consistente nello svolgimento di compiti strumentali al funzionamento delle carceri<sup>1759</sup> o alla produzione di beni e/o servizi ulteriori<sup>1760</sup> – imposta<sup>1761</sup> con finalità rieducativa<sup>1762</sup> ai soggetti in stato di detenzione in istituti penitenziari per adulti<sup>1763</sup>, cioè i *condannati*<sup>1764</sup> e gli *internati*<sup>1765</sup>.

<sup>1758</sup> Cfr. la definizione, contenuta a p. 17 del libro bianco redatto nel 2007 dal titolo *Prison work in Europe. Organisation and Management of Prison*, frutto di un accordo tra Italia, Portogallo, Spagna, Francia, Germania (reperibile in [archivio.transnazionalita.is-fol.it/file/White%20Paper%20-%20Prison%20work%20in%20Europe%20-%20CIRE%20-%20EQUAL%20AD%20644.pdf](http://archivio.transnazionalita.is-fol.it/file/White%20Paper%20-%20Prison%20work%20in%20Europe%20-%20CIRE%20-%20EQUAL%20AD%20644.pdf)) in cui si legge «Prison work is the employment activity undertaken by persons subject to freedom-restricting measures. This work is remunerated and takes place in the context of a labour organisation managed by the actual prison service or by some other kind of private or public-sector business organisation, with the ultimate goal of facilitating the working inmates' reintegration into society».

<sup>1759</sup> Trattasi dei c.d. servizi interni o domestici, si pensi alla pulizia dei locali, alla manutenzione degli edifici, alla preparazione del cibo, etc...

<sup>1760</sup> Trattasi delle c.d. lavorazioni, le più frequenti non sono rivolte al mercato esterno ma alla produzione di beni per la stessa amministrazione penitenziaria (come per es. il confezionamento di vestiario e biancheria per gli agenti di custodia e per gli stessi detenuti).

<sup>1761</sup> Circa la natura imposta della attività (di cui si dirà meglio *infra*) v. l'art. 20 c. 3 e c. 4, l. n. 354/1975 in cui si legge: «il lavoro è obbligatorio per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro. I sottoposti alle misure di sicurezza della casa di cura e di custodia e dell'ospedale psichiatrico giudiziario possono essere assegnati al lavoro quando questa risponda a finalità terapeutiche», nonché l'art. 50 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1762</sup> Sul tema della rieducazione del detenuto si veda V. GREVI, *Art. 1. Trattamento e rieducazione*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 3 ed. 2006, p. 7. Sulla reale portata rieducativa del lavoro dei detenuti v. il Report *Prison education and training in Europe - a review and commentary of existing literature, analysis and evaluation*, a cura della Commissione Europea (Direzione Generale per l'Istruzione e la Cultura), pubblicato nel 2011 e reperibile sul sito [ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0012/Fullreport\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0012/Fullreport_en.pdf). Si ricordi inoltre che l'attività lavorativa svolta dai detenuti oltre ad essere di solito part-time, al fine di coinvolgere il maggior numero possibile di carcerati, consiste per lo più in compiti elementari, manuali e ripetitivi, tendenti più al mero funzionamento dell'istituzione carceraria che all'effettivo reinserimento sociale dei detenuti. Sul punto cfr. G. VIDIRI, *Il lavoro carcerario: problemi e prospettive*, in *Lavoro80*, 1986, p. 51, nonché A. NALDI (a cura di), *Araba Fenice Inserimento lavorativo di persone provenienti da percorsi penali*, in *I quaderni di Antigone*, 2004, pubblicato in [www.nuovamente.org/formazione/allegati/arabafenice/inserimento1.pdf](http://www.nuovamente.org/formazione/allegati/arabafenice/inserimento1.pdf) che a p. 30 afferma «nessuno crede che il detenuto che lavora sia un vero lavoratore. Nessuno crede, custodi e custoditi, che un lavoro di tal fatta possa essere una prospettiva autentica di riscatto sociale. Chi sarà mai interessato ad assumere, se non per pietà, quel signore che nel proprio *curriculum vitae* descrive una lunga esperienza di scopino? Si tratta di mestieri che nelle definizioni formali e nei contenuti non esistono al di fuori di una prigione». E, se è vero che al riguardo è stato obiettato che «l'idea dell'efficacia taumaturgica del lavoro carcerario ... legata allo stereotipo del delinquente povero e socialmente emarginato... perde di valore rispetto alla moderna criminalità organizzata ed ampiamente lucrativa, alla criminalità politico-terroristica ed alla criminalità degli affari e dei colletti bianchi» (F. MANTOVANI, *il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984, p. 438) è stato giustamente osservato che «questa obiezione non sembra portare a disconoscere l'importanza del lavoro carcerario... perché la maggior parte della popolazione penitenziaria rientra appieno nello stereotipo del delinquente povero e socialmente disadattato» (V. FURFARO, *Il lavoro penitenziario. Aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto*, in [www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/misure/furfaro/index.htm](http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/misure/furfaro/index.htm)). L'importanza della acquisizione di una professionalità risulta dall'art. 20 c. 1, l. n. 354/1975 nonché dall'art. 42 d.P.R. n. 230/2000 laddove favoriscono la partecipazione dei detenuti a corsi di formazione professionale.

<sup>1763</sup> Cfr. l'art. 59 della l. n. 354/1975. Non dovrebbero dunque rientrare nella fattispecie in esame le istituzioni penitenziarie minori ma occorre rammentare che l'art. 79 l. n. 354/1975 applica la disciplina dell'ordinamento penitenziario anche ai minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali.

<sup>1764</sup> *Id est* coloro che si trovano in fase di espiazione della pena in case di arresto o di reclusione (cfr. l'art. 61, l. n. 354/1975). Essi sono per l'ordinamento penitenziario i detenuti in senso stretto. Nel corso del presente lavoro, tuttavia, si ricomprenderà nel termine 'detenuti' anche gli internati (*idem* per quanto concerne l'espressione 'carcerati').

<sup>1765</sup> *Id est* coloro che si trovano in fase di esecuzione di una misura di sicurezza detentiva in una colonia agricola o in una casa di lavoro di cura e custodia o in un ospedale psichiatrico giudiziario (cfr. l'art. 62, l. n. 354/1975). L'art. 60 l. n. 354/1975 subordina l'attività lavorativa alle finalità terapeutiche. Si noti che l'art. 3, l. n. 354/1975 prevede espressamente la parità di condizioni di vita tra detenuti e internati.

A stretto rigore in questa definizione non rientra, invece, il lavoro prestato dai soggetti in stato di custodia cautelare in attesa di giudizio, cioè i c.d. *imputati*. A costoro, infatti, in quanto non colpevoli sino a condanna definitiva<sup>1766</sup>, il trattamento rieducativo non può essere imposto<sup>1767</sup>. Il lavoro degli imputati manca pertanto del principale elemento di specialità del lavoro carcerario, *id est*, come si avrà modo di specificare nel § 3, l'obbligatorietà.

Esulano inoltre dalla definizione in esame le prestazioni di lavoro di pubblica utilità<sup>1768</sup> nonché l'attività svolta in regime di semilibertà<sup>1769</sup>. In tali ipotesi, infatti, il lavoro costituisce una misura alternativa alla detenzione e non una modalità esecutiva della stessa.

## 2. Evoluzione della disciplina e ambito dell'indagine

In origine il lavoro dei detenuti aveva «funzione strettamente punitiva»<sup>1770</sup>. L'art. 1 c. 1 del R.d. 18 giugno 1931, n. 787, che fino al 1975 regolamentava la materia, sanciva infatti che «in ogni stabilimento carcerario le pene si scontano con l'obbligo del lavoro». Dunque il lavoro penitenziario rappresentava «un elemento della pena diretto ... ad inasprirla»<sup>1771</sup>. Niente di strano, quindi, che ad esso restassero «sostanzialmente estranei i problemi d'ordine sia 'teorico' sia 'pratico' connessi al lavoro libero»<sup>1772</sup> e che, conseguentemente, la dottrina giuslavoristica non si

<sup>1766</sup> Cfr. l'art. 27 c. 2, Cost. e l'art. 1 c. 5, l. n. 354/1975.

<sup>1767</sup> Cfr. l'art. 15 c. 3, l. n. 354/1975 in cui si legge: «gli imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa o di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica».

<sup>1768</sup> L'istituto, introdotto dall'art. 73, c. 5-bis, d.P.R. 309/1990, consiste nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività in sostituzione della pena detentiva.

<sup>1769</sup> Ex art. 48 l. n. 354/1975 il regime di semilibertà consiste nel concedere al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale. Sulla differenza tra lavoro all'esterno e semilibertà cfr. A. BENEDETTI, *Sul lavoro all'esterno: interpretazione giuridica e caratteristiche*, in *Rass. penit. crim.*, 1983, p. 338 (reperibile in [www.rassegnapenitenziaria.it/rassegnapenitenziaria/cop/42765.pdf](http://www.rassegnapenitenziaria.it/rassegnapenitenziaria/cop/42765.pdf)) il quale ricorda come la differenza tra semilibertà e lavoro all'esterno stia nel fatto che la prima è «una vera misura alternativa alla detenzione... [mentre] il lavoro all'esterno... è soltanto una modalità di detenzione».

<sup>1770</sup> G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 143. Per una ricostruzione storica e giuridica del lavoro dei detenuti si rinvia a: L. DE LITALA, *La prestazione di lavoro nel sistema penitenziario italiano*, in *Dir. lav.*, 1946, I, p. 240 e ss.; G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 53 e ss.; R. RUSTIA, *Il lavoro dei detenuti*, in *Giur. merito*, 1973, p. 73 e ss.; C. ERRA, voce *Lavoro penitenziario*, in *Enc. dir.*, 1973, p. 565 e ss.; G.F. MANCINI, *Dovere e libertà di lavorare*, in *PD*, 1974, p. 578 e ss.; D. MELOSSI, *Il lavoro in carcere: alcune osservazioni storiche*, in M. CAPPELLETO-A. LOMBROSO (a cura di), *Carcere e società*, Marsilio editori, Venezia, 1976, 135 e ss.; D. MELOSSI, M. PAVARINI (a cura di), *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*, Il Mulino, Bologna, 1977; M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 1 e ss.; G. VANACORE, *Lavoro penitenziario e diritti del detenuto*, in *Dir. relazioni ind.*, 2007, p. 1130 e ss.; G. FANCI, *Il mercato del lavoro nel mutamento del sistema penitenziario: dalle rivoluzioni industriali ai networks sociali*, in *Riv. di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2008, p. 116 e ss.; V. LAMONACA, *Profili storici del lavoro carcerario*, in *Rass. pen. crim.*, 3/2012, p. 44 e ss.; L. CASCIATO, *Lavoro e detenzione: origini ed evoluzione normativa*, in *L'altro diritto, centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, reperibile in [www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/asylum/casciato](http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/asylum/casciato). Per una bibliografia dettagliata sul lavoro carcerario si rinvia oltre che a V. LAMONACA, *Il lavoro penitenziario tra qualificazione giuridica e tutela processuale*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2010, p. 824 e ss. al bel lavoro di *literature review* svolto da D. ALBORGHETTI in allegato alla propria tesi di Dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro presso l'Università di Bergamo, discussa nell'a.a. 2012/2013 (relatore Prof. M. Tiraboschi), consultabile in [aisberg.unibg.it/bitstream/10446/30592/1/DT\\_Alborghetti\\_Daniele\\_2014.pdf](http://aisberg.unibg.it/bitstream/10446/30592/1/DT_Alborghetti_Daniele_2014.pdf). Per una breve panoramica sul lavoro carcerario v. invece S. FERNANDEZ SANCHEZ- G. LOY, *Lavoro carcerario*, in P. LAMBERTUCCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, in N. IRTI (promossi da), *Dizionari del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 334 e ss.

<sup>1771</sup> A. BERNARDI, *Il lavoro carcerario*, in G. FLORA (a cura di) *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, n. 663*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 81 e s.

<sup>1772</sup> A. BERNARDI, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 82.

mostrasse interessata al tema<sup>1773</sup>.

A mettere in crisi tale impostazione sopraggiunse, tuttavia, nel 1948 il Costituente sancendo all'art. 27 c. 3 Cost. il principio per cui: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»<sup>1774</sup>.

Nonostante la macroscopica discrasia venutasi a creare tra il R.d. n. 787/1931 e la Carta costituzionale<sup>1775</sup>, il primo, in quanto regolamento - e, dunque, atto non sindacabile dalla Consulta ex art. 134 Cost. - rimase in vigore fino al 1975<sup>1776</sup>, anno in cui il Parlamento riuscì finalmente a varare una disciplina sintonica coi principi costituzionali<sup>1777</sup>: la l. 26 luglio 1975, n. 354 e il relativo regolamento attuativo, ossia il d.P.R. n. 431/1976<sup>1778</sup>. La legge, nonostante numerose modifiche<sup>1779</sup>, è tuttora in vigore, mentre il regolamento è stato sostituito dal d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

Il lavoro carcerario trova pertanto oggi la propria regolamentazione negli artt. 15 e 20-25 *bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario), nonché negli artt. 47-53 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (c.d. regolamento penitenziario).

In base alla suddetta normativa l'attività lavorativa svolta dai detenuti costituisce uno dei 'tasselli' del c.d. trattamento penitenziario, ossia del complesso di attività, misure e interventi destinati alla loro rieducazione. L'art. 15 c. 1 della l. n. 354/1975 sancisce infatti che: «il trattamento del

<sup>1773</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 81 parla addirittura di un «orrore dei giuslavoristi» per la materia, v. anche U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, in M. CAPPELLETTO-A. LOMBROSO (a cura di), *Carcere e società*, Marsilio editori, Venezia, 1976, p. 92 (lo stesso testo è pubblicato in PD del 1974 con il titolo *Il diritto del lavoro dietro le sbarre*) il quale ricorda come per lungo tempo i penitenziaristi abbiano «amministrato la provincia del lavoro carcerario quasi per delega dei giuslavoristi».

<sup>1774</sup> Sul divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti v. a livello internazionale: l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei diritti umani, approvata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948; l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848; il par. 71.1 della Risoluzione ONU del 30 agosto 1955 sulle regole minime per il trattamento dei detenuti; l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, ratificato dall'Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 881 e, a livello comunitario, l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>1775</sup> Il R.d. n. 787/1931 era in palese contrasto anche con gli artt. 2, 3, 35, 36 e 38 della Costituzione.

<sup>1776</sup> Cfr. sul punto: Corte cost., 10 luglio 1968, n. 91 e Corte cost., 20 marzo 1970, n. 40 (entrambe reperibili in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), nonché R. CICCOTTI-F. PITTAU, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, Franco Angeli, Milano, 1987, p. 33. A ciò si aggiunga che qualcuno in dottrina si esprime contro l'applicazione dei principi costituzionali ai detenuti (cfr. V. SIMI, *Disposizioni di legislazione sociale particolare ad alcune categorie di lavoratori*, in U. BORSI e F. PERGOLES (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1959, III vol., p. 523).

<sup>1777</sup> V. in particolare l'art. 1, l. n. 354/1975 in cui si legge al c. 1 che «il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona» ed, ancora, al c. 4 che «i detenuti e gli internati sono chiamati con il loro nome» e al c. 6 che «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti». Si veda anche l'art. 4, l. n. 354/1975 il quale sancisce che «i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale». Sul periodo intercorrente dal varo della Costituzione alla l. n. 354/1975 cfr. V. LAMONACA, *Lavoro penitenziario, diritto vs obbligo*, in *Rass. pen. crim.*, 2/2009, p. 65 e ss.

<sup>1778</sup> Per un'analisi dell'ordinamento penitenziario si rinvia, tra le tante opere, a quella di F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, il Mulino, Bologna, 1977 e, più di recente, a quella di F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Utet, Torino, 2005 e di V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4 ed., Cedam, Padova, 2011.

<sup>1779</sup> Per un breve ma dettagliato resoconto delle modifiche apportate nel tempo alla l. n. 354/1975 si rinvia a: M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 2 e ss. e R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 18 e s. V. LAMONACA, *Profili storici del lavoro carcerario*, cit., p. 72 e ss.

condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, *del lavoro*, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti col mondo esterno ed i rapporti con la famiglia» (corsivo aggiunto).

L'amministrazione carceraria è dunque tenuta, nei limiti del possibile, ad assicurare ai detenuti l'attività lavorativa all'interno o all'esterno<sup>1780</sup> dell'istituto penitenziario<sup>1781</sup>. Essa deve inoltre garantire che il lavoro non abbia carattere affittivo<sup>1782</sup> ma sia, anzi, improntato a quello libero<sup>1783</sup>, tanto che i carcerati, pur essendo obbligati come detto a svolgere la prestazione di lavoro<sup>1784</sup>, devono essere per ciò remunerati<sup>1785</sup>.

Dunque il legislatore del 1975, pur disancorando il lavoro penitenziario dalla vecchia concezione punitiva, non lo ha ricondotto *tout court* nelle maglie del lavoro libero, preferendo mantenere una «frontiera»<sup>1786</sup> tra le due fattispecie, dando per assunto l'insuperabilità degli elementi di specialità<sup>1787</sup> propri del lavoro carcerario.

Il presente contributo intende, *in primis*, dare conto di tali elementi di specialità per saggiare se (e smentire che) essi costituiscano effettivamente un ostacolo insuperabile alla riconduzione del lavoro dei detenuti al lavoro libero e, *in secundis*, analizzare la disciplina del lavoro penitenziario al fine di verificare la portata e l'attualità di tale frontiera<sup>1788</sup>.

### 3. Elementi di specialità

A ben vedere il lavoro penitenziario presenta due peculiarità genetiche rispetto al c.d. lavoro libero: una oggettiva e l'altra soggettiva.

<sup>1780</sup> Al lavoro all'esterno sono ammessi solo i detenuti che siano stati a ciò autorizzati dalla direzione dell'istituto. L'autorizzazione è disposta solo quando ne sia prevista la possibilità nel programma di trattamento e diviene esecutiva solo quando il provvedimento sia stato approvato dal magistrato di sorveglianza che ne valuta l'opportunità tenendo conto del tipo di reato, della durata della misura privativa della libertà, nonché dell'esigenza di prevenire il pericolo che l'ampresso al lavoro all'esterno commetta altri reati (cfr. l'art. 48 c. 1, 3 e 4, d.P.R. n. 230/2000).

<sup>1781</sup> Cfr. l'art. 15 c. 2, l. n. 354/1975 in cui si legge che «ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro».

<sup>1782</sup> Cfr. l'art. 20 c. 2, l. n. 354/1975 secondo cui «il lavoro penitenziario non ha carattere affittivo».

<sup>1783</sup> Cfr. l'art. 20 c. 5, l. n. 354/1975 in base al quale «l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di fare acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale».

<sup>1784</sup> Cfr. l'art. 20 c. 3 e c. 4, l. n. 354/1975, nonché l'art. 50 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1785</sup> Cfr. l'art. 20 c. 2, l. n. 354/1975 a norma del quale «il lavoro penitenziario... è remunerato».

<sup>1786</sup> L'espressione è di U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, cit., p. 100.

<sup>1787</sup> In proposito in giurisprudenza v.: Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1087 in *Dir. lav.*, 1989, II, p. 241, con nota di ARBIA e in Cass. pen., 1989, p. 947 con nota di VITELLO; Cass., 19 luglio 1991, n. 8055 in *Foro it.*, 1991, I, c. 2354, con nota di NISTICÒ; Cass. Sez. Un. 21 luglio 1999, n. 490 in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 394, con nota di FERLUGA oltre che in *Dir. lav.*, 2000, II, p. 449 con nota di FABOZZI; Cass. Sez. Un. 14 dicembre 1999, n. 899 in *Foro it.*, 2000, I, c. 434 oltre che in *Dir. lav.*, 2000, II, p. 449 con nota di FABOZZI.

<sup>1788</sup> Il presente lavoro, dunque, oltre ad evitare qualunque riferimento all'aspetto storico-sociologico connesso alla materia in esame (per un approfondimento del quale si rinvia al bel lavoro di D. ALBORGHETTI, cit.) tralascerà totalmente gli aspetti pratici (per cui si rinvia al recente lavoro di F. FIORENTIN, *Le pratiche del detenuto: le istanze per chiedere il differimento della pena, la libertà vigilata e l'esecuzione domiciliare: le procedure per ottenere il risarcimento del danno da sovraffollamento delle carceri: i colloqui con il difensore e con altri soggetti, il lavoro e i permessi: i reclami contro le sanzioni disciplinari, la sorveglianza particolare e l'applicazione del 41-bis*, Giuffrè, Milano, 2013 oltre che agli interessanti contenuti pubblicati sul sito ristretti orizzonti - [www.ristretti.org](http://www.ristretti.org)).

### 3.1. La specialità oggettiva

La diversità oggettiva sta nel fatto che nel lavoro carcerario l'obbligazione di lavorare non sorge contrattualmente per rispondere ad interessi privati – come avviene per il lavoro libero – ma nasce *ex lege* in adempimento di una obbligazione legale scaturente da una sentenza di condanna<sup>1789</sup> che risponde all'interesse pubblico della rieducazione sociale del condannato<sup>1790</sup>. Ciò significa, da un lato, che il rapporto di lavoro convive con quello punitivo<sup>1791</sup> e, dall'altro, che esso è dovuto. È infatti la sentenza che fa sorgere in capo al detenuto l'obbligazione di lavorare<sup>1792</sup> e, correlativamente, in capo alla amministrazione penitenziaria l'obbligazione di procurare ai carcerati occasioni di lavoro<sup>1793</sup>. Pertanto l'attività lavorativa nasce come obbligazione pubblicistica di origine legale e non, come nel lavoro libero, come obbligazione contrattuale cui i cittadini sono tenuti *ex art. 4 Cost.* in virtù di un (mero) dovere sociale<sup>1794</sup>.

Tuttavia, come sottolineato da autorevole dottrina, il fatto che la prestazione lavorativa sia dovuta e, dunque, non sorga da un contratto «non comporta automaticamente l'inconfigurabilità... [di un] rapporto»<sup>1795</sup> di lavoro. Ciò è tanto più vero se si pone mente al fatto che l'obbligo di lavorare pare assai annacquato da due circostanze imprescindibili per lo svolgimento della prestazione di lavoro carcerario: *in primis*, che l'amministrazione sia effettivamente in grado di offrire un lavoro e, *in secundis*, per effetto dell'abolizione dei lavori forzati<sup>1796</sup> (nonché per qualcuno an-

<sup>1789</sup> Cfr. sul punto L. DE LITALA, *La prestazione di lavoro nel sistema penitenziario italiano*, cit., p. 242 che efficacemente equipara il lavoro dei detenuti all'obbligo di leva.

<sup>1790</sup> Cfr. T. ORSI, *Sul lavoro carcerario*, in *Temi*, 1977, p. 506 e s. e F. NISTICÒ, *Il lavoro dei detenuti: terapia, redenzione e salario*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2356.

<sup>1791</sup> Cfr. sul punto M. BARBERA, *Lavoro carcerario*, in *Dig. sez. comm.*, 1992, VIII, p. 221, nonché Corte cost. n. 22 maggio 2001, n. 158, pubblicata in *Lav. nella giur.*, 2001, p. 643 con nota di MANNACIO; in *Mass. Giur. lav.*, 2001, p. 1226 con nota di BETTINI; in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 1244 con nota di DELLA CASA; in *Giur. cost.*, 2001, c. 1270, con nota di MORRONE e, con nota dello stesso autore in *Dir. lav.*, 2001, II, p. 469.

<sup>1792</sup> Cfr. l'art. 20 c. 3, l. n. 354/1975 e l'art. 50 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1793</sup> Cfr. l'art. 20 c. 1 e c. 12, l. n. 354/1975 i quali rispettivamente prevedono che «negli istituti penitenziari devono essere favorite in ogni modo la destinazione dei detenuti e degli internati al lavoro... a tal fine possono essere istituite lavorazioni organizzate e gestite direttamente da imprese pubbliche o private» e che «le amministrazioni penitenziarie, centrali e periferiche, stipulano apposite convenzioni con soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire a detenuti o internati opportunità di lavoro», nonché l'art. 47 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1794</sup> Sul rapporto tra il lavoro dei detenuti e l'art. 4 Cost. si rinvia alla panoramica di V. LAMONACA, *Lavoro penitenziario, diritto vs obbligo*, cit., p. 51 e ss.

<sup>1795</sup> G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, cit., c. 59.

<sup>1796</sup> Cfr. R. PESSI, *Il rapporto di lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese private appaltatrici*, in *Dir. lav.*, 1978, II, p. 106 e s.; V. GREVI, *Art. 1, cit.*, p. 18. In realtà occorre rammentare che sebbene la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (art. 4), nonché il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 (art. 8), pur vietando il lavoro forzato e obbligatorio, considerino lecito il lavoro «richiesto ad una persona legittimamente detenuta» qualora non ecceda i normali limiti e sia volto ad agevolarne il reinserimento sociale, in quanto il lavoro così concepito viene valutato come «garanzia della futura indipendenza e libertà del condannato» (T. ORSI VERGIATI, *Note in tema di lavoro obbligatorio per i detenuti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 843) e ciò con il pieno avallo della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. la sentenza 24 giugno 1982 *Van Droogenbroeck c. Belgio*) e sebbene la Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee al paragrafo 105.2 affermi che «può essere imposto di lavorare a tutti i condannati che non abbiano ancora raggiunto l'età della pensione, coerentemente con il loro stato fisico e mentale così come stabilito dal medico», l'art. 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (che in base al nuovo art. 6 TUE ha lo stesso valore giuridico dei trattati dell'UE) nel vietare qualsiasi «lavoro forzato o obbligatorio» non opera in proposito alcun distinguo. Per un quadro della normativa sovranazionale applicabile al lavoro penitenziario v. L. DAGA *Trattamento penitenziario*, in *ED*, XLIV,

che per evitare di snaturare la finalità rieducativa del lavoro<sup>1797</sup>), che il detenuto acconsenta a svolgere la prestazione lavorativa.

Con riferimento al primo aspetto, basti dire che la norma secondo cui «salvo casi d'impossibilità, al condannato ... è assicurato il lavoro»<sup>1798</sup>, non garantisce ai detenuti un vero e proprio diritto soggettivo al lavoro ma, piuttosto, una mera aspettativa destinata a trasformarsi in diritto soggettivo solo una volta sorta l'occasione di lavoro<sup>1799</sup>. Del resto, posto che *ad impossibilia nemo tenetur*, che senso potrebbe attribuirsi altrimenti all'inciso 'salvo casi di impossibilità'? Tanto più che, diversamente ragionando, da un lato, i detenuti si troverebbero a godere di un diritto sconosciuto ai cittadini liberi e, dall'altro, l'amministrazione penitenziaria finirebbe per trovarsi nella pericolosa situazione di dover garantire il lavoro a tutti i carcerati che ne facciano richiesta<sup>1800</sup>. Si rammenti, inoltre, che sebbene l'ordinamento penitenziario consideri il lavoro come un elemento del trattamento rieducativo e lo Stato e gli enti territoriali si sforzino di incentivarlo<sup>1801</sup>, i detenuti

1992, nonché A. NALDI (a cura di), *Europa, Carcere, Penalità, lavoro. Ricerca transnazionale*, in *Quaderni di Antigone*, Febbraio 2005, pubblicato in

[www.ristretti.it/commenti/2007/ottobre/europa\\_carcere\\_lavoro.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2007/ottobre/europa_carcere_lavoro.pdf).

<sup>1797</sup> Cfr. F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, cit., p. 14 che ricorda come l'«ottica ... rieducativa... per essere genuina, deve fondarsi sulla libera e consapevole adesione degli interessati», nonché S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, 1980, XXX, p. 922 per il quale «nonostante il sistema legislativo possa suggerire l'impressione dell'esistenza di un vero obbligo giuridico per il detenuto di sottostare alla terapia rieducativa, deve invece ritenersi che questi possa rinunciarvi e che, di conseguenza, il 'trattamento' comprenda in sé anche il diritto a non essere trattato».

<sup>1798</sup> Art. 15 c. 2, l. n. 354/1975.

<sup>1799</sup> È dello stesso avviso G. PELLACANI, *Il lavoro carcerario*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, vol. II, p. 1486; R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 22. Ritengono invece che la norma attribuisca al detenuto un vero diritto soggettivo al lavoro: F. CARDANOBOLE, *Il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria: il 'lavoro domestico'*, in F. CARDANOBOLE-R. BRUNO-A. BASSO-I. CARECCIA, *Il lavoro dei detenuti*, Cacucci, Bari, 2007, p. 30; S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 925; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, cit., p. 106; Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1087, cit. Parlano invece di norma programmatica: A. BERNARDI, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 91 e s.; R. CICCOTTI-F. PITTAU, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, cit., p. 60; e s.; G. VIDIRI, *Il lavoro carcerario: problemi e prospettive*, cit., p. 51; M.N. BETTINI, voce *Lavoro carcerario*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 2; G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, cit., p. 150.

<sup>1800</sup> Cfr. sul punto R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 21 e s.

<sup>1801</sup> *In primis* vanno segnalati gli sforzi compiuti dal legislatore: cfr. in *primis* la l. 22 giugno 2000, n. 193 (per un cui commento si rinvia a A. MORRONE, *Lavoro penitenziario: nuove norme su "privatizzazione" ed incentivi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1429 e ss. ed a F. MAISTO, *Commento alla l. 22 giugno 2000 n. 193, norme per favorire l'attività lavorativa dei detenuti*, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 33, p. 14 e ss.) che prevede una serie di agevolazioni contributive e incentivi fiscali alle imprese che assumono detenuti (per un resoconto circa la collaborazione tra imprese e carcere v. M. GRUMO, V. LANGELLA, *Carcere e impresa: una partnership possibile*, in *Non Profit*, fasc. 2/2010, p. 95 e ss.). Si aggiunga inoltre che sia la l. n. 354/1975, che il d.P.R. n. 230/2000 sono costellate da norme volte ad incentivare il lavoro dei detenuti, v. per es. l'art. 20, c. 13, l. n. 354/1975 in cui si legge che le direzioni degli istituti penitenziari, in deroga alle norme di contabilità sia generale che speciale, possono vendere prodotti delle lavorazioni penitenziarie a prezzo pari o anche inferiore al loro costo. Sono invece tutt'ora al palo i numerosi disegni di legge per l'istituzione di un garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti, cui attribuire, tra gli altri compiti, quello di porre in essere ogni iniziativa necessaria od opportuna al fine di promuovere e di facilitare, anche attraverso azioni congiunte con altri soggetti pubblici e con soggetti privati l'inserimento lavorativo dei detenuti (cfr. d.d.l. n. 343 comunicato alla presidenza il 6 maggio 2008; il d.d.l. n. 1849 comunicato alla presidenza il 4 novembre 2009; il d.d.l. n. 2702 comunicato alla presidenza il 21 settembre 2009; il d.d.l. n. 1347 comunicato alla presidenza il 29 gennaio 2009 nonché il d.d.l. n. 1755 comunicato alla presidenza l'8 ottobre 2008, tutti consultabili in [www.camera.it](http://www.camera.it)). Sono invece a regime le figure dei garanti regionali, provinciali e comunali le cui funzioni sono definite dai relativi atti istitutivi ed il cui elenco è pubblicato sul sito del Ministero della Giustizia all'indirizzo [www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_3\\_6\\_2.wp](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_3_6_2.wp). Vanno poi segnalate (oltre alla lodevole iniziativa posta in essere tramite un Protocollo d'intesa firmato tra il Ministro della Giustizia Andrea Orlando e il Ministro dell'Ambiente Gian Luca Galletti il 29 maggio 2014 per promuovere e agevolare l'attività lavorativa dei detenuti nei parchi), le numerose iniziative delle regioni e degli enti locali, come il Protocollo d'intesa tra il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e l'Associazione Nazionale Comuni d'Italia (A.N.C.I.) per la promozione di attività di utilità comune e del lavoro di pubblica utilità da parte di soggetti detenuti in favore della comunità locale siglato il 20 giugno 2012, che si propone di accrescere il flusso di opportunità occupazionali

lavoratori rappresentano ad oggi poco più del 23% della popolazione carceraria<sup>1802</sup>.

Con riferimento al secondo aspetto, ossia al consenso del detenuto, l'obbligo di lavorare pare assai stemperato dal fatto che, in caso di rifiuto di prestare attività lavorativa, l'ordinamento penitenziario non prevede mezzi di coercizione. Se è vero, infatti, che l'art. 41 l. n. 354/1975 ammette «l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se ... indispensabile per vincere la resistenza, anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti», la natura rieducativa del lavoro rende difficile leggere la richiesta di prestare attività lavorativa come 'ordine impartito'. A ciò si aggiunga che sebbene l'art. 77 (punto 3) del D.P.R. 230/2000 preveda sanzioni disciplinari<sup>1803</sup> in caso di volontario inadempimento di obblighi lavorativi, è nondimeno pacifico che tale norma non intende punire «la condotta di chi, fin dall'inizio, rifiuti di svolgere un'attività lavorativa offerta dall'amministrazione penitenziaria, bensì chi, dopo aver accettato l'offerta di lavoro, assuma volutamente un atteggiamento passivo»<sup>1804</sup> (come dimostra l'art. 53 del D.P.R. n. 230/2000 che esclude dal lavoro il detenuto che manifesti un sostanziale rifiuto di adempiere la prestazione lavorativa, e ciò al chiaro fine di evitare «da un lato, che i detenuti usufruiscano solo dei vantaggi connessi al lavoro senza dedicarvisi, dall'altro che situazioni del genere sottraggano posti di lavoro di cui potrebbero beneficiare altri detenuti»<sup>1805</sup>).

### 3.2. La specialità soggettiva

A questa specialità oggettiva del lavoro carcerario va a sommarsi, come detto, una specialità per così dire soggettiva, consistente nel fatto che il lavoro penitenziario, anche quando svolto all'esterno dell'istituto di pena, è posto in essere da soggetti sottoposti a restrizioni personali dettate da superiori esigenze di sicurezza pubblica. Tale peculiarità, se pare imprescindibile nella fase di organizzazione dell'attività lavorativa – posto che la sicurezza costituisce «la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento»<sup>1806</sup> – non si vede, invece, come possa giuridicamente incidere sui diritti e doveri nascenti dallo svolgimento della prestazione di lavoro.

---

mediante la promozione, ricerca ed organizzazione di attività lavorative in favore della popolazione detenuta attraverso un piano sinergico di azioni congiunte cui partecipino le Amministrazioni comunali e le strutture periferiche dell'Amministrazione Penitenziaria. Per una panoramica dei progetti locali v. M. GRANDE-M.A. SERENARI (a cura di), *In-out: alla ricerca delle buone prassi. Formazione e lavoro nel carcere del 2000*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 59 e ss., nonché F. CARDANOBILO-R. BRUNO-A. BASSO-I. CARECCIA, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 83 e ss. ed, infine, anche in una prospettiva *de iure condendo* G. DIQUATTRO, *Il ruolo dell'ente locale nell'area dell'esecuzione penale, considerazioni, riflessioni e proposte sul lavoro esterno e sul reinserimento*, in *Istituzioni del federalismo*, 2006, fasc. 1, p. 83 e ss. Vale la pena accennare anche al tentativo fatto nel 2010, tramite una convenzione quadro con il Ministero della Giustizia, di creare una vera e propria agenzia di collocamento per detenuti c.d. Agenzia nazionale per il reinserimento al lavoro (Anrel), con l'obiettivo di creare un tramite fra istituti penitenziari e datori di lavoro per l'inserimento lavorativo di detenuti ed ex detenuti. Il progetto, tuttavia non ha mai visto la luce.

<sup>1802</sup> Cfr. i dati forniti dal Ministero della Giustizia al 31 dicembre 2013 da cui risulta che solo 14.546 detenuti su 62.536 svolgono una attività lavorativa.

<sup>1803</sup> Trattasi del richiamo, dell'ammonizione, dell'esclusione dalle attività ricreative e sportive o dalle attività in comune o dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta.

<sup>1804</sup> A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 152.

<sup>1805</sup> A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 152. Si segnalano del resto le circolari del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria che, parlando esplicitamente di 'Patto trattamentale', rendono inequivocabile la necessità del consenso del detenuto.

<sup>1806</sup> Art. 2 D.P.R. n. 230/2000.



### 3.3. Prime conclusioni: la specialità del lavoro dei detenuti non è giuridicamente insuperabile

Le considerazioni sopra svolte portano a ritenere che gli elementi di specialità oggettiva e soggettiva del lavoro penitenziario non siano tali da rendere giuridicamente invalicabile la frontiera fraposta dal legislatore tra il lavoro dei detenuti e quello libero.

Ciò premesso non rimane che analizzare la vigente disciplina relativa al lavoro carcerario, *in primis*, per saggiare l'effettiva portata di tale frontiera, cioè, come è stato efficacemente detto, al fine di calcolare l'esatta distanza tuttora esistente tra il concetto di detenuto lavoratore e quello di lavoratore detenuto<sup>1807</sup> ed, *in secundis*, per verificare l'opportunità circa la permanenza di tale frontiera.

## 4. Le tipologie di lavoro contemplate dall'ordinamento penitenziario

L'ordinamento penitenziario regola in modo differenziato il rapporto di lavoro carcerario sia in base alla modalità (subordinata o autonoma) di svolgimento della prestazione, sia, in caso di lavoro subordinato, in base alla 'figura datoriale' (amministrazione penitenziaria o soggetti terzi).

Il detenuto, dunque, può essere chiamato a svolgere la prestazione lavorativa in una delle tre seguenti modalità: lavoro autonomo; lavoro subordinato alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria; lavoro subordinato alle dipendenze di terzi.

Di ciascuna si darà conto partitamente.

### 4.1. Il lavoro autonomo

Il lavoro autonomo è considerato dalla l. n. 354/1975 come modalità eccezionale di esecuzione del lavoro penitenziario. La finalità rieducativa insita nella attività lavorativa comporta, infatti, che il detenuto venga, di regola, chiamato a svolgere la prestazione nella forma della etero-direzione 'pura', o, al limite, qualora egli non abbia sufficienti cognizioni tecniche, in quella 'mista' dell'apprendistato<sup>1808</sup>. Non stupisce, dunque, che l'ordinamento penitenziario consideri come 'lavoro ordinario'<sup>1809</sup> il lavoro subordinato, né che ponga così scarsa attenzione alla regolamentazione del lavoro autonomo da dedicargli solo una manciata di norme.

*In primis* la l. n. 354/1975 sancisce che tale tipologia di lavoro possa essere svolta in via esclusiva solo dietro autorizzazione del direttore dell'istituto – che è chiamato ad accertare non solo che il detenuto richiedente abbia attitudini artigianali, culturali o artistiche<sup>1810</sup>, ma anche che si dedichi ad esse con impegno professionale<sup>1811</sup>.

---

<sup>1807</sup> Cfr. G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, cit., p. 156.

<sup>1808</sup> Cfr. art. 20 c. 15, l. n. 354/1975.

<sup>1809</sup> Cfr. l'art. 20 c. 14 l. n. 354/1975.

<sup>1810</sup> Cfr. l'art. 20, c. 14 l. n. 354/1975.

<sup>1811</sup> Cfr. l'art. 51, c. 3, d.P.R. n. 230/2000 a norma del quale «i condannati e gli internati che richiedono di svolgere attività artigianali, intellettuali o artistiche durante le ore di lavoro, possono essere autorizzati ed esonerati dal lavoro ordinario, quando dimostrino di possedere le attitudini previste ... e si dedichino ad esse con impegno professionale».



*In secundis* la normativa in esame prevede che il lavoro autonomo possa essere svolto dal detenuto sia all'interno del carcere (c.d. lavoro infra-murario) sia, qualora il detenuto vi sia ammesso<sup>1812</sup>, al suo esterno<sup>1813</sup>. In quest'ultimo caso il lavoratore dovrà indossare abiti civili e non potrà essere ammanettato né scortato, salvo motivi di sicurezza<sup>1814</sup>. L'assenza di scorta comporta l'obbligo, per il carcerato, di sottostare a precisi orari e prescrizioni<sup>1815</sup> e, per l'amministrazione, di controllare direttamente il lavoro al fine di verificare che il detenuto li osservi e che la prestazione sia svolta nel pieno rispetto dei diritti e della dignità del carcerato<sup>1816</sup>.

Infine, l'ordinamento penitenziario prescrive che il detenuto versi l'utile finanziario derivante dall'attività lavorativa alla direzione dell'istituto, affinché essa provveda ad effettuare i prelievi dovuti ex art. 145 c.p. a titolo di risarcimento del danno, di rimborso delle spese di procedimento e di mantenimento in carcere<sup>1817</sup>.

#### 4.2. Il lavoro subordinato alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria

Il lavoro subordinato alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria è, lo si è detto, quello a cui i detenuti vengono di regola adibiti<sup>1818</sup>.

Come il lavoro autonomo anche il lavoro in parola può essere svolto sia all'interno delle mura dell'istituto di pena sia, qualora ne ricorrano le condizioni, al suo esterno<sup>1819</sup>. La prima ipotesi appare senza dubbio la più frequente. Occorre tuttavia precisare che il luogo (esterno o infra-murario) di svolgimento della prestazione di lavoro non incide sulla regolamentazione del rapporto<sup>1820</sup>, in quanto, nonostante il dettato della legge<sup>1821</sup>, a tutti i detenuti dipendenti dell'amministrazione penitenziaria si applica, per prassi, la normativa lavoristica contenuta nell'ordinamento penitenziario, che, a ben guardare, contempla solo tre istituti: l'accesso al lavoro, la remunerazione e il potere disciplinare.

<sup>1812</sup> Cfr. nota 23.

<sup>1813</sup> Cfr. l'art. 48 c. 12 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1814</sup> Cfr. l'art. 21, c. 2 l. n. 354/1975 e l'art. 48 c. 5 e 6, d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1815</sup> Cfr. l'art. 48 c. 13, d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1816</sup> Cfr. l'art. 21, c. 3, l. n. 354/1975 e l'art. 48, c. 16 e c. 17, d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1817</sup> Cfr. l'art. 24 l. n. 354/1975; l'art. 48, c. 12 e l'art. 51 c. 6 d.P.R. n. 230/2000. La parte del ricavato restante dopo le ritenute operate dall'amministrazione penitenziaria va a formare il c.d. peculio del detenuto che è tenuto in deposito dalla direzione dell'istituto ed è regolamentato dall'art. 25 l. n. 354/1975.

<sup>1818</sup> Cfr. i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia secondo cui dei 14.546 detenuti lavoratori presenti in Italia al 31 dicembre 2013 ben 12.268 svolgono attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria.

<sup>1819</sup> Cfr. nota 23.

<sup>1820</sup> Ovviamente ciò incide su alcuni elementi: ad esempio nel caso di lavoro alle dipendenze della amministrazione penitenziaria svolto all'esterno dell'istituto di pena vale l'obbligo di indossare abiti civili e il divieto delle manette nonché, salvo motivi di sicurezza, della scorta (in proposito vale quanto già detto per il lavoro autonomo svolto all'esterno).

<sup>1821</sup> L'ordinamento penitenziario infatti sancisce da un lato che «i detenuti e gli internati ammessi al lavoro all'esterno esercitano i diritti riconosciuti ai lavoratori liberi, con le sole limitazioni che conseguono agli obblighi inerenti all'esecuzione della misura privativa della libertà» (cfr. l'art. 48 c. 11, d.P.R. n. 230/2000) e, dall'altro, che «al lavoro all'esterno si applica... la disciplina generale sul collocamento ordinario» (cfr. l'art. 20 c. 10, l. n. 354/1975).

Per quanto riguarda l'assegnazione al lavoro<sup>1822</sup>, la l. n. 354/1975 prevede che i posti disponibili siano indicati in una tabella predisposta con «imparzialità e trasparenza»<sup>1823</sup> dalla direzione dell'istituto<sup>1824</sup> e assegnati (almeno “sulla carta”<sup>1825</sup> da una apposita commissione<sup>1826</sup> costituita presso ciascun istituto) per graduatoria<sup>1827</sup>, sulla base di criteri tassativi<sup>1828</sup>, sulla scorta di due liste: una generica e l'altra per qualifica o mestiere<sup>1829</sup>. Dunque il sistema di collocamento non si basa sulla regola del libero incontro tra domanda e offerta di lavoro, non solo perché, come già detto, l'amministrazione penitenziaria è tenuta a creare le occasioni di lavoro, ma anche perché i detenuti vengono chiamati a svolgere la prestazione lavorativa in base all'ordine di graduatoria.

Anche la remunerazione presenta delle peculiarità; infatti, essa oltre ad essere assoggettata, come visto, ai prelievi<sup>1830</sup> dovuti ex art. 145 c.p. a titolo di risarcimento del danno, di rimborso delle spese di procedimento e di mantenimento in carcere<sup>1831</sup>, non è affidata alla forza contrattuale delle parti, ma determinata equitativamente da una commissione *ad hoc*<sup>1832</sup> in misura non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro<sup>1833</sup> e differenziata per ciascuna categoria di lavoratori, tenendo conto della quantità e qualità di lavoro svolto, della organizzazione, nonché del tipo di prestazione.

<sup>1822</sup> Cfr. l'art. 20 c. 6 e ss. della l. n. 354/1975.

<sup>1823</sup> Cfr. l'art. 49 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1824</sup> Cfr. l'art. 25-bis c. 3 e 4 l. n. 354/1975 e l'art. 47 c. 10 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1825</sup> Le amministrazioni penitenziarie non hanno infatti provveduto alla formazione e al funzionamento di tali commissioni e pertanto, di fatto, la graduatoria per l'ammissione dei detenuti al lavoro intramurario viene gestita con criteri altamente discrezionali da parte della direzione degli istituti penitenziari (v. sul punto F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, cit., p. 16).

<sup>1826</sup> La composizione della commissione è indicata nell'art. 20 c. 8 l. n. 354/1975. Si noti che in base all'art. 20 c. 9 l. n. 354/1975 alle riunioni della commissione dovrebbe partecipare senza potere deliberativo anche un rappresentante dei detenuti, designato per sorveglianza secondo le modalità indicate nel regolamento interno dell'istituto.

<sup>1827</sup> Cfr. l'art. 49 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1828</sup> Ex art. 20 c. 6 l. n. 354/1975 si tratta dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o internamento, dei carichi familiari, della professionalità e delle precedenti e documentate attività svolte, nonché delle plausibili occupazioni post-dimissione.

<sup>1829</sup> Cfr. l'art. 20, c. 7 l. n. 354/1975.

<sup>1830</sup> Non è più prevista la trattenuta di 3/10 sulla mercede da devolvere alla cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime dei delitti – e dopo la sua soppressione alle regioni e agli enti locali –, stabilita dalla versione originaria dell'art. 23 l. n. 354/1975. Tale trattenuta è stata infatti dichiarata incostituzionale da Corte cost., 18 febbraio 1992, n. 49, (in *Foro it.*, 1992, I, c. 611 e in *Giur. cost.*, 1993, c. 503 con nota di GALLI), perché in contrasto con l'art. 3 Cost., trattandosi di un concorso aggiuntivo alla spesa pubblica ingiustificatamente richiesto solo ai detenuti. Per un'analisi della questione si rinvia a G. GALLI, *La Corte costituzionale ritorna sulla mercede per il lavoro dei detenuti*, in *Dir. lav.*, 1993, II, p. 40 e ss.; M.R. MARCHETTI, *Art. 23. Remunerazione e assegni familiari*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, 3 ed., cit., p. 311 e ss.

<sup>1831</sup> Cfr. l'art. 24 l. n. 354/1975; l'art. 48, c. 12 e l'art. 51 c. 6 d.P.R. n. 230/2000. La parte del ricavato che resta dopo le ritenute operate dall'amministrazione penitenziaria va a formare il c.d. peculio del detenuto che è tenuto in deposito dalla direzione dell'istituto e che è regolamentato dall'art. 25 l. n. 354/1975, nonché dall'art. 57 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1832</sup> La commissione è composta da: il direttore generale degli istituti di prevenzione e di pena, il direttore dell'ufficio del lavoro dei detenuti della direzione generale per gli istituti di prevenzione e di pena, un ispettore generale degli istituti di prevenzione e di pena, un rappresentante del Ministero del tesoro, un rappresentante del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e un delegato per ciascuna delle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale (art. 22, l. n. 354/1975).

<sup>1833</sup> Sul calcolo della mercede in caso di mancato aggiornamento della tabella v. Cass. pen., 8 luglio 2004, n. 36250, in *Riv. pen.*, 2005, 1402 (s.m.). Sul punto v. anche la recente pronuncia App. Roma 25 marzo 2014, ad oggi ancora inedita a quanto consta.

Dunque, a ben vedere, l'ordinamento penitenziario attribuisce al detenuto non una retribuzione, quanto, piuttosto, una gratificazione<sup>1834</sup> (chiamata mercede), in quanto il compenso deve rispettare solo un generico criterio di equità e non anche, come nel lavoro libero, un criterio di correttezza.

Tale disposizione, benché criticata da una parte della dottrina<sup>1835</sup>, è stata giudicata dalla Corte costituzionale<sup>1836</sup> conforme all'art. 3 Cost. L'argomentazione della Consulta si regge in sostanza sulla considerazione che «chi è obbligato a lavorare per educarsi... non [può]... pretendere di essere pagato come chi presta la sua attività in esecuzione di un contratto e svolge un lavoro che non è né obbligatorio, né terapeutico»<sup>1837</sup>. E se è vero che «il momento rieducativo non può che passare attraverso una retribuzione ... idonea a responsabilizzare il detenuto ed a farlo sembrare... utile a se stesso ed alla propria famiglia»<sup>1838</sup>, per la Corte l'art. 22 l. n. 354/1975 non pare frustrare tale momento laddove, da un lato, richiama il principio della equità e, dall'altro, aggancia la mercede del detenuto ai contratti collettivi di lavoro.

Per quanto attiene, infine, al potere disciplinare, esso è regolato agli artt. 36-41 l. n. 354/1975 ed 76-82 del D.P.R. n. 230/2000 sulla falsariga del lavoro libero. La normativa in parola, infatti, contempla sia il principio della tassatività delle infrazioni<sup>1839</sup> e delle sanzioni disciplinari<sup>1840</sup>, sia l'obbligo di motivazione del provvedimento sanzionatorio, sia il diritto di difesa del soggetto detenuto<sup>1841</sup>, sia, infine, il principio della proporzionalità delle sanzioni<sup>1842</sup> (seppur col correttivo del loro adeguamento alle condizioni fisiche e psichiche dei detenuti <sup>1843</sup>).

Come detto l'ordinamento penitenziario disciplina in dettaglio solo questi tre istituti, limitandosi a rinviare alla disciplina del lavoro libero per quanto concerne la durata della prestazione lavorativa, il riposo festivo e la tutela assicurativa e previdenziale<sup>1844</sup>. Ciò ha portato la dottrina ad inter-

<sup>1834</sup> Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, cit., p. 95.

<sup>1835</sup> Cfr. S. KOSTORIS, voce *Lavoro penitenziario*, in *Novissimo Dig. it.*, 1983, p. 751. *Contra* v. però F. NISTICÒ, *Il lavoro dei detenuti: terapia, redenzione e salario*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2355.

<sup>1836</sup> Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1087, cit. Cfr. anche Cass. pen., 8 luglio 2004, n. 36250, cit., che fugge la possibilità di sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale ex art. 22 l. n. 354/1975.

<sup>1837</sup> F. NISTICÒ, *Il lavoro dei detenuti: terapia, redenzione e salario*, cit., c. 2356.

<sup>1838</sup> G. VIDIRI, *Il lavoro carcerario: problemi e prospettive*, cit., p. 55.

<sup>1839</sup> Cfr. l'art. 38 c. 1 l. n. 354/1975 secondo il quale «i detenuti... non possono essere puniti per un fatto che non sia espressamente previsto come infrazione al regolamento».

<sup>1840</sup> Le sanzioni disciplinari sono: il richiamo, l'ammonizione, l'esclusione da attività ricreative e sportive per non più di dieci giorni e l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni (cfr. l'art. 39 l. n. 354/1975). Le autorità competenti a deliberare le sanzioni sono: il direttore per il richiamo e l'ammonizione, e il consiglio di disciplina (composto dal direttore dal sanitario e dall'educatore) per tutte le altre (cfr. l'art. 40 l. n. 354/1975).

<sup>1841</sup> Cfr. l'art. 38 c. 2 l. n. 354/1975 che afferma «nessuna sanzione può essere inflitta se non con provvedimento motivato dopo la contestazione dell'addebito all'interessato, il quale è ammesso ad esporre le proprie discolpe».

<sup>1842</sup> Cfr. l'art. 38 c. 3 l. n. 354/1975 in base al quale: «nell'applicazione delle sanzioni bisogna tener conto ... della natura e della gravità del fatto».

<sup>1843</sup> L'ispirazione di fondo del regime disciplinare è, del resto, 'trattamentale' avendo come scopo quello di stimolare il senso di responsabilità e la capacità di autocontrollo dei soggetti detenuti (cfr. l'art. 36 l. n. 354/1975).

<sup>1844</sup> Cfr. l'art. 20 c. 16 l. n. 354/1975 che prevede: «La durata delle prestazioni lavorative non può superare i limiti stabiliti dalle leggi vigenti in materia di lavoro e, alla stregua di tali leggi, sono garantiti il riposo festivo e la tutela assicurativa e previdenziale». Per una

rogarsi circa l'applicazione al lavoro subordinato alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria di tutti gli altri istituti caratterizzanti il lavoro libero sui quali, come detto, la l. n. 354/1975 tace.

La Corte costituzionale ha risolto la questione in senso favorevole con riguardo alle ferie. Con la sentenza n. 158/2001<sup>1845</sup>, la Consulta ha infatti dichiarato illegittimo l'art. 20 l. n. 354/1975 per contrasto con gli artt. 36, c. 3 e 27, c. 3 Cost. nella parte in cui non riconosce al soggetto detenuto il diritto al riposo annuale retribuito. Tale diritto è infatti apparso alla Consulta «una di quelle posizioni soggettive che non possono essere in alcun modo negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione... [dal momento che] la Costituzione sancisce chiaramente (art. 35) che la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni e (all'art. 36...) che qualunque lavoratore ha diritto... alle ferie annuali retribuite e non può rinunziarvi». La Corte ha dunque disatteso la tesi sostenuta dal Presidente del Consiglio dei Ministri secondo cui le ferie annuali, comportando un allontanamento del soggetto dal lavoro per un lungo periodo, si porrebbero in contrasto con il fine rieducativo.

La sentenza appena citata insieme ad altre in cui la Consulta ha espressamente affermato che «i diritti inviolabili dell'uomo... trovano nella condizione [di coloro che si trovano]... sottoposti a una restrizione della libertà personale ... limiti ... connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione»<sup>1846</sup>, sono state determinanti per il definitivo accantonamento dell'orientamento contrario *tout court* all'estensione ai detenuti dipendenti della amministrazione penitenziaria della disciplina propria del lavoro libero. Dunque oggi dottrina<sup>1847</sup> e giurisprudenza<sup>1848</sup> appaiono unanimi nel ritenere che il detenuto debba poter conservare tutte quelle posizioni soggettive che gli appartengono in qualità di cittadino e compatibili con lo stato detentivo. Non vi è tuttavia unanimità sul punto quando si tratta di individuare concretamente tali posizioni soggettive.

---

analisi delle tutele previdenziali e assistenziali dei lavoratori detenuti si rinvia a G. MURACA, *L'accesso ai diritti sociali dei soggetti detenuti. Aspetti giuridici e sociologici*, in *L'altro diritto, centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, reperibile in [www.al-trodiritto.unifi.it/ricerche/misure/muraca](http://www.al-trodiritto.unifi.it/ricerche/misure/muraca).

<sup>1845</sup> Corte cost. 22 maggio 2001, n. 158, cit.

<sup>1846</sup> Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 176, con nota di RUOTOLO, SANTORIELLO e conforme Corte cost. 22 maggio 2001, n. 158, cit., nonché Corte cost., 27 ottobre 2006, n. 341 (pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 599 e ss. con nota di VITALI; in *Lavoro nella giur.*, 2007, p. 151 (s.m.) con nota di MORRONE; in *Cass. pen.*, 2007, p. 35 con nota di CENTOFANTI e ivi, p. 1553 con nota di PULVIRENTI; in *Giur. Cost.*, 2006, p. 4663 con nota di DELLA CASA; in *Mas. Giur. lav.*, 2007, p. 514 con nota di FABOZZI; in *Giur. Cost.*, 2006, c. 3385 con nota di FIORENTIN; in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 657 e ss. con nota di PERUZZI) in cui si legge: «dal primato della persona umana, proprio del vigente ordinamento costituzionale, discende, come necessaria conseguenza, che i diritti fondamentali trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione».

<sup>1847</sup> Cfr.: G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, cit., p. 60; R. RUSTIA, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 77; G. VIDIRI, *Il lavoro carcerario: problemi e prospettive*, cit., p. 52; S. KOSTORIS, voce *Lavoro penitenziario*, cit., p. 750; M.N. BETTINI, *Lavoro carcerario*, cit., p. 2; M. BARBERA, *Lavoro carcerario*, cit., p. 221; C. ERRA, *Lavoro penitenziario*, cit., p. 574; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 176 e s.; F. CARDANOBILO, *Il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria: il 'lavoro domestico'*, cit., p. 37; R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 23 e s.; C. TONON, *Il lavoro dei detenuti*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 2007, p. 2075.

<sup>1848</sup> Cfr.: Cass., 19 luglio 1991, n. 8055 in *Foro it.*, 1991, I, c. 2354; Cass., Sez. Un., 21 luglio 1999 n. 490, cit.; Corte cost., 22 maggio 2001, n. 158, cit.; Cass. pen., 8 luglio 2004, n. 36250, cit. Cfr. anche Cass. 17 agosto 2009, n. 18309, in *De Jure banca dati on line* e Cass. 28 agosto 2009, n. 19017, in *Lav. nella giur.*, 2010, p. 20 con nota di SPIINELLI.

Gli addetti ai lavori<sup>1849</sup>, infatti, se appaiono concordi nel ritenere applicabile ai lavoratori dipendenti dell'amministrazione penitenziaria la disciplina relativa al tfr, al lavoro straordinario, alla sospensione del rapporto, così come nel non ritenere applicabile ai detenuti l'art. 2103 c.c.<sup>1850</sup>, si trovano divisi con riguardo all'istituto del recesso: se infatti per qualcuno<sup>1851</sup> la normativa comune è applicabile ai detenuti, altri<sup>1852</sup> ritengono esaustiva la disposizione contenuta nell'art. 53 del D.P.R. n. 230/2000 che prevede l'esclusione del detenuto dall'attività lavorativa solo nel caso in cui egli si rifiuti di adempiere ai propri doveri. Inoltre pare controversa la possibilità di riconoscere ai detenuti i diritti sindacali. Se infatti qualcuno<sup>1853</sup> esclude pressoché *in toto* tale possibilità, a causa della intrinseca natura 'conflittuale' di questi ultimi, altri<sup>1854</sup> sono di contrario avviso ritenendo inverosimile una loro totale inammissibilità. Quest'ultimo approccio appare senz'altro il più convincente in quanto obbliga l'interprete a verificare di volta in volta se «l'esercizio del diritto di organizzarsi sindacalmente e di ricorrere alla lotta sindacale contrasti con le esigenze trattamentali e di sicurezza»<sup>1855</sup> pubblica.

La questione appare comunque più teorica che pratica dal momento che, fino ad oggi, il problema dell'estensione dei diritti del lavoro libero ai detenuti dipendenti dell'amministrazione penitenziaria è stata sollevata nelle aule di giustizia solo con riferimento alla prescrizione dei crediti da lavoro<sup>1856</sup>. Al riguardo la giurisprudenza si è unanimemente espressa nel senso di estendere anche al detenuto il principio sancito dalla sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 1966, n. 63<sup>1857</sup> circa la non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in costanza del rapporto di lavoro.

#### 4.3. Il lavoro subordinato alle dipendenze di terzi

Il detenuto può, infine, essere chiamato a svolgere lavoro subordinato alle dipendenze di terzi. L'art. 20, c. 12, l. n. 354/1975 prevede infatti che le amministrazioni penitenziarie possano stipulare apposite convenzioni con soggetti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire

<sup>1849</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 15 e ss.; M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 27 e ss.

<sup>1850</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 31 e s. nota infatti «non sembra ... che il divieto per i datori di lavoro di assegnare il lavoratore a mansioni non equivalenti a quelle espletate [così come la normativa sul trasferimento] si possa estendere al lavoro carcerario ... [in quanto] compete alla direzione dello stabilimento penitenziario il potere di avvalersi dell'opera del detenuto nei momenti ritenuti più convenienti»; alle stesse conclusioni, seppur con ragionamento opposto, arriva anche M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 27 secondo la quale «in astratto non pare compatibile l'esistenza di un potere discrezionale della Direzione di modificare i compiti già assegnati al detenuto con il complesso e oggettivo meccanismo di collocamento interno».

<sup>1851</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 34 e s.

<sup>1852</sup> Cfr. G. VIDIRI, *Il lavoro carcerario, problemi e prospettive*, cit., p. 56.

<sup>1853</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 35 e s.; G. VIDIRI, *Il lavoro carcerario: problemi e prospettive*, cit., p. 56 e s.; S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 926.

<sup>1854</sup> Cfr.: M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 27 e ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., p. 160; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, cit., p. 103; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit. p. 181 e s.

<sup>1855</sup> U. ROMAGNOLI, *Il lavoro nella riforma carceraria*, cit., p. 103. Sul diritto di sciopero dei detenuti v. Tribunale di sorveglianza di Milano, 20 novembre 2002, in *Foro ambrosiano*, 2002, p. 526 (s.m.) secondo il quale: «La sanzione disciplinare inflitta al detenuto che, aderendo alla manifestazione di protesta nelle carceri, si asteneva dal lavoro, non inficia la positiva partecipazione del condannato all'opera di rieducazione, così come richiesta ai fini della concessione della liberazione anticipata. Tale comportamento, infatti, altro non è che il libero esercizio del diritto di sciopero sancito dall'art. 40 Cost.».

<sup>1856</sup> Le sentenze in materia di lavoro carcerario sono pochissime a causa della evidente 'debolezza' dei detenuti come ricorrenti.

<sup>1857</sup> Cfr. tra le tante Cass., 22 ottobre 2007, n. 22077, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 454 con nota di VITALI. Conformi tra le tante v.: Cass. 26 aprile 2007, n. 9969 in *De jure banca dati on line*; Cass. 23 gennaio 2008, n. 1437, in *Guida al diritto*, 2008, 10, p. 70 (s.m.); Cass., 27 aprile 2007, n. 10046 in *Foro it.*, 2007, I, c. 3454; Cass. 15 ottobre 2007, n. 21573, in *De jure banca dati on line*.

ai detenuti opportunità di lavoro<sup>1858</sup>. Anche in tal caso la prestazione può essere adempiuta sia all'esterno dell'istituto di pena<sup>1859</sup>, che al suo interno. In realtà quest'ultima ipotesi non era conaturata all'ordinamento penitenziario ma è stata introdotta con la c.d. privatizzazione delle carceri<sup>1860</sup>, avvenuta con la l. n. 296/1993 per tamponare la drammatica esigenza di creare occasioni di lavoro per i carcerati. Dunque se fino al 1993 il lavoro subordinato infra-murario poteva essere svolto solo alle dipendenze della amministrazione penitenziaria, oggi qualunque soggetto diverso da tale amministrazione può organizzare e gestire direttamente qualunque attività lavorativa<sup>1861</sup> all'interno degli istituti di pena<sup>1862</sup>.

L'amministrazione penitenziaria risulta pertanto solo uno dei possibili datori di lavoro anche se rimane, senza dubbio, il più significativo (basti pensare che al 31 dicembre 2013 il numero dei carcerati alle sue dipendenze superava di più di cinque volte il numero dei carcerati alle dipendenze di terzi<sup>1863</sup>).

L'ordinamento penitenziario richiama per il lavoro infra-murario la disciplina del lavoro a domicilio<sup>1864</sup>, mentre per il lavoro all'esterno si limita a dire che: «i detenuti ... [a ciò] ammessi esercitano i diritti riconosciuti ai lavoratori liberi, con le sole limitazioni che conseguono agli obblighi inerenti alla esecuzione della misura privativa della libertà»<sup>1865</sup>. Dunque la l. n. 354/1975 lascia che il rapporto di lavoro dei detenuti che si trovino alle dipendenze di terzi – sia all'esterno che all'interno dell'istituto – sia regolato in tutto e per tutto dalla disciplina del lavoro libero, ponendo solo tre correttivi: il nulla-osta all'assunzione<sup>1866</sup> da parte dell'amministrazione penitenziaria, l'obbligo del versamento della retribuzione direttamente alla direzione dell'istituto<sup>1867</sup> (affinché quest'ultima provveda, prima di girarla al detenuto<sup>1868</sup>, ad effettuare i prelievi dovuti ex art. 145 c.p. a titolo di risarcimento del danno, di rimborso delle spese di procedimento e di mantenimento in carcere<sup>1869</sup>), nonché il diretto controllo sul lavoro della direzione dell'istituto a cui il detenuto è assegnato<sup>1870</sup>.

<sup>1858</sup> Sul ruolo delle cooperative sociali nell'ambito del lavoro carcerario cfr.: V. FURFARO, *Il lavoro penitenziario*, cit., V. GIAMMELLO, A. MERCURIO, G. QUATTROCCCHI, *Il lavoro nel carcere che cambia*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 38 e ss. Si segnala inoltre che nel marzo 2013 è stato firmato un Protocollo d'intesa tra DAP e Federsolidarietà – Confcooperative insieme a Legacoopsociali e Agci Solidarietà al fine di avviare progetti imprenditoriali finalizzati all'inserimento lavorativo *intra* ed *extra*-murario e al recupero sociale dei detenuti.

<sup>1859</sup> Cfr. nota 23.

<sup>1860</sup> Sul punto v.: M. PAVARINI, *Il lavoro penitenziario*, in B. GUAZZALOCA–M. PAVARINI (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, p. 31; M.R. MARCHETTI, *Art. 25-bis. Commissioni regionali per il lavoro penitenziario*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, 3 ed., cit., p. 319 e s. e M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 37).

<sup>1861</sup> Cfr. l'art. 47 d.P.R. n. 230/2000 che ammette le convenzioni anche per assolvere i servizi di funzionamento dell'istituto come la somministrazione del vitto, la pulizia e la manutenzione dei fabbricati.

<sup>1862</sup> Cfr. l'art. 20 c. 1, l'art. 20-bis l. n. 354/1975, l'art. 47 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1863</sup> Cfr. i dati pubblicati dal Ministero della Giustizia sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) nella sezione strumenti-statistiche da cui risulta che al 31 dicembre 2013 i carcerati dipendenti dalle amministrazioni penitenziarie erano 12.268 contro i 2.278 carcerati dipendenti da soggetti terzi.

<sup>1864</sup> Cfr. l'art. 52 d.P.R. n. 230/2000. Sul punto in dottrina v. L. NOGLER, *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 298 e ss.

<sup>1865</sup> Art. 48 c. 11 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1866</sup> Cfr. l'art. 20 c. 8, l. n. 354/1975.

<sup>1867</sup> Cfr. l'art. 48 c. 10 e l'art. 47 c. 1 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1868</sup> La parte della remunerazione che resta dopo le ritenute operate dal datore di lavoro e dall'amministrazione penitenziaria va a formare il c.d. peculio del detenuto che è tenuto in deposito dalla direzione dell'istituto e che è regolamentato dall'art. 25 l. n. 354/1975.

<sup>1869</sup> Cfr. l'art. 24 l. n. 354/1975; l'art. 48, c. 12 e l'art. 51 c. 6 d.P.R. n. 230/2000.

<sup>1870</sup> Cfr. l'art. 21, c. 3, l. n. 354/1975.

## 5. La (im)mobile frontiera tra il lavoro dei detenuti e quello libero

Dall'analisi della disciplina del lavoro penitenziario appena svolta emerge che la frontiera tra il lavoro carcerario e quello libero sussiste esclusivamente con riguardo all'attività lavorativa svolta dai detenuti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. Solo in tal caso infatti la l. n. 354/1975 regola il rapporto di lavoro in maniera così differente rispetto a quello libero da arrivare ad incidere, come visto (§ 4.2), sui diritti e doveri nascenti dal rapporto di lavoro stesso.

Infatti, come rilevato nei §§ 4.1 e 4.3, per quanto concerne il lavoro autonomo e quello subordinato svolto alle dipendenze di terzi, le peculiarità caratterizzanti la disciplina del lavoro penitenziario (ossia, come visto, il nulla-osta allo svolgimento del lavoro autonomo o all'assunzione da parte dell'amministrazione penitenziaria, il controllo del lavoro da parte della direzione dell'istituto e l'obbligo di versamento dell'utile alla direzione dell'istituto finalizzata ai prelievi di cui all'art. 145 c.p.) hanno quale unico effetto quello di verificare la condotta penitenziaria del detenuto e di garantirne la dignità.

Questa disomogeneità nella disciplina delle tipologie di lavoro costituisce riprova del fatto, di cui si è già dato conto nel § 3, che la frontiera tra il lavoro dei carcerati e il lavoro libero non è giuridicamente invalicabile in quanto non dipende dalla specialità del rapporto e, dunque, dalla peculiarità oggettiva (*id est* esigenze rieducative) e soggettiva (*id est* esigenze di pubblica sicurezza) connaturate al lavoro penitenziario di cui si è detto nel § 3, ma pare, piuttosto, il frutto di una ragione contingente, consistente nel fatto che nel lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria manca una separazione netta tra il rapporto punitivo e il rapporto di lavoro, essendo l'amministrazione parte in entrambi i rapporti<sup>1871</sup>.

Quanto sin qui detto è tanto più vero se si rammenta la questione concernente la giurisdizione. Fino al 2006, infatti, la sede di tutela dei diritti dei detenuti non era il giudice del lavoro *ex art.* 409 c.p.c., ma il magistrato di sorveglianza *ex art.* 69 l. n. 354/1975<sup>1872</sup> e ciò anche nel caso in cui il datore di lavoro fosse un soggetto terzo rispetto all'amministrazione penitenziaria, visto che «nel caso di lavoro all'esterno la controparte per il detenuto è sempre l'amministrazione, non potendo egli essere parte contraente in autonomia con un estraneo»<sup>1873</sup>.

Le insofferenze della dottrina<sup>1874</sup> e le perplessità della giurisprudenza di merito<sup>1875</sup> sulla legittimità di tale norma – che sostanzialmente consegnava la tutela dei diritti dei lavoratori detenuti ad uno scarso rito camerale il cui esito era ricorribile solo per Cassazione e che per di più estrometteva completamente il reale datore di lavoro qualora soggetto terzo rispetto all'amministrazione –

<sup>1871</sup> Sul punto concordano: A. BASSO, *Il lavoro inframurario alle dipendenze di terzi e lavoro extramurario*, in F. CARDANOBILE-R. BRUNO-A. BASSO-I. CARECCIA, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 54 e ss.; M.R. MARCHETTI, *Art. 20. Lavoro*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, 3 ed., cit., p. 279 e Id., *Art. 22. Determinazione delle mercedi*, *ibidem*, p. 309; M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 37 e ss.

<sup>1872</sup> Si trattava di una giurisdizione esclusiva, v.: Cass. SU 21 luglio 1999, n. 490, cit.; Cass. SU, 14 dicembre 1999, n. 899, cit.; Cass. Sez. Un. 26 gennaio 2001, n. 26, in *Giur. cost.*, 2001, p. 81.

<sup>1873</sup> Cass. pen., 14 ottobre 2004, n. 43157, in *Foro it.*, 2005, II, c. 151.

<sup>1874</sup> Cfr.: M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., p. 107 e ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, cit., p. 208 e ss.

<sup>1875</sup> Cfr. App. Roma, 27 gennaio 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 301 e ss. con nota di GRASSO.



sono state recepite dalla sentenza della Consulta 27 ottobre 2006, n. 341<sup>1876</sup> che ha dichiarato la norma incostituzionale per contrasto con gli artt. 24, c. 2, 111, c. 2 e 3, c. 1 Cost. La Corte ha infatti ritenuto le regole processuali dettate dall'art. 69 l. n. 354/1975 «inidonee, se riferite alla controversie di lavoro, ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa, quale spetta a tutti i cittadini [detenuti compresi] nei procedimenti giurisdizionali». Ciò ha portato, dunque, quanto meno con riguardo alla giurisdizione, ad anteporre alla dimensione di reclusione del soggetto detenuto quella di lavoratore (posto che il magistrato di sorveglianza è «giudic[e] della pena»<sup>1877</sup> e non dei diritti).

## 6. Segue: sull'opportunità politica di mantenere tale frontiera

Il quadro sin qui delineato consente, dunque, di affermare che la frontiera tra il lavoro penitenziario e quello libero, pur essendo in teoria mobile (tanto da non sussistere, come visto, né nel lavoro penitenziario autonomo, né in quello penitenziario alle dipendenze di terzi), permane per la quasi totalità del lavoro carcerario, in quanto resiste per il lavoro svolto dai detenuti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria (che, come visto è la tipologia di lavoro più frequente).

Trarre, tuttavia, da tale considerazione la conclusione che occorrerebbe procedere a ridefinire i contorni del lavoro carcerario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria al fine di ridisegnarlo «come un normale rapporto di lavoro, salvi alcuni indispensabili adattamenti legati alla condizione soggettiva»<sup>1878</sup> del lavoratore, appare, ad avviso di chi scrive, una idea, seppur encomiabile, non solo difficilmente realizzabile, ma anche controproducente soprattutto nell'attuale contesto storico-economico.

La difficoltà nella realizzazione di tale proposta sta nel fatto che, nonostante i tentativi di riforma posti in essere dal legislatore, gli istituti di pena appaiono ancora entità inadeguate ad esercitare funzioni di impresa<sup>1879</sup>, non solo perché estranei per cultura e formazione alle problematiche concernenti i processi produttivi, ma anche a causa del sovraffollamento delle carceri, dell'inadeguatezza dei locali adibiti al lavoro, dell'inesistenza, insufficienza o fatiscenza dei macchinari e della grande mobilità della popolazione carceraria.

Quanto alla inopportunità della proposta in parola, ad avviso di chi scrive essa sta nel fatto che, se è vero che equiparando il lavoro carcerario a quello libero si eliminerebbe la disparità di trattamento tra i detenuti (*id est* tra quelli alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, da un lato, e quelli autonomi e alle dipendenze di terzi, dall'altro) è, tuttavia, di piana evidenza che un

<sup>1876</sup> Pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 599 e ss. con nota di VITALI; in *Lavoro nella giur.*, 2007, p. 151 (s.m.) con nota di MORRONE; in *Cass. pen.*, 2007, p. 35 con nota di CENTOFANTI e ivi, p. 1553 con nota di PULVIRENTI; in *Giur. Cost.*, 2006, p. 4663 con nota di DELLA CASA; in *Mas. Giur. lav.*, 2007, p. 514 con nota di FABOZZI; in *Giur. Cost.*, 2006, c. 3385 con nota di FIORENTIN; in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 657 e ss. con nota di PERUZZI. Per la ricostruzione della questione v. F. FIORENTIN, *Tutela laburistica del detenuto e ruolo del magistrato di sorveglianza alla luce della sent. Cost. n. 341 del 2006*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3385 e ss. e A. PULVIRENTI, *Si amplia la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1553.

<sup>1877</sup> L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, 3 ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 369.

<sup>1878</sup> M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit., p. XVIII.

<sup>1879</sup> Sul punto v. A. BERNARDI, *Il lavoro carcerario*, cit., p. 99, nonché E. FASSONE, *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., p. 171 e s.



tale *trend* finirebbe per ripercuotersi negativamente sui detenuti stessi, in quanto determinerebbe inevitabilmente un aumento del costo del lavoro penitenziario a spese della finanza pubblica e, conseguentemente, una contrazione della offerta di lavoro carcerario che è, come detto, non solo tradizionalmente scarsa, ma anche in calo<sup>1880</sup>, nonostante gli sforzi compiuti anche recentemente dal governo <sup>1881</sup>, a causa del drammatico deprezzamento del lavoro libero<sup>1882</sup>.

---

<sup>1880</sup> Dal prospetto sulla percentuale dei detenuti lavoratori a cura (e pubblicato sul sito) del Ministero della Giustizia risulta che dal 1991 al 2013 i detenuti lavoratori sono passati dal 34,46% al 23,26%.

<sup>1881</sup> Si v. da ultimo gli incentivi al lavoro penitenziario messi in campo dal d.l. 28 giugno 2013, n. 78 conv. con mod. in l. 9 agosto 2013 n. 94 e dal d.l. conv. con mod. in l. 30 ottobre 2013, n. 125, per un commento dei quali si rinvia a D. ALBORGHETTI, *Il finanziamento degli incentivi al lavoro dei detenuti* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 417 e ss. e, Id, *ivi*, *Il lavoro come alternativa al carcere ed elemento del trattamento*, p. 511 e ss.

<sup>1882</sup> Cfr. R. CICCOTTI-F. PITTAU, *Il lavoro in carcere. Aspetti giuridici e operativi*, cit., p. 36 i quali riprendono la tesi di G. Rusche e O. Kirchheimer (in *Punishment and Social Structure*, New York, Russel & Russel, tradotto in italiano da Dario Melossi e Massimo Pavarini col titolo di "Pena e struttura sociale" dalla casa editrice il Mulino nel 1978) secondo cui «il grado di utilizzazione del lavoro non libero è stato sempre funzionale all'andamento del lavoro libero».

## I giudici europei di fronte alla crisi economica\*

Giorgio Fontana

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Premessa                                                                                                                                          | 511 |
| 2. I diritti sociali e la nuova costituzione economica europea                                                                                       | 512 |
| 3. La Corte di giustizia europea “legittima” il trattato Mes e “costituzionalizza” il principio di condizionalità, ma dimentica la Carta dei diritti | 515 |
| 4. Il problematico ruolo dei giudici europei                                                                                                         | 517 |
| 5. La risposta (e il realismo) delle Corti nazionali                                                                                                 | 519 |
| 6. La giurisprudenza sulla crisi della nostra Corte costituzionale                                                                                   | 521 |
| 7. Conclusioni (e qualche interrogativo)                                                                                                             | 527 |
| 8. Bibliografia                                                                                                                                      | 530 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 114/2014

## 1. Premessa

Questo contributo è principalmente volto ad analizzare gli orientamenti più significativi, e certo non ancora del tutto sedimentati o esauriti, della “giurisprudenza della crisi”, ossia di quella giurisprudenza formatasi sull’onda delle reazioni (e sollecitazioni) di soggetti, categorie o gruppi colpiti, direttamente o indirettamente, dalla crisi economica.

Il saldo di un quinquennio (se non più) di crisi e stagnazione è, dal punto di vista dei diritti sociali, fortemente recessivo, ma non perché i diritti fondamentali siano stati formalmente negati, essendo piuttosto confinati, nelle “nazioni senza ricchezza”, in uno spazio giuridico simile ad un limbo, come in tempi lontani, in cui la loro effettività è di fatto sospesa.<sup>1883</sup>

Per rispondere alla crisi gli stati (e soprattutto i più deboli) hanno operato in una duplice direzione. Da un lato hanno accelerato le tendenze all’apertura e alla liberalizzazione dei mercati del lavoro interni (come ad esempio in Italia e Spagna) e dall’altro, in modi per lo più sovrapponibili, hanno adottato misure di riduzione della spesa pubblica che hanno colpito diritti sociali (sanità, welfare, ecc.), diritti del lavoro nel settore pubblico e diritti previdenziali (retribuzioni e pensioni).

Le politiche restrittive hanno suscitato molte contestazioni, anche sul piano giudiziario, per contrastare l’obbligo di contribuzione straordinario reso necessario dal ricorso ai programmi di assistenza economico-finanziaria. Queste reazioni “difensive” si sono incanalate, nel nostro paese, in giudizi di “impugnazione” costituzionale (a seguito di ordinanze di rimessione variamente motivate), e negli altri paesi europei colpiti dalla crisi (i cosiddetti Pigs) in analoghi procedimenti dinanzi alle Alte Corti ed ai rispettivi Tribunali costituzionali.

Inoltre, tentativi di sollecitare interventi delle Corti europee sono stati in vario modo perseguiti da parte dei giudici nazionali (con rinvio ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia europea, che si è pronunciata in un caso sulla legittimità del trattato Mes, istitutivo del c.d. fondo salva stati) o da parte di associazioni e gruppi, o anche semplici cittadini, che hanno invocato, contro i provvedimenti governativi, l’intervento dei giudici di Strasburgo a tutela dei diritti umani (in un’accezione ovviamente estesa ai diritti sociali fondamentali).

Questa giurisprudenza sollecita numerosi interrogativi, innanzitutto sull’intensità della tutela, anche costituzionale, dei diritti sociali in una fase di così acuta crisi economico-sociale, in cui sono messi in discussione i presupposti stessi dello stato sociale (costruito, a quanto sembra, senza aver adeguatamente misurato l’impatto delle tutele sui diritti delle future generazioni, tanto che la locuzione di “stato sociale” sembrerebbe potersi sostituire con quella di “stato debitore”).

Inoltre essa, pur giudicando i diritti, pone in primo piano, a ben vedere, la questione dei doveri da cui discendono gli obblighi di contribuzione dei gruppi, che sembrano oggi possedere un rilievo peculiare, accentuando (o potendo accentuare) una “visione” solidaristica, pur nel contesto, paradossalmente, di un affievolimento della *vis* espansiva dei diritti.

In effetti, come in altri momenti di crisi, nell’ordinamento sono i doveri ad espandersi, proprio per salvaguardare il contenuto essenziale dei diritti (particolarmente per gli strati più deboli). Figlia dell’espansione economica, la nostra cultura è forse “sbilanciata” sui diritti e non ci consente

<sup>1883</sup> Come scrive Ruggeri “il fondamento dei diritti sociali non è ormai più – a quanto pare – nella carta costituzionale (o in altri documenti normativi ancora, anche di origine esterna) ma solo nelle risorse disponibili” (Ruggeri, 2012).

di vedere esattamente l'importanza della solidarietà, che chiama in causa piuttosto i doveri degli individui e dei gruppi.

Da questo punto di vista si dovrebbe forse operare un'attenta "classificazione" degli interessi delle categorie, per distinguere criticamente la posizione dei lavoratori sottoposti ad un effettivo depauperamento dei propri diritti retributivi e pensionistici, procurando loro un peggioramento delle condizioni di sicurezza, dalla posizione di categorie obiettivamente privilegiate, la cui difesa corporativa rivela invero la volontà di sottrarsi ai doveri di solidarietà (è il caso, ad esempio, dei magistrati, dei docenti universitari, dei diplomatici, dei dipendenti della Banca d'Italia e dei pensionati titolari di trattamenti elevati, cui è stato richiesto un contributo eccezionale, che hanno promosso giudizi di impugnazione sfociati, ma solo in qualche caso, in pronunce d'incostituzionalità da parte della nostra Corte costituzionale). Le (giuste) critiche alle politiche recessive non giustificano, per ciò stesso, la deresponsabilizzazione dall'obbligo di contribuzione, di cui piuttosto andrebbe verificata in modo molto rigoroso progressività e "giustizia".

Del resto le Corti nazionali, salvo alcuni casi, si sono mostrate molto prudenti e anzi restie ad impugnare lo scettro "contro-maggioritario", e con grande realismo si sono astenute da atteggiamenti velleitari o poco avveduti. Il rapporto fra giurisdizione e legislazione sembra svolgersi, in tutti i paesi colpiti dalla crisi, in termini non conflittuali. Raramente i giudici europei hanno assunto posizioni ostili nei confronti delle operazioni di rientro dal debito promosse dai governi. Gli impegni nei confronti dell'Europa hanno rappresentato un freno non solo per i parlamenti nazionali (che il più delle volte hanno acriticamente approvato le misure attuative disposte dai governi nazionali). I giudici costituzionali, in particolare, hanno mostrato un certo grado di "auto-controllo" anche in presenza di provvedimenti *border-line* dal punto di vista della legittimità costituzionale, limitandosi, nei casi maggiormente eclatanti, ad una "supervisione" dei provvedimenti legislativi sotto il profilo dell'equa e proporzionata ripartizione fra i diversi gruppi sociali delle misure restrittive.

Se si volesse esprimere un giudizio di sintesi, si potrebbe dire che la giurisprudenza costituzionale non ha mai "affondato la lama" utilizzando le disposizioni costituzionali a tutela dei diritti sociali fondamentali per "colpire" i provvedimenti legislativi, operando una più limitata (ma preziosa) verifica della "giustizia distributiva" dei sacrifici necessari in tempo di crisi.

Prima di analizzare questa giurisprudenza (a partire dalla sentenza *Pringle* della Corte di Giustizia per i profili riguardanti i rapporti con il diritto della U.E.), è tuttavia utile rappresentare, in modo sia pure molto sintetico e approssimativo, il quadro generale da cui derivano i vincoli che negli ordinamenti degli stati nazionali hanno di fatto sovra-determinato le politiche di contrasto alla crisi, e su cui si sono innestate le decisioni delle Corti nazionali ed europee.

## 2. I diritti sociali e la nuova costituzione economica europea

È oramai opinione diffusa che l'impatto distruttivo della crisi sui sistemi nazionali non sia da ascrivere soltanto ai movimenti di capitale sulla scena globale, alle speculazioni o alla nuova geografia politico-economica mondiale, e neppure, come talvolta semplificando si ritiene, al "colpevole" debito pubblico accumulato dagli stati per finanziare lo stato sociale. A essere chiamata in causa è, piuttosto, la stessa "traiettoria" del processo d'integrazione europea, i cui rovinosi effetti sono ora ben visibili.

Mai smentita, la teoria dominante che ha guidato l'integrazione europea si è basata sul convincimento che il funzionamento del mercato interno avrebbe spontaneamente provocato l'armonizzazione dei sistemi sociali (la linea dell'armonizzazione negativa, enunciata a chiare lettere in una clausola del TFUE: v. art. 151 co. 3), condannando l'Europa ad una visione miope della tutela della sfera sociale e della stessa sua dimensione politica di governo dell'economia.<sup>1884</sup>

In aderenza ai principi della scuola di Friburgo (*Keynes at home, Smith abroad*) la costituzione economica europea la si è concepita essenzialmente come rivolta alla realizzazione del mercato (la libertà di circolazione come valore "assoluto"), con regole di bilancio comuni e unione monetaria (secondo lo slogan "un mercato, una moneta"), preservando (art. 120 TFUE) la sovranità degli stati sulla politica economica, oggetto piuttosto del coordinamento fra gli stati membri in quanto materia di "interesse comune" (artt. 5 e 119 TFUE). Troppo deboli le competenze residue dell'Unione e anche il rafforzamento della *governance* economica non ha mai rotto il tabù del coordinamento.<sup>1885</sup> Medesimo equilibrio concerne (com'è noto) le politiche sociali, per le quali i Trattati prevedono unicamente il coordinamento a livello dell'Unione (art. 156 TFUE) ovvero, ma per un numero limitato di materie, l'adozione di misure d'incoraggiamento alla cooperazione degli Stati, o ancora "prescrizioni minime applicabili progressivamente", lasciando in piedi per le materie più sensibili la procedura di deliberazione all'unanimità e comunque escludendo dalle attribuzioni comunitarie temi cruciali per l'integrazione europea (art. 153.5 TFUE).

Il carattere asimmetrico del progetto europeo, imperniato sull'incessante integrazione negativa attraverso il mercato (tributaria di orientamenti molto incisivi della Corte di Giustizia in materia di libertà di circolazione dei fattori economici) e su una molto flebile integrazione positiva (tanto da negare una politica economica e sociale comune),<sup>1886</sup> ha trasformato l'Europa in un "gigante con i piedi d'argilla", iper-vulnerabile, esponendola agli attacchi speculativi contro gli stati più deboli (o più indebitati) dell'Unione.

Non dunque le "convergenze" politiche e gli interessi comuni dei diversi protagonisti dell'Unione, quanto piuttosto la crisi economica ha rimesso in moto il processo d'integrazione in una direzione che i "signori dei trattati" forse mai avrebbero consentito. La nuova linea, velocemente disegnata sul fallimento dei vincoli di Maastricht, è ora quella di consentire (ed anzi esigere) interventi sugli ordinamenti nazionali, dettando non soltanto i limiti macro-economici, sotto il diretto controllo di organismi sovranazionali (esterni al quadro comunitario).<sup>1887</sup> Ecco dunque la logica complementare che presiede i due trattati Mes e Fiscal Compact: garantire, da un lato, la stabilità dell'Eurozona (impedendo la bancarotta dei paesi debitori) e soddisfare, dall'altro, le condizioni poste dai paesi creditori (la Germania, soprattutto), sottoponendo gli stati alla severa disciplina di bilancio del Fiscal Compact. Complementarietà del resto espressamente enunciata, in quanto l'assistenza finanziaria prevista dal Mes è subordinata al rispetto del Fiscal Compact.

<sup>1884</sup> fra gli altri v. Hendrickx, 2011.

<sup>1885</sup> Pinelli, 2013

<sup>1886</sup> Giubboni, 2013

<sup>1887</sup> Il primo passo in direzione di una "presa di controllo" delle leve di politica economica dei governi nazionali lo si è avuto con il Patto Euro Plus adottato dal Consiglio nel vertice del 23-24 marzo 2011, grazie al quale, con la modifica dell'art. 136 FFUE, il meccanismo di stabilità finanziaria viene basato esplicitamente sul principio di "rigorosa condizionalità". Viene recisa quella linea di controllo dei bilanci pubblici, varata con il Trattato di Maastricht, per cui "lo stato resta padrone della distribuzione delle risorse...ma non controlla la possibilità di incrementare le spese ricorrendo al debito pubblico" (Cassese, 2012, 322-323), passando ad un regime molto più stringente soprattutto nei confronti dei paesi più deboli.

Il principio di “condizionalità” (introdotto dal nuovo art. 136.3 TFUE) diviene la stella polare per orientare il rapporto fra nuove “istituzioni” intergovernative come l'Esm (l'istituzione finanziaria della zona Euro deputata a gestire il fondo salva-stati permanente) e i paesi che accedono ai relativi “programmi” di assistenza, nonché fra questi e l'Unione, quale contropartita – è bene ricordare – dell'accettazione, molto sofferta da parte dei paesi creditori, di qualche passo in avanti verso la mutualizzazione dei debiti. Sono così emerse direttrici di intervento che hanno determinato un impatto fortemente critico forse proprio per il loro carattere “compromissorio” e per certi versi contraddittorio, accompagnandosi ad una persistente ostilità nei confronti di interventi più decisi per garantire, con strumentazione tecnica adeguata, la solvibilità del debito sovrano degli stati consentendo in tal modo il finanziamento della spesa sociale. L'apparente ed ipocrita “comunità di eguali” rivela ad uno sguardo appena più attento le profonde spaccature che in realtà sussistono fra i diversi paesi europei.

Immodificate le competenze di attribuzione dei Trattati, i parametri macroeconomici e le relative condizionalità (v. art. 136.3 TFUE) sono definiti a livello sovranazionale in un ambito molto ristretto (e rarefatto) di decisione (BCE, Commissione, FMI), privo di qualunque legittimazione democratica. Si può d'altra parte ammettere che questa scelta fosse obbligata, dal momento che nell'ordinamento dell'Unione Europea non c'erano sufficienti “risorse” legali e finanziarie per sostenere la mutualizzazione dei debiti. Né il fatto che il meccanismo di solidarietà finanziaria dovrebbe essere auspicabilmente sottoposto all'ordinamento della U.E. e finanziato con il budget comunitario è un buon argomento per escludere, nelle condizioni date, un accordo esterno all'Unione.<sup>1888</sup>

Tuttavia, pur spostando quote di sovranità al di fuori degli stati (e al di fuori del quadro comunitario), è agli esecutivi nazionali e ai parlamenti che compete l'applicazione, con ridotti margini di discrezionalità, delle misure convenute in sede europea (nell'ambito dei protocolli d'intesa con la Commissione o in qualche caso all'esterno del Mes). Ed anche la distribuzione fra i “gruppi” dei doveri di contribuzione, resi necessari dalle condizionalità, avviene all'interno dei confini nazionali, ove sono definiti i termini dei provvedimenti di riduzione della spesa e di rilancio della competitività richiesti per accedere ai programmi di assistenza finanziaria agli stati (o per adempiere gli impegni diversamente assunti, come nel caso italiano).<sup>1889</sup>

Una riflessione sulla “giurisprudenza della crisi” non può prescindere dalla frammentazione del quadro normativo sullo scacchiere europeo,<sup>1890</sup> che avrebbe potuto essere controbilanciata, forse, da un rafforzamento del ruolo della Corte di Giustizia, sottoponendo le condizionalità al controllo sul rispetto dei diritti fondamentali (speranza delusa con la sentenza *Pringle*). Nel contesto di un generale “blocco” dei normali circuiti democratico-parlamentari (a livello europeo, ove il Parlamento è esautorato dalla *governance* economica europea, imperniata sul ruolo della

<sup>1888</sup> B. De Witte-T-Beukers, 2013.

<sup>1889</sup> In questo contesto, molto deboli sono le prospettive di tutela delle condizioni sociali degli strati più deboli della popolazione e le politiche di contrasto alla disoccupazione, richiedendo un rovesciamento delle politiche europee (il passaggio dall'austerità alla crescita) oggi difficilmente attuabile (stante la posizione dei paesi “rigoristi” che hanno di fatto peso politico preponderante).

<sup>1890</sup> Giubboni, 2014.

BCE, che persegue i propri obiettivi in assoluta indipendenza;<sup>1891</sup> a livello degli stati nazionali, ove i Parlamenti, almeno nei paesi più deboli, sono di fatto ridotti a ruolo di ratifica notarile degli impegni dei governi in sede europea e costantemente “sotto ricatto”) il tema del conflitto/bilanciamento fra tutela dei diritti fondamentali e “lotta all’indebitamento” resta affidato alle risposte, molto precarie, tardive e talvolta contraddittorie, della giurisprudenza delle Corti nazionali,<sup>1892</sup> investite da un sovraccarico di domande provenienti da categorie e gruppi sociali cui sono addossati gli oneri della crisi con criteri di selezione a volte discutibili e in modo non sempre proporzionato.

Prima di esaminare nel merito la giurisprudenza reattivamente prodotta negli ordinamenti nazionali dalle contestazioni alle misure eccezionali dei governi europei, sembra però utile soffermarsi sulla razionalizzazione operata dalla Corte di Giustizia del complesso quadro normativo europeo, in cui s’incrociano, come s’è già accennato, trattati “internazionali” (come il trattato Mes e il trattato sul Fiscal Compact), trattati europei e disposizioni di diritto interno.

### 3. La Corte di giustizia europea “legittima” il trattato Mes e “costituzionalizza” il principio di condizionalità, ma dimentica la Carta dei diritti

Non secondario, nel contesto della nuova costituzione economica europea, è il ruolo assunto della Corte di Giustizia, cui sono state assegnate ulteriori competenze - pur sempre fondate sull’art. 273 TFUE - relative all’interpretazione e applicazione di questi trattati, con poteri anche sanzionatori (v. art. 37 trattato Mes, art. 8 trattato sul Fiscal Compact). L’accresciuta competenza della Corte di Giustizia nell’ambito delle questioni economiche e monetarie dell’Unione europea potrebbe tradursi in un fardello ancor più pesante per i giudici di Lussemburgo, chiamati a far convivere razionalmente, in un quadro così carico di tensioni, due obiettivi non sempre conciliabili, ovvero la disciplina di bilancio e la coesione economica e sociale.<sup>1893</sup> I nuovi poteri della Corte di Giustizia, cui è affidato ora un potere “arbitrale” fra gli stati e la risoluzione di problemi molto delicati di compatibilità con il diritto della U.E., secondo alcuni potrebbero costituire una nuova tappa della “giurisdizionalizzazione” del controllo sulla politica economica dopo la nota, discussa sentenza *Commissione c. Consiglio* del 13 luglio 2004 (C-27/04),<sup>1894</sup> ulteriore effetto della debole integrazione “politica”.

Con la sentenza *Pringle*,<sup>1895</sup> la Cge è stata chiamata subito, in verità, a pronunciarsi sul trattato Mes.<sup>1896</sup> Val qui ricordare che la Corte da sempre (da *Van Gend en Loos* in avanti) ha utilizzato i

<sup>1891</sup> Tesauero, 2012.

<sup>1892</sup> Sciarra 2013.

<sup>1893</sup> Muzi, 2014.

<sup>1894</sup> Porchia, 2013.

<sup>1895</sup> Sent. 27 novembre 2012 C-370/12.

<sup>1896</sup> L’accordo per l’istituzione di un meccanismo di stabilità permanente della zona Euro venne raggiunto nel corso del Consiglio europeo del 28-29 ottobre 2010, in sostituzione dei precedenti strumenti di assistenza finanziaria (EFSM e EFSF, il primo di portata generale per tutti i paesi della U.E. e basato sull’art. 122 TFUE, l’altro istituito fra i soli paesi della zona Euro); a tal fine, il Consiglio europeo decise di intervenire direttamente sul TFUE per prevedere espressamente la facoltà degli stati dell’Euro-zona di istituire un meccanismo di stabilità mediante la procedura semplificata ex art. 48 TFUE. Con la decisione del Consiglio del 25 marzo 2011 è stato così aggiunto all’art. 136 il comma terzo, secondo cui: “gli Stati membri la cui moneta è l’euro possono istituire un meccanismo di

suoi poteri per il consolidamento del sistema giuridico dell'Unione,<sup>1897</sup> ed anche in questo caso ha "legittimato" e riannodato il trattato al diritto della U.E., valorizzando il principio di solidarietà (posto a base della volontà degli stati di dar vita ad meccanismo di stabilità finanziaria della zona euro) e riaffermando il primato (allorché ha precisato che, seppure il trattato non interferisce con le competenze dell'Unione, gli Stati devono scrupolosamente rispettare il diritto della U.E. quando agiscono nell'ambito del Mes).

L'affermazione del "valore" della solidarietà fra i paesi europei cela in effetti la preoccupazione di garantire la stabilità economico-monetaria della zona Euro, il che è molto chiaramente esposto nel trattato Mes. La Corte di Giustizia ha, si può dire, "salvato" il trattato Mes, superando i complessi problemi di compatibilità con i Trattati dell'Unione (soprattutto con il divieto di *bail-out* ex art. 125 TFUE) mediante un'interpretazione "teleologica"<sup>1898</sup> che, in quanto tale, non può che essere "conservativa".

Ma per quel che qui maggiormente interessa, con la sua sentenza la Corte ha di fatto "costituzionalizzato" il principio di condizionalità, a presidio del diritto della U.E. e del già richiamato principio *no bail-out* (art. 125 TFUE).<sup>1899</sup> È stato questo, del resto, il faticoso compromesso fra le opposte linee della mutualizzazione dei debiti e della responsabilità degli stati (perno della strategia "rigorista"). In questo compromesso potrebbe forse scorgersi "un originale principio di solidarietà responsabile interstatale" e (a voler essere ottimisti) l'abbrivo di un processo tendente ad un'unità economica con politiche fiscali e di protezione sociale comuni,<sup>1900</sup> anche se allo stato prevale la frattura politica fra gli stati europei e una sintesi in grado di coniugare efficacemente "solidarietà" e "responsabilità" sembra ancora lontana.

In una situazione in rapida evoluzione, al principio di condizionalità viene dunque affidata la funzione cruciale di raccordo e garanzia del quadro regolatorio dell'Unione, disciplinando il rapporto multilaterale fra il paese che richiede assistenza finanziaria, i paesi contraenti che agiscono nell'ambito del trattato Mes e le istituzioni della U.E.

Non poteva perciò sostenersi - seppure è vero che il Mes non attua il diritto dell'Unione - che non vi fosse una connessione con i Trattati eurounitari e con l'ordinamento della U.E., nel suo complesso sufficiente a sottoporre gli atti riferibili al Mes, al controllo della Corte rispetto al parametro dei diritti fondamentali, anche alla luce della stessa pregressa giurisprudenza della Corte.<sup>1901</sup>

---

stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità".

<sup>1897</sup> Tesauro, 2013.

<sup>1898</sup> Craig, 2013; Tesauro, 2013.

<sup>1899</sup> Gambaro-Mazzocchi, 2013.

<sup>1900</sup> Morrone, 2014.

<sup>1901</sup> Gambaro-Mazzocchi, 2013, i quali citano all'uopo le decisioni *Krasimir*, ord. 12/11/2010, C-339/10 e *Kremzov*, 29/5/1997 C-299/95. Si potrebbe a tal riguardo richiamare, almeno in relazione alle misure nazionali attuative dei trattati "internazionali" Mes e Fiscal Compact, il principio enunciato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Melloni* (sent. 26 febbraio 2013 C-399/11) secondo cui è consentito, nel caso in cui la fattispecie sia solo parzialmente regolata dal diritto dell'Unione, "applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione".



La questione posta dall'Alta Corte irlandese ai giudici di Lussemburgo riguardava, com'è noto, il diritto dei singoli di agire ex art. 47 della Carta nei confronti degli atti posti in essere nell'ambito del Mes. Ma la Corte ha opposto (conformemente all'Opinione dell'Avvocato Generale Kokott che ha ritenuto all'uopo sufficiente il meccanismo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE) la clausola dell'art. 51 della Carta, con un'interpretazione restrittiva.<sup>1902</sup> La conclusione è che il singolo potrebbe non essere legittimato ad invocare i diritti fondamentali dell'Unione in relazione a misure nella sostanza imposte dalla Commissione in cooperazione con la BCE, ma adottate dagli Stati firmatari nella loro qualità di membri dell'Esm.<sup>1903</sup>

Tuttavia, con l'estromissione della Carta dall'ambito del trattato Mes la Corte espunge dal controllo i "paradigmi costituzionali" dell'Unione,<sup>1904</sup> il che a sua volta retroagisce sul ruolo della Corte di Giustizia, facendo sì, come nota Giubboni, che il nuovo diritto europeo resti privo di un vero custode della legalità costituzionale euro-unitaria.<sup>1905</sup>

Con notevole "pragmatismo"<sup>1906</sup> la Corte legittima e costituzionalizza il modello "mutualistico" del Mes, ma la contropartita è quella di "condizionare gli aiuti finanziari a restrizioni che possono prescindere dall'esigenza di bilanciare le politiche di rientro del debito con la salvaguardia del nucleo essenziale dei diritti sociali eventualmente riconosciuti negli ordinamenti degli Stati richiedenti, oltre che dalla Carta dei diritti".<sup>1907</sup>

#### 4. Il problematico ruolo dei giudici europei

Un problema molto complesso, a tal riguardo, è che i diritti non sono formalmente "attaccati" sul terreno del diritto europeo, creandosi qui le condizioni perché siano piuttosto i governi nazionali a farlo, per rispettare impegni assunti al di fuori del quadro eurounitario.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale è lapidaria nell'escludere l'impugnabilità diretta (e conseguentemente il controllo sulla base del parametro dei diritti fondamentali dell'Unione) degli atti riferibili al Mes e in particolare degli impegni assunti dai governi nazionali nell'ambito dei programmi di assistenza economico-finanziaria. Oltre a *Pringle*, va ricordata l'ordinanza coeva del 15 novembre 2012 (C-102/12 *Stefan Stadter c. BCE*) con cui la Corte, pronunciandosi ai sensi dell'art. 263.4 sulle decisioni del Tribunale (investito da ricorsi contro misure europee volte a rafforzare la sorveglianza di bilancio e intimare alla Grecia i provvedimenti per rientrare dal deficit eccessivo), ha confermato le pronunce di irricevibilità dei ricorsi per difetto di legittimazione ad agire (v. sentenza 27 novembre 2012, causa T-541/10; T-215/11), non essendo i ricorrenti colpiti dalle misure impugnate ma, eventualmente, dalle misure nazionali di

<sup>1902</sup> Per la giurisprudenza sui limiti di applicazione della carta ex art. 51, v. Corte di Giustizia sent. 15 novembre 2011 causa C-256/11, *Dereci e altri*; sent. 12 luglio 2012 causa C-466/11, *Curà e a. c. Germania*.

<sup>1903</sup> Il depotenziamento della Carta dei diritti è in verità spia luminosissima del conservatorismo degli stati, che con l'art. 51 hanno inteso impedire sul nascere qualsiasi possibile allargamento delle competenze della U.E. [Guazzarotti, 2013]. I diritti fondamentali rilevano, come causticamente osserva Bin, quando è in discussione la compatibilità delle norme nazionali con quelle europee e "non sono predicati come baluardi che fronteggiano e limitano i poteri del legislatore europeo" [Bin, 2014].

<sup>1904</sup> Calvano, 2013.

<sup>1905</sup> Giubboni, 2014.

<sup>1906</sup> B. De Witte e T. Beukers, 2013.

<sup>1907</sup> Pinelli, 2013.

esecuzione delle stesse, “suscettibili in quanto tali di un ricorso giurisdizionale interno al fine di assicurare il pieno rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva”.<sup>1908</sup> E va altresì ricordata la pronuncia della Corte di Giustizia (ord. 7/3/2013 causa C-128/12, *Sindicato dos Bancarios do Norte e altri*), con cui la Corte si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale dal *Tribunal do trabalho* di Porto (che aveva rilevato, nelle misure di riduzione dei salari del settore pubblico adottate dal governo portoghese, la violazione del principio di non discriminazione e della dignità del lavoratore ai sensi dell’art. 31 della Carta dei diritti) dichiarandosi incompetente. In questo caso effettivamente la denuncia del giudice portoghese era piuttosto debole, giacché i provvedimenti in questione erano stati adottati prima della sottoscrizione del *memorandum* d’intesa con la Commissione,<sup>1909</sup> ma la Corte ha ribadito, con ordinanza 26 giugno 2014, lo stesso principio anche nel successivo giudizio (C-264/12), imperniato sugli artt. 20, 21 e 31 della Carta, con la stessa motivazione (inapplicabilità della Carta dei diritti alla disciplina interna degli stati, ancorché in esecuzione dei *memorandum* d’intesa con la troika europea).

La Carta dei diritti, in definitiva, non impone vincoli né alle politiche di condizionalità adottate nell’ambito del trattato Mes (sentenza *Pringle*), né ai provvedimenti assunti dagli stati in attuazione di quelle politiche, nonostante la palese contraddizione fra i principi di solidarietà enunciati dalla Carta e la richiesta agli stati di provvedere allo smantellamento dello stato sociale quale contropartita degli aiuti concessi loro grazie al trattato Mes.<sup>1910</sup>

In questo contesto si segnalano alcune coraggiose decisioni delle “nuove” “istanze sovranazionali” che, lentamente, sembrano assumere funzioni giurisdizionali, pur con tutti i limiti dell’incerto, anzi evanescente *enforcement* delle proprie decisioni.<sup>1911</sup>

Il Comitato per la libertà di associazione istituito presso l’OIL ha denunciato, nel Rapporto del Novembre 2012 (case no. 2820), la violazione delle Convenzioni OIL n. 87 e 98 in relazione alle misure restrittive adottate in Grecia sin dal 2010, che hanno disposto, in nome dello stato di emergenza economico-finanziario, la sospensione dei contratti collettivi vigenti, così come la derogabilità *in pejus* e la decentralizzazione della contrattazione collettiva. A sua volta, il Comitato europeo dei diritti sociali, istituito presso il Consiglio Europeo, pronunciandosi su alcuni ricorsi collettivi (n. 65/2011 e 66/2011) ha dichiarato nel 2011 la violazione da parte del governo greco dei diritti fondamentali previsti dalla Carta Sociale Europea, e in particolare degli art. 4, 7, 10 e 12, in relazione ad alcune misure in materia di apprendistato e assunzione di lavoratori al di sotto dei 25 anni. Successivamente altre decisioni hanno censurato misure restrittive che hanno provocato tagli alle pensioni dei lavoratori dipendenti e misure volte a ridurre il costo del lavoro previste e pattuite nell’ambito della decisione del Consiglio europeo del 8/6/2010 (2010/320/UE).<sup>1912</sup>

Da altro versante, anche la Corte EDU si è occupata delle misure di austerità; tuttavia, in un caso, riguardante sempre la Grecia, ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso le misure adottate dal

<sup>1908</sup> V. Porchia 2013.

<sup>1909</sup> Guazzarotti 2014.

<sup>1910</sup> Guazzarotti, 2014.

<sup>1911</sup> Panzera, 2014.

<sup>1912</sup> Per riferimenti v. M. Yannakourou, 2014; per ulteriori e precisi riferimenti v. Ricci, 2014.

governo (C-73469 *Nagla v. Latvia*), mentre in un altro caso (C-57657/12 *Koufaki v. Grece*) non ha riscontrato alcuna violazione, dichiarando la manifesta infondatezza della denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla Convenzione, in base alla dottrina, in verità piuttosto vaga e inafferrabile, del "margine di apprezzamento nazionale" della politica sociale degli stati (che altro non vuol dire che la Corte deve fino ad un certo punto rispettare le scelte del legislatore nazionale, stante il carattere sussidiario del sistema CEDU, il cui confine mobile è governato dall'applicazione di fatto del principio di proporzionalità).<sup>1913</sup> In altri casi (C-66529/11 *NKM v. Hungary*, ma si trattava di un caso limite) la Corte ha invece affermato la propria giurisdizione e, in particolare, pronunciandosi sulla violazione, da parte dell'Ungheria, dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione sul diritto di proprietà, ha dichiarato che la tassazione oltre certi limiti rappresenta una vera e propria confisca priva di presupposti di legittimità, violando il principio di proporzionalità, principio che la Corte di Strasburgo da sempre considera un parametro utile per sindacare la legittimità delle restrizioni imposte dagli stati ai diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dalla CEDU.

In definitiva, sembra potersi affermare che la giurisprudenza delle Corti europee ha le "armi spuntate" e non può, o non riesce, a utilizzare le Carte quale baluardo difensivo nei confronti delle "rigorose condizionalità", che, a cascata, provocano un logoramento incessante dei diritti sociali fondamentali all'interno degli ordinamenti nazionali.

## 5. La risposta (e il realismo) delle Corti nazionali

Spetta dunque ai giudici nazionali rispondere alle domande di "equità sociale" (indecidibili, a quanto sembra, nell'ambito del sistema del Consiglio d'Europa come in quello euro-unitario), in un contesto dunque di frammentazione della giurisprudenza che non viene meno grazie al "dialogo" quando si recide il filo conduttore dei diritti fondamentali.<sup>1914</sup>

I giudici comuni hanno indubbiamente cercato di dare risposte alle istanze della società civile, ma è molto evidente lo scotto del confinamento nazionale, senza una giurisprudenza europea che agisca per condurre su binari ragionevolmente compatibili con la tutela dei diritti fondamentali le condizionalità imposte ai paesi debitori. Sicché, in definitiva, la tutela offerta dalla giurisprudenza è quella di riversare sulle Corti e i Tribunali costituzionali il controllo di legittimità degli atti legislativi nazionali, un controllo che tuttavia avviene "a valle", sulle misure applicative delle direttive in sede europea, con una strumentazione più ridotta e in modo parcellizzato.

Potrebbe quindi rivelarsi infondata l'ipotesi che a contro-bilanciare i negativi influssi delle misure di rigore e *austerità*, definite a livello sovranazionale e cristallizzate poi dai *memorandum* d'intesa, siano le Corti nazionali.

<sup>1913</sup> Analoga motivazione nella sentenza *Da Conceicao Mateus e Santos Januario* 8 ottobre 2013, riguardante i tagli alle pensioni disposti dal governo portoghese.

<sup>1914</sup> Quello che irenicamente si definisce "dialogo" potrebbe in effetti tradire tensioni e conflitti latenti fra la Corte di giustizia e le Corti nazionali di ultima istanza, ad onta dell'accettazione oramai generalizzata del rinvio alla Corte di Lussemburgo, tanto più forti quanto più ci si avvicina al vertice del sistema, attorno ai problemi della sovranità [Bin, 2014].

Fra le sentenze più discusse e note, quelle del Tribunale costituzionale portoghese rappresentano forse la più spinta inclinazione “contromaggioritaria”. I giudici portoghesi si sono pronunciati con tre sentenze sulle misure di *austerità*, e in due di esse (sent. n. 353 del 5 luglio 2012 e sent. n. 187 del 5 aprile 2013) hanno dichiarato l’incostituzionalità di alcuni dei provvedimenti adottati per risanare il bilancio pubblico nel rispetto del principio di condizionalità.<sup>1915</sup> Nel primo caso (sent. n. 353/2012) il Tribunale ha considerato incostituzionali i provvedimenti restrittivi (che hanno comportato la sospensione della 13° e 14° mensilità sia per i dipendenti pubblici che per i pensionati), ma non in quanto lesivi di specifici diritti fondamentali bensì per violazione del principio di uguaglianza, rilevando l’ingiustificata disparità di trattamento fra lavoratori del settore pubblico e privato (“divieto di eccesso in termini di uguaglianza proporzionale”); tuttavia il Tribunale ha “auto-annullato” gli effetti della propria decisione, ritenendo di non applicare, per motivi di interesse pubblico, la dichiarazione di incostituzionalità.<sup>1916</sup> Nel secondo caso (sent. n. 187/2013) i giudici portoghesi, pronunciandosi sulla legge finanziaria 2013 (che aveva comportato la riduzione dei salari, la sospensione totale o parziale della 13° e 14° mensilità, e l’aumento di tassazione sulle pensioni e sui redditi), hanno rilevato parimenti la violazione del principio di proporzionalità (di “uguaglianza proporzionale”) per il sacrificio eccessivo e ingiustificato imposto ai dipendenti pubblici, già penalizzati da precedenti misure di politica economica. Il Tribunale costituzionale ha censurato i provvedimenti legislativi per violazione del principio di uguaglianza sancito dall’art. 13 della Costituzione nazionale, come “uguaglianza di fronte alla ripartizione degli oneri pubblici”. Va sottolineato che il Tribunale non ha censurato la distinzione di trattamento, stante l’interesse pubblico sotteso, mentre, sul piano della proporzionalità, ha applicato la sua dottrina sull’uguaglianza proporzionale, secondo cui “le misure differenziali” devono essere imposte “nel grado necessario, adeguato e non eccessivo” e sempre che non siano superati certi limiti nel sacrificio aggiuntivo richiesto ad alcune categorie.<sup>1917</sup> Altre successive decisioni conformi sono poi state adottate dal Tribunale portoghese (sent. 474 del 29 agosto 2013; sent. n. 602 del 20 settembre 2013), mentre in un caso (sent. n. 794 del 21 novembre 2013) non sono stati rilevati vizi di costituzionalità. Come si è giustamente notato<sup>1918</sup> il Tribunale costituzionale sembra aver assunto un ruolo centrale nella gestione della situazione economica del paese. Utilizzando il principio di proporzionalità come limite al potere legislativo, pur potendo contare sull’alto livello di dettaglio con cui i diritti sociali sono trattati all’interno della Carta costituzionale, il Tribunale portoghese sembra ritagliarsi un ruolo di “supervisione” della “giustizia distributiva” dei sacrifici richiesti dalla crisi economica.

Molto diverso invece l’approccio del *Tribunal constitucional* spagnolo, che potrebbe dirsi maggiormente “realista” e filo-governativo, sia nelle pronunce che si sono occupate dei provvedimenti emergenziali che in quelle riguardanti la controversa riforma del mercato del lavoro.<sup>1919</sup> In

<sup>1915</sup> V. Salvino, 2013; Salazar 2013; Abbiate 2014; Morrone 2014.

<sup>1916</sup> V. per una sintesi Fernandes, 2013.

<sup>1917</sup> V. Fernandes, 2013, cit.

<sup>1918</sup> Abbiate 2014.

<sup>1919</sup> Anche la Spagna ha sottoscritto in data 9/7/2012 un *memorandum* d’intesa con la Commissione per accedere al programma di assistenza finanziaria. Il Tribunale costituzionale ha rigettato, con la sentenza n. 85/2011, la questione di costituzionalità di alcune misure di *austerità* consistenti, fra l’altro, nella riduzione delle retribuzioni dei lavoratori del settore pubblico, negando la violazione del principio di contrattazione collettiva previsto dall’art. 37, comma 1°, della Costituzione. Con la successiva sentenza n. 191/2012

generale l'orientamento del Tribunale è apparso prudente, anzi “volto ad evitare decisioni che possano mettere a rischio la posizione degli organi politici di fronte alle istituzioni europee”.<sup>1920</sup>

Anche altre Corti nazionali si sono occupate delle misure anti-crisi “imposte” dalla troika europea ai paesi che hanno fatto richiesta di accedere ai programmi di assistenza finanziaria, ma con effetti molto limitati.<sup>1921</sup> L'emergenza economico-finanziaria sembra aver determinato, in molti casi, vincoli ineludibili non solo per i governi. L'approccio della giurisprudenza è molto cauto, talvolta sostenendo la *ratio* economica dei provvedimenti cui i governi sono costretti in nome del principio del “pareggio di bilancio” o per gli impegni assunti nell'ambito dei programmi di assistenza.

In generale l'intervento delle giurisdizioni superiori appare, fino a questo momento, teso essenzialmente a garantire condizioni di “eguaglianza proporzionale” nella distribuzione dei sacrifici, secondo la formula del Tribunale portoghese.<sup>1922</sup> Si è lontani da qualsiasi surroga o supplenza, ovvero dalla tentazione di esprimere una strategia alternativa a quella perseguita dagli esecutivi nazionali in accordo con le istituzioni europee, utilizzando i precetti costituzionali quali limiti cogenti della discrezionalità del legislatore e/o corroborando prospettive politiche di rientro dal debito che, pur senza contrastare l'esigenza del risanamento finanziario, accentuino in modo vigoroso il contributo solidaristico delle classi più agiate o siano diversamente declinate.

## 6. La giurisprudenza sulla crisi della nostra Corte costituzionale

I. La dottrina della nostra Corte costituzionale non nasce nel corso della crisi del “debito sovrano” ma risale a periodi precedenti, altrettanto turbolenti. Il bilanciamento fra diritti fondamentali e

---

ha poi respinto una prima questione di costituzionalità della riforma del lavoro disposta dal governo con la l. n. 3/2012, pur senza entrare nel merito. Più recentemente, con sentenza del 16/7/2014, il Tribunale costituzionale spagnolo si è nuovamente pronunciato sulla l. n. 3/2012 ed ha respinto a maggioranza (con l'opinione dissenziente fra gli altri di Valdés Dal-Ré), le questioni di costituzionalità poste con riferimento all'allungamento del periodo di prova (da sei mesi ad un anno) e ai provvedimenti in materia di applicazione dei contratti collettivi (che per un verso consentono ad organismi quali la Commissione consultiva nazionale istituita dai contratti collettivi, in caso di mancato accordo fra le parti, di disporre per un tempo limitato e per specifiche materie la non applicazione del contratto collettivo di settore nelle imprese in crisi, e per altro verso consentono la “priorità applicativa” della contrattazione a livello aziendale con riferimento alle materie riguardanti la retribuzione, le ferie, il sistema di classificazione ed altro ancora, lasciando al contratto nazionale la competenza nelle altre materie). E' interessante notare che sulla prima questione il Tribunale costituzionale ha motivato il rigetto osservando come la previsione legislativa “constituye una medida legislativa coyuntural adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo”, che “atiende a la legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable”, mentre sulla questione relativa alla sospensione e alla derogabilità del contratto collettivo di settore il Tribunale ha giudicato il provvedimento legislativo “una medida excepcional, que resulta justificada, razonable y proporcionada” tenendo conto dell'obiettivo di difendere e rilanciare la produttività aziendale.

<sup>1920</sup> Abbiate 2014.

<sup>1921</sup> Fra i paesi che hanno dovuto sottoscrivere gravosi impegni con la troika europea la Grecia vanta certamente un primato con i due *memorandum* di intesa del 2010 e del 2012. Anche in questo caso, pur trattandosi di un ordinamento che si basa su un controllo diffuso di costituzionalità, non si rinvencono decisioni in grado di dar consistenza ad una giurisprudenza univoca in materia di crisi, anzi l'orientamento prevalente sembra essere improntato “al principio di *self-restraint* nei confronti delle scelte politiche” [Abbate 2014]. Nella decisione n. 668/2012 del Consiglio di Stato, con cui sono state scrutinate le misure adottate dal governo greco dopo la sottoscrizione del primo memorandum del 2010, la Corte ha ritenuto che le misure approvate dal governo fossero compatibili con la Costituzione nazionale, basando la propria decisione sullo stato di emergenza economica e sull'interesse pubblico sottostante alle misure di *austerità*. In tal senso, la Corte ha dichiarato che la discrezionalità del legislatore incontra un limite “in the principle of equal participation to the public charges in proportion with each one's possibilities” (secondo il principio posto dall'art. 4, par. 5, della Costituzione nazionale), ma nella fattispecie non ha riscontrato la violazione del principio di eguaglianza e proporzionalità.

<sup>1922</sup> Per un'attenta e completa disamina della giurisprudenza nei paesi colpiti dalla crisi europea v. Kilpatrick-De Witte, 2014.

interesse pubblico si è tradotto, com'è noto, nella definizione di un limite individuato dalla nozione, per quanto dai contorni sfumati e dai confini mobili, del “contenuto minimo essenziale dei diritti”, ossia quel nucleo minimo ed inderogabile che l'ordinamento deve sempre garantire anche innanzi alle esigenze di razionalizzazione finanziaria. Seppure riconosciuti dalla Corte come diritti non assoluti, anzi “finanziariamente ed economicamente condizionati”, i diritti sociali non sono dunque privi di tutela quando il fattore economico-finanziario induce lo stato ad interventi restrittivi, anche se l'emergenza economica ha esercitato un ruolo talvolta “assorbente” nella giustificazione costituzionale dei provvedimenti legislativi.<sup>1923</sup>

La Corte riconosce la discrezionalità legislativa sulla distribuzione delle risorse pubbliche e il controllo si può dire condotto sulla scorta del criterio – di origine tedesca, ma ormai di uso universale – di “riserva del possibile e del ragionevole”.<sup>1924</sup> Occorrerebbe del resto sempre ricordare che, a fianco dei diritti sociali fondamentali, l'ordinamento prevede doveri altrettanto fondamentali di contribuzione, in applicazione del principio solidarista, e che i doveri di solidarietà si esprimono in una dimensione non solo verticale ma pure orizzontale.<sup>1925</sup>

Per gli effetti della crisi economica europea anche in Italia – che pure non ha fatto ricorso ai programmi di assistenza finanziaria e non ha sottoscritto *memorandum* d'intesa con la Commissione, ma si è vista, più subdolamente, recapitare una lettera d'intenti dal Presidente della Commissione europea nel 2011 contenente una ben precisa “ricetta” di provvedimenti ritenuti necessari per uscire dalla crisi – la Corte costituzionale ha dovuto pronunciarsi sulla fondatezza di diverse questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative così adottate.

Le sentenze della Corte che si sono occupate dei provvedimenti anti-crisi (n. 223/2012, n. 116/2013, n. 304/2013, n. 310/2013, n. 7/2014 e n. 219/2014, elenco probabilmente destinato ad allungarsi) nel complesso disegnano una “giurisprudenza della crisi” non priva di elementi di ambiguità, con un utilizzo non sempre lineare e coerente dell'apparato argomentativo.<sup>1926</sup>

Oggetto dello scrutinio costituzionale, oltre ad alcune disposizioni finanziarie che hanno introdotto contributi di solidarietà per i pensionati “benestanti”, i provvedimenti emanati dal Governo con il decreto legge n. 78/2010, convertito in legge con l. n. 122/2011, che hanno disposto, fra l'altro, il congelamento delle retribuzioni dei pubblici dipendenti non contrattualizzati, il blocco temporaneo della contrattazione nel settore pubblico contrattualizzato (successivamente prorogato) ed altre misure di riduzione della spesa.

Nei giudizi in questione la Corte, in verità, non ha riscontrato violazioni dirette dei diritti sociali fondamentali, o per meglio dire del loro nucleo essenziale (seppure non mancano nelle ordinanze di rinvio riferimenti ai specifici precetti costituzionali lesi) e nei casi in cui ha sancito l'illegittimità costituzionale di alcune di queste disposizioni, ha fondato i propri rilievi per lo più sulla violazione

---

<sup>1923</sup> Attenta dottrina ricorda, a questo proposito, che la Corte costituzionale, nella giurisprudenza degli ultimi due decenni, non si è mostrata certo insensibile ai vincoli finanziari, tanto da “contrarre sensibilmente il raggio d'azione del proprio controllo sulle scelte politiche in ordine alle riforme onerose” (Salazar, 2013 anche per i riferimenti).

<sup>1924</sup> Morrone, 2014.

<sup>1925</sup> Giuffrè, 2007.

<sup>1926</sup> Ricci, 2014; Lo Faro, 2014b.

dell'art. 3 I comma Costituzione (semmai in combinato disposto con altre norme costituzionali). L'utilizzo di questo parametro costituzionale è in verità consequenziale alle censure mosse ai provvedimenti restrittivi sotto il profilo della legittimità dell'imputazione di essi ai gruppi rappresentati in giudizio (magistrati, pensionati, diplomatici di carriera, docenti universitari, personale pubblico contrattualizzato), contestandosi la distinzione operata dal legislatore più che il fondamento della scelta legislativa, ossia la distribuzione dei sacrifici, che non senza ragione sembra evocare la sindrome Nimby (*not in my backyard*). Lo scrutinio avviene pertanto in relazione al "nucleo forte" dell'eguaglianza in senso formale, inteso come divieto di distinguere in base a categorie meramente soggettive.<sup>1927</sup>

II. La prima decisione (v. sent. n. 223/2012, *leading case* della giurisprudenza sulla crisi) ha riguardato provvedimenti legislativi incidenti sfavorevolmente nella sfera soggettiva degli appartenenti all'ordine giudiziario, con il blocco, fra l'altro, senza possibilità di recupero, degli adeguamenti automatici delle retribuzioni. Il parametro costituzionale differenzia questo caso dai successivi, entrando in gioco (non senza qualche perplessità)<sup>1928</sup> il principio dell'autonomia e indipendenza della magistratura ex art. 101 ss. Costituzione.<sup>1929</sup> Analogamente, nella successiva sent. n. 7/2014, è l'auto-governo assicurato alla Banca d'Italia a "rafforzare" il parametro costituzionale, con effetti demolitori dei sacrifici richiesti.<sup>1930</sup>

Come tutti gli altri diritti o principi costituzionali, anche il diritto alla retribuzione è oggetto di bilanciamento con gli altri diritti/principi con cui viene in collisione, ossia, nella fattispecie, con il principio solidaristico (i "doveri inderogabili") sottesi ai provvedimenti emergenziali assunti nell'ambito della strategia anti-crisi, e il principio di eguaglianza è lo strumento attraverso cui operare il controllo di razionalità/ragionevolezza del bilanciamento condotto dal legislatore fra questi interessi/beni fondamentali. Il test di ragionevolezza si conclude qui negativamente per il superamento dei limiti cui la Corte sottopone la possibilità di interventi in materia, sia quanto all'ambito di riferimento degli stessi (la platea dei soggetti coinvolti) che alla temporaneità delle limitazioni poste al meccanismo di adeguamento retributivo (circoscritte genericamente al "periodo reso necessario dalle esigenze di riequilibrio di bilancio"). Senza entrare nel merito delle ragioni per cui la Corte ha ritenuto sorpassati, nella fattispecie, i suddetti limiti, conta osservare che la decisione si pone, almeno in linea di principio, in continuità con la già richiamata dottrina della Corte secondo cui sacrifici richiesti a talune categorie sono legittimi e non lesivi del principio di ragionevolezza purché "eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefissato".<sup>1931</sup>

<sup>1927</sup> Bin, 1992.

<sup>1928</sup> v. Lo Faro, 2014a e 2014b.

<sup>1929</sup> Il cui collegamento con il meccanismo di adeguamento automatico è, secondo la Corte, nel senso "dell'imprescindibilità dell'esistenza di un meccanismo, sia pure non a contenuto costituzionalmente imposto, che svincoli la progressione stipendiale da una contrattazione e, comunque, in modo da evitare il mero arbitrio di un potere sull'altro".

<sup>1930</sup> v. Ricci, 2014, il quale causticamente osserva come le garanzie d'indipendenza valgano alla stregua di salvacondotti per queste categorie dai doveri di solidarietà.

<sup>1931</sup> ord. n. 299/1999; sent. n. 245/1997; sent. n. 99/1995.

L'ingiustificata disparità di trattamento rileva anche negli altri due "quesiti" risolti dalla medesima sentenza n. 223/2012, con dichiarazione di illegittimità costituzionale del taglio all'indennità speciale dei magistrati, nonché dell'imposizione di un contributo di solidarietà sul trattamento economico dei dipendenti pubblici con redditi più elevati.<sup>1932</sup> In quest'ultimo caso è la derivante di un irragionevole effetto discriminatorio, stante l'identità di *ratio* dei differenti interventi di solidarietà (l'analogia come strumento comparativo). Chiave di volta del giudizio di illegittimità costituzionale è, a ben vedere, la natura tributaria attribuita in entrambi i casi ai provvedimenti impugnati, consentendo alla Corte di richiamare efficacemente i suoi tradizionali canoni ermeneutici in caso di misure ristrette soltanto ad alcune categorie, che hanno sempre provocato reazioni idiosincratiche del giudice delle leggi, a difesa, si ripete, del "nucleo forte" dell'uguaglianza formale.<sup>1933</sup>

Analogamente, nella successiva decisione n. 116/2013 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di provvedimenti (d.l. n. 98/2011 convertito in l. n. 111/2011) che hanno colpito i titolari di posizioni giuridiche consolidate (perceptor di trattamenti pensionistici più elevati cui era stato imposto un contributo di solidarietà), a seguito di ordinanze di rimessione che avevano rilevato l'irragionevolezza e la disparità di trattamento di un intervento legislativo riguardante i soli pensionati, anche in questo caso "senza garantire il rispetto dei principi fondamentali di uguaglianza a parità di reddito, attraverso una irragionevole limitazione della platea dei soggetti passivi". Lo scrutinio della Corte, avendo qualificato il provvedimento come "tributario", si è così svolto in riferimento al parametro della "universalità della imposizione", e l'irragionevolezza della distinzione è stata motivata "avendo riguardo, quindi, non tanto alla disparità di trattamento fra dipendenti o fra dipendenti e pensionati o fra pensionati e lavoratori autonomi od imprenditori, quanto piuttosto a quella fra cittadini".<sup>1934</sup>

In questa giurisprudenza la Corte ha utilizzato la chiave del giudizio di ragionevolezza in sostanziale continuità con la propria giurisprudenza, con scrutinio delle norme impuginate sia sotto il profilo della coerenza interna con le diverse norme nella stessa materia e con i suoi stessi presupposti (principio di non contraddizione, congruità dispositiva), sia per disparità di trattamento e violazione del principio di proporzionalità, cui rinvia l'art. 3 I comma Costituzione. Ma è quest'ultimo, di fatto, lo strumento di cui la Corte si è avvalsa nelle fattispecie in esame ai fini della declaratoria di illegittimità delle norme.

III. Nella successiva giurisprudenza la Corte, pur non smentendo la propria dottrina, mostra accenti maggiormente sensibili al valore costituzionale del principio del pareggio di bilancio. Nella sentenza n. 310/2013, riguardante il blocco delle progressioni economiche dei docenti universitarie, così come in quella di poco precedente riguardante il personale diplomatico (n. 304/2013), la Corte non ha seguito il tracciato del precedente della sent. n. 223/2012 (riguardante i magistrati), nonostante, invero, l'affinità di situazioni.

<sup>1932</sup> Il d.l. n. 78/2010 ha imposto un contributo di solidarietà sui redditi superiori ad euro 90.000 con applicazione di una decurtazione del 5% fino ad Euro 150.000 e del 10% per la parte eccedente, laddove per i dipendenti privati, il contributo di solidarietà richiesto dal legislatore con l. n. 138/2011 è pari al 3% ma sui redditi superiori a 300.000 euro.

<sup>1933</sup> Cerri, 2005.

<sup>1934</sup> Tega, 2014.



La sentenza n. 310/2013 potrebbe rappresentare una sorta di spartiacque della giurisprudenza costituzionale della crisi per il peso specifico che assume, nell'ambito del test di ragionevolezza, l'evoluzione intervenuta nel quadro giuridico-economico europeo e nazionale (con la riforma dell'art. 81 della Costituzione). In modo molto fermo la Corte ha richiamato in motivazione l'esigenza prioritaria del rispetto degli impegni assunti con il Trattato sul *Fiscal Compact*, che condiziona il bilanciamento fra il diritto "compromesso" dall'intervento legislativo e l'interesse pubblico alla riduzione di spesa.

In effetti, se fra le due sentenze (n. 223/2012 e n. 310/2013) corrono diverse "declinazioni" del principio di uguaglianza<sup>1935</sup> una delle ragioni, probabilmente, sta nella "giustificazione" maggiormente avvertita, di fronte alla situazione economico-finanziaria, del provvedimento riguardante tutto il settore pubblico, contrattualizzato e non contrattualizzato, con identici effetti. Diversamente, nel provvedimento riguardante i magistrati, non solo il provvedimento ha inciso sui diritti di una sola categoria in modo maggiormente pregiudizievole, ma soccorre nello scrutinio di costituzionalità uno specifico parametro costituzionale che negli altri casi manca.

Si deve tuttavia ammettere che, al di là delle formule astratte cui talvolta la Corte ricorre, il quadro normativo europeo assume un rilievo decisivo. Il richiamo, nella sentenza n. 310/2013, agli impegni in sede europea non vale soltanto ad uno scopo retorico o di rafforzamento della motivazione ed è anzi, come si è notato, talmente perentorio da dimostrare "un atteggiamento di allineamento della Corte con l'orientamento generale delle istituzioni sovranazionali".<sup>1936</sup>

Seguendo la stessa rotta, in successiva, recente sentenza (n. 219/2014), la Corte, pronunciandosi sull'illegittimità costituzionale di analoghi provvedimenti assunti nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato, ha dichiarato infondata sia la questione relativa alla violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza, sia quella relativa alla violazione degli artt. 36 e 39, I comma, Costituzione, sia le altre residuali censure d'incostituzionalità proposte dai giudici remittenti.

La sentenza – che si è pronunciata sui provvedimenti legislativi di blocco della contrattazione collettiva e di congelamento delle dinamiche retributive nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato – ribadisce le argomentazioni già utilizzate nel contesto del lavoro pubblico non contrattualizzato (sent. n. 310/2013) e legittima pure, ritenendola conforme a ragionevolezza, la proroga del blocco della contrattazione disposto dal D.L. n. 98/2011 fino al 31/12/2014, giacché, secondo la Corte, i sacrifici necessari per fronteggiare la situazione di crisi economica non possono che rapportarsi alle prospettive pluriennali dei cicli di bilancio.

IV. Con stringata motivazione la Corte respinge la questione di illegittimità costituzionale con riferimento al parametro posto dall'art. 39 I comma Costituzione.

In effetti già nella sentenza n. 310/2013 la Corte in un *obiter dictum* aveva accennato che il blocco della contrattazione nel settore pubblico nel triennio 2011-2013 dovesse intendersi come non più recuperabile ad opera della contrattazione collettiva, onde impedire che "il risparmio della spesa pubblica derivante dal temporaneo divieto di contrattazione possa essere vanificato da una successiva procedura contrattuale o negoziale che abbia ad oggetto il trattamento economico

<sup>1935</sup> Lo Faro, 2014b.

<sup>1936</sup> Abbiate 2014.

relativo proprio a quello stesso triennio 2010-2012, trasformandosi così in un mero rinvio della spesa”, richiamando sul punto il precedente definito con sentenza n. 189/2012.

È tuttavia nella sentenza n. 219/2014 cit. che la Corte affronta il nodo della legittimità costituzionale del provvedimento legislativo con diretto riferimento al principio di libertà sindacale, cui inerisce la libertà contrattuale, secondo i giudici remittenti compromessa dalla sospensione delle procedure di contrattazione collettiva nel comparto pubblico. La Corte motiva sul punto limitandosi ad evidenziare che “l’autonomia collettiva può venire compressa o, addirittura, annullata nei suoi esiti concreti; e ciò non solo quando introduca un trattamento peggiore rispetto a quanto previsto dalla legge, ma anche quando sussista l’esigenza di salvaguardia di superiori interessi generali”, richiamando la sua pregressa giurisprudenza in tema.<sup>1937</sup>

La motivazione non è però del tutto convincente. Tralasciando altri pur importanti aspetti, se è vero che a monte della contrattazione collettiva del comparto pubblico c’è, e non può non esserci, la determinazione da parte del Governo delle risorse disponibili, allora la misura adottata dal legislatore appare forse non necessaria, potendosi conseguire lo stesso risultato con mezzi che importano un minor sacrificio del diritto fondamentale di contrattazione collettiva. Ciò sembra tanto più rilevante considerando che con successivo provvedimento legislativo (d.p.r. n. 122/2013) il legislatore ha disposto la riapertura delle procedure contrattuali di rinnovo esclusivamente per la parte normativa e non economica dei contratti collettivi di comparto. Si poteva dunque adottare un provvedimento legislativo più “mite”, che consentisse la tutela del “contenuto minimo essenziale” del diritto di contrattazione collettiva, sia optando per una pur fortissima restrizione delle risorse finanziarie destinate alla tornata contrattuale 2011/2013, senza annullarla, sia, eventualmente, lasciando le parti libere di contrattare, a “parità di spesa”, sulla parte normativa ed obbligatoria del contratto collettivo.

Per la giurisprudenza della Corte costituzionale la tutela dell’interesse pubblico alla razionalizzazione e al contenimento della spesa, interesse indubbiamente rafforzato dagli impegni assunti con il Trattato del *Fiscal Compact*, è assiologicamente prevalente sul principio di libertà sindacale, e non importa che il legislatore imponga un sacrificio oltre il dovuto del diritto di contrattazione, adottando misure che potrebbero a ragione ritenersi *border line* alla luce del principio di proporzionalità.

Il principio in questione imponeva di graduare gli strumenti normativi presenti all’interno dell’ordinamento, così da assegnare preferenza a quelle tecniche normative meno invasive della libertà e dell’autonomia delle associazioni sindacali, rispetto a quelle che posseggono invece una maggiore capacità conformativa, in senso autoritario, sui comportamenti collettivi. Tuttavia l’esigenza di “salvaguardia di superiori interessi generali” è una formula generica ed omnicomprensiva che possiede il potere taumaturgico di giustificare la scelta legislativa, la cui ragionevolezza sembra essere per la Corte insita nella sua finalizzazione, senza neppure le condizioni poste dalla pregressa giurisprudenza della Corte, la quale aveva sì ammesso che il legislatore può stabilire criteri

---

<sup>1937</sup> Sentenze n. 40/2007, n. 143/1998, n. 124/1991 e n. 34/1985, su cui v. Ricci, 2014.

direttivi o vincoli di compatibilità con obiettivi generali di politica economica,<sup>1938</sup> ma entro quei limiti le parti sociali devono essere lasciate libere di contrattare.

In effetti i presupposti della pronuncia n. 219/2014 erano stati già, in certa misura, anticipati dalla precedente sentenza della Corte n. 215/2012, che aveva respinto la questione di legittimità costituzionale delle misure introdotte con l'art. 9, comma 4, d.l. n. 78/2010, ove il legislatore aveva fissato limiti massimi di aumento delle retribuzioni dei pubblici dipendenti per il biennio 2008-2009, anche in via retroattiva, con applicazione di diritto ai contratti già a quella data stipulati, non potendo la contrattazione collettiva di comparto determinare aumenti superiori al 3,2 per cento. La Corte, investita da ricorsi promossi da alcune Regioni, pur evitando di pronunciarsi sulla violazione di parametri costituzionali estranei al riparto di competenze stato-regioni, quali gli artt. 3, 36 e 39 Costituzione, aveva non di meno affermato, sulla scia dell'orientamento espresso dalla Corte nella ricordata sentenza n. 124/1991, che il provvedimento legislativo “..fissando esclusivamente un limite agli aumenti che possono essere disposti dai contratti collettivi relativi ad un determinato biennio, non fa altro che definire, appunto, il confine entro il quale può liberamente svolgersi l'attività negoziale delle parti”. Ma evidentemente una cosa è limitare la libertà collettiva fissando limiti massimi di aumento delle retribuzioni, in nome della crisi economica-finanziaria, potendosi qui in modo pertinente richiamare i precedenti della Corte, altra cosa impedire in toto il suo esercizio.

Volendo, in conclusione, fare un confronto fra la sentenza n. 223/2012 sui magistrati (ove la Corte ha potuto disporre di un parametro “rafforzato”) e la sentenza n. 219/2014 (ove pure ci si trovava innanzi ad interessi tutelati a livello costituzionale ex art. 39 I comma Cost.), si potrebbe pensare che per i giudici della Consulta il “peso” della tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura fosse maggiore rispetto a quello relativo alla libertà di contrattazione collettiva. Diversamente dall'applicazione rigorosa del principio di proporzionalità del Tribunale costituzionale tedesco (e della stessa Corte di Giustizia), imperniato sul triplice controllo di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto,<sup>1939</sup> la ragionevolezza, quando è utilizzata per sindacare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla Costituzione o al bilanciamento degli stessi,<sup>1940</sup> si conferma essere un potere di controllo nel merito che assicura all'interprete-decisore ampi margini di discrezionalità.<sup>1941</sup>

## 7. Conclusioni (e qualche interrogativo)

In generale le Corti nazionali sembrano adottare con pragmatismo e realismo orientamenti che da un lato salvaguardano l'impegno degli esecutivi nella riduzione dell'indebitamento e dall'altro tendono ad orientare l'azione legislativa verso modalità non lesive del principio di uguaglianza, impedendo vistose e ingiustificate disparità di trattamento nei rapporti giuridici.<sup>1942</sup>

<sup>1938</sup> v. Corte cost. n. 124/1991, secondo cui “compressioni legali di quella libertà, nella forma di massimi contrattuali, sono giustificabili solo in situazioni eccezionali, a salvaguardia di superiori interessi generali, e quindi con carattere di transitorietà”, in quanto destinati a cessare insieme con l'emergenza che li aveva determinati.

<sup>1939</sup> v. Caruso, 2014.

<sup>1940</sup> Ruggeri-Spadaro, 2001.

<sup>1941</sup> Bin, 1992.

<sup>1942</sup> Morrone, 2014.

La “leva” dell’uguaglianza viene utilizzata dalla Corte quale limite esterno della legge, segnalando la non proporzionalità dell’intervento legislativo stante “l’ingiustizia” nella ripartizione dei sacrifici fra i gruppi (emblematica la sentenza sui magistrati).

Tuttavia la giurisprudenza non è omogenea e, nel giudizio di ragionevolezza della nostra Corte sul fondamento della scelta legislativa, sembra emergere, a partire dalla sentenza n. 310/2013, una maggiore sensibilità al valore costituzionale dell’equilibrio di bilancio.

Trascurabili sono l’attenzione e gli argomenti spesi sui diritti fondamentali (art. 36, art. 39 Costituzione), pur direttamente coinvolti, a conferma della preferenza della Corte “per lo schermo triangolare del giudizio di eguaglianza formale, rispetto all’applicazione diretta dei principi “sostanziali” della Costituzione”.<sup>1943</sup> Il che, obiettivamente, attesta un limite intrinseco del potere di controllo costituzionale sulla legislazione della crisi, stante da un lato il carattere relativo e non assoluto del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali e dall’altro lo sviluppo storico di questi diritti per linee interne all’ordinamento disegnato dal legislatore. In generale pare quindi corretto osservare che i diritti sociali fondamentali non rappresentano un nucleo così forte da mettere in discussione il carattere recessivo insito nelle misure anti-crisi adottate dagli stati.<sup>1944</sup>

Salvo alcune pronunce (fra le altre spiccano le sentenze del Tribunale costituzionale del Portogallo), il controllo di costituzionalità colloca gli interventi normativi effettuati dagli stati all’interno di un modello sociale sicuramente compatibile con la Costituzione.<sup>1945</sup> Non è ben chiaro, in effetti, se vi sia da parte delle Corti una sottovalutazione della portata dei principi costituzionali come potenziali presupposti logici delle decisioni,<sup>1946</sup> oppure se l’effetto recessivo dei provvedimenti concordati nell’ambito dei protocolli d’intesa con la Commissione (o come in Italia, concordati al di fuori di essi) si mantenga per davvero all’interno dell’area di “manovra” legislativa.

Nel complesso le Corti nazionali, con orientamenti abbastanza omogenei (che indirettamente dimostrano la simile natura dei provvedimenti adottati dagli stati) appaiono molto attente a tutelare gli impegni assunti dai Governi in ambito sovranazionale: l’allineamento delle politiche interne di bilancio non incontra ostacoli nei diritti sociali fondamentali.<sup>1947</sup>

Vi sono però differenze molto profonde fra la giurisprudenza dei paesi costretti ad attuare politiche recessive per “gestire” la crisi del debito sovrano, una giurisprudenza con peculiare carattere “difensivo”, e la giurisprudenza dei paesi “creditori”, ossia di quei paesi che, come la Germania, hanno piuttosto interesse a tutelare se stessi e i propri bilanci nazionali da eccessive esposizioni “solidaristiche”, fino ad attuare un controllo sulle condizioni di legittimità degli impegni assunti dai governi nazionali e sull’operato di istituzioni come la BCE di cui pure i Trattati tutelano l’assoluta indipendenza.

Il Tribunale costituzionale tedesco si è più volte occupato delle misure per arginare la crisi dell’eurozona. Dopo essersi pronunciato una prima volta con la sentenza 7 settembre 2011 sugli aiuti alla Grecia, e poi con le sentenze 7 e 12 settembre 2012 rispettivamente sul Trattato Mes e sul

---

<sup>1943</sup> Bin, 1992 p. 54.

<sup>1944</sup> Giubboni, 2014.

<sup>1945</sup> Morrone, 2014.

<sup>1946</sup> per considerazioni al riguardo v. ancora Bin 1992.

<sup>1947</sup> v. Giubboni, 2014.

Fiscal Compact, con la più recente sentenza del 18 marzo 2014 ha preso posizione, in modo fortemente critico, sul programma OMT della Banca centrale europea (programma che prevede la possibilità di acquisti illimitati sul mercato secondario di titoli di stato dei paesi dell'eurozona).

La dottrina della Corte di Karlsruhe, messa a punto nella sentenza sugli aiuti alla Grecia, è nota. Il principio democratico, considerato principio irrinunciabile e intangibile della Legge fondamentale, impone che tutte le scelte più importanti in materia di bilancio siano prerogativa del Parlamento nazionale, con la conseguenza che impegni assunti da organismi sovranazionali e dalla stessa U.E. da cui discendano oneri a carico del bilancio pubblico debbano essere preventivamente approvati dal *Bundestag*, pena la loro incostituzionalità.<sup>1948</sup> Il Tribunale ha così dichiarato costituzionalmente legittimo, nella sentenza del 12 settembre 2012, il Trattato Mes, ma sul presupposto, che costituisce anche un vincolo, della limitata responsabilità finanziaria dello Stato giacché non eccedente la quota di sottoscrizione approvata dal Parlamento. Seguendo questo tracciato, nella sentenza del 18 marzo 2014 ha ribadito la legittimità costituzionale del Trattato Mes e la dottrina da ultimo citata, che impone l'approvazione da parte del *Bundestag* di ogni decisione incidente sulle finanze pubbliche.

In questo contesto, con ordinanza del 7 febbraio 2014, i giudici del Tribunale costituzionale, per la prima volta nella loro storia, hanno formulato un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE sul programma OMT della BCE. Il Tribunale costituzionale, qualificando questo programma come atto *ultra vires*, ne preannuncia l'invalidità in base alla propria dottrina.<sup>1949</sup> Stante la violazione delle competenze di attribuzione, il Tribunale ha "suggerito" ai giudici di Lussemburgo un'interpretazione restrittiva del programma OMT, prefigurando in caso contrario la violazione del principio dell'identità costituzionale nazionale ex art. 79 della Legge fondamentale (altro parametro di costituzionalità degli atti della U.E. elaborato dalla dottrina di *Lissabon Urteil*). Causticamente un grande studioso ha osservato: "a closer look, however, reveals that it is a challenge both to the CJEU's role and to the EU principle of primacy, disguised as good cooperation".<sup>1950</sup>

Nei primi commenti a questa decisione le maggiori perplessità si appuntano sull'ipoteca che un organo giurisdizionale, seppure autorevole ma privo di legittimazione democratica, è in grado di esercitare sul sistema Euro e, attraverso questo, sull'economia mondiale,<sup>1951</sup> benché, a ben vedere, sia proprio il deficit democratico che legittima le Corti ad intervenire a tutela della sovranità degli stati.<sup>1952</sup> È certo inverosimile pensare che ogni Corte costituzionale possa arrogarsi il potere di controllo in ultima istanza degli atti posti in essere dalle istituzioni europee<sup>1953</sup> e la teoria dei controlimiti non ha incontrato, finora, molta fortuna (salvo che in Italia, per quanto mai ancora utilizzata se non in un recentissimo caso riguardante proprio la Germania, ma estraneo alla materia dei diritti sociali: Corte costituzionale sent. n. 238/2014). Un paradosso del diritto europeo della crisi è che ora i controlimiti sono utilizzati in chiave "antisolidarista", a difesa degli interessi

<sup>1948</sup> Recentemente, anche per i riferimenti, si veda Donati, 2014.

<sup>1949</sup> Su cui v. Spadaro, 2014 e Durante, 2014, in questo volume, anche per i riferimenti.

<sup>1950</sup> Pernice, 2014.

<sup>1951</sup> Si veda per tutti ancora Pernice, 2014.

<sup>1952</sup> Fra gli altri, Donati, 2014.

<sup>1953</sup> Tesaro, 2013.

nazionali dei paesi creditori, contro gli interessi dei paesi più deboli dell'Eurozona, per i quali la manovra della BCE può rappresentare semmai un'opportunità, forse l'unica in determinate circostanze, per poter finanziare lo stato sociale.<sup>1954</sup>

Forse soltanto una decisione politica fondamentale potrebbe consentire il superamento dell'attuale fase di incertezza, tratteggiando un modello solidaristico in grado di garantire ad un tempo la stabilità economica dell'Europa e la sua coesione sociale. Tema questo che rinvia obiettivamente alla definizione, allo stato nebulosa, di un modello "altro" rispetto a quello presente, il cui assetto è oramai stabilmente determinato dal Trattato di Lisbona; un modello nuovo (di tipo federale?) cui genericamente da più parti si rinvia e per il quale tuttavia si avverte un diffuso scetticismo, se non aperta diffidenza, senza che si scorgano forze realmente protagoniste del "cambiamento possibile".

## 8. Bibliografia

ABBIATE T., (2014) *Le Corti e la crisi: la giurisprudenza dei "PIIGS"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1

BERCUSSON B., (2009), *European Labour Law*, Cambridge University Press

BIN R., (1992) *Diritti e argomenti*, Milano Giuffrè'.

BIN R., (2014) *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale* in AIC, 3

BRONZINI G., (2012) *La tutela della contrattazione collettiva: i trattati dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in F.M. Putaturo Donati (a cura di), *Diritto del lavoro. Anno zero?*, Napoli, ESI

CALVANO R., (2013) *Il meccanismo europeo di stabilità e la perdita sensibilità costituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea alla luce del caso Pringle*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3.

CARUSO B., (2014) *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, w.p.

CASSESE S., (2012) *La nuova costituzione economica europea*, Roma-Bari, Laterza ed.

CERRI A., (2005) *L'eguaglianza*, Roma-Bari, Laterza ed.

CRAIG P., (2013) *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal*, 1.

DE WITTE B.-BEUKERS T., (2013) *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013

A.M. FERNANDES, (2013) *L'austerità e l' "uguaglianza proporzionale". Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *Lav. Dir.*, 3, p. 339 ss.

DONATI F., (2014) *La crisi dell'Euro tra Corti costituzionali e Corte di giustizia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

<sup>1954</sup> La posizione del Tribunale costituzionale tedesco sembra a maggior ragione sbarrare la strada ad ogni proposta di mutualizzazione dei debiti abbandonando la regola del divieto di *bail out*.

- DURANTE A., (2014) *I diritti sindacali nel circuito giurisdizionale multilivello. Un dialogo in lingue diverse*, w.p.
- GAMBARO E., MAZZOCCHI F., (2013), *Le regole dell'Unione europea alla prova della crisi dei debiti sovrani: il caso Pringle*, IN *Diritto del commercio internazionale*, 2.
- GAMBINO S., (2014), *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzione degli stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)
- GIUBBONI S., (2012), *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino
- GIUBBONI S., (2013) *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, w.p. int 100/2013
- GIUBBONI S., (2014), *I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 142, 2
- GIUFFRÉ F., (2007), *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV. *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, Giappichelli
- GUAZZAROTTI A., (2013), *I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1
- GUAZZAROTTI A., (2014) *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella "costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1
- HENDRIX F., (2011) *Beyond Viking and Laval: the Evolving European Context*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 32.
- YANNAKOUROU M., (2014) *Challenging Austerity Measures Affecting Work Rights at Domestic and International Level. The case of Greece*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.) *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, w.p. 5/2014 Department of Law, European University Institute
- KILPATRICK C., DE WITTE B., (2014), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, w.p. 5/2014 Department of Law, European University Institute
- LO FARO A., (2014a), *Fundamental rights challenges to Italian labour law developments in the time of economics crisis: an overview*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.) *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, w.p. 5/2014 Department of Law, European University Institute
- LO FARO A., (2014b), *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 142, 2.
- MORRONE A., (2014a) *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3.
- MORRONE A., (2014b) *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- MUZI L., (2014) *Il ruolo delle corti nel rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche nell'UE. Quale bilanciamento tra omogeneità costituzionale europea e identità nazionale degli stati membri?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

- PANZERA C., (2014) *La voce del Comitato Europeo dei diritti sociali*, w.p.
- PERNICE I., (2014), *A difficult partnership between Courts: The first preliminary Regerence by the German Federal Consitutional Court to the CJEU*, in Maastricht Journal, 1
- PINELLI C., (2013) *Le misure di contrasto alla crisi dell'Eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in Riv. Giur. Lav., 2.
- PORCHIA O., (2013) *Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea nella governance economica europea* in Il diritto dell'Unione europea, 3
- RICCI G., (2014) *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, w.p.
- RUGGERI A., SPADARO A., (2001), *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino
- RUGGERI A., (2012) *Crisi economica e crisi della costituzione*, in Consulta on line
- SALAZAR C., (2013) *Crisi economica e diritti fondamentali*, in Rassegna Parlamentare, 4
- SCIARRA S., (2013), *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Roma-Bari Laterza
- SPADARO A., (2014), *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, w.p.
- TEGA D., (2014), *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 142, 2
- TESAURO G., (2012), *Diritto dell'Unione europea*, Padova, CEDAM
- TESAURO G., (2013) *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in Il diritto dell'Unione europea, n. 3.