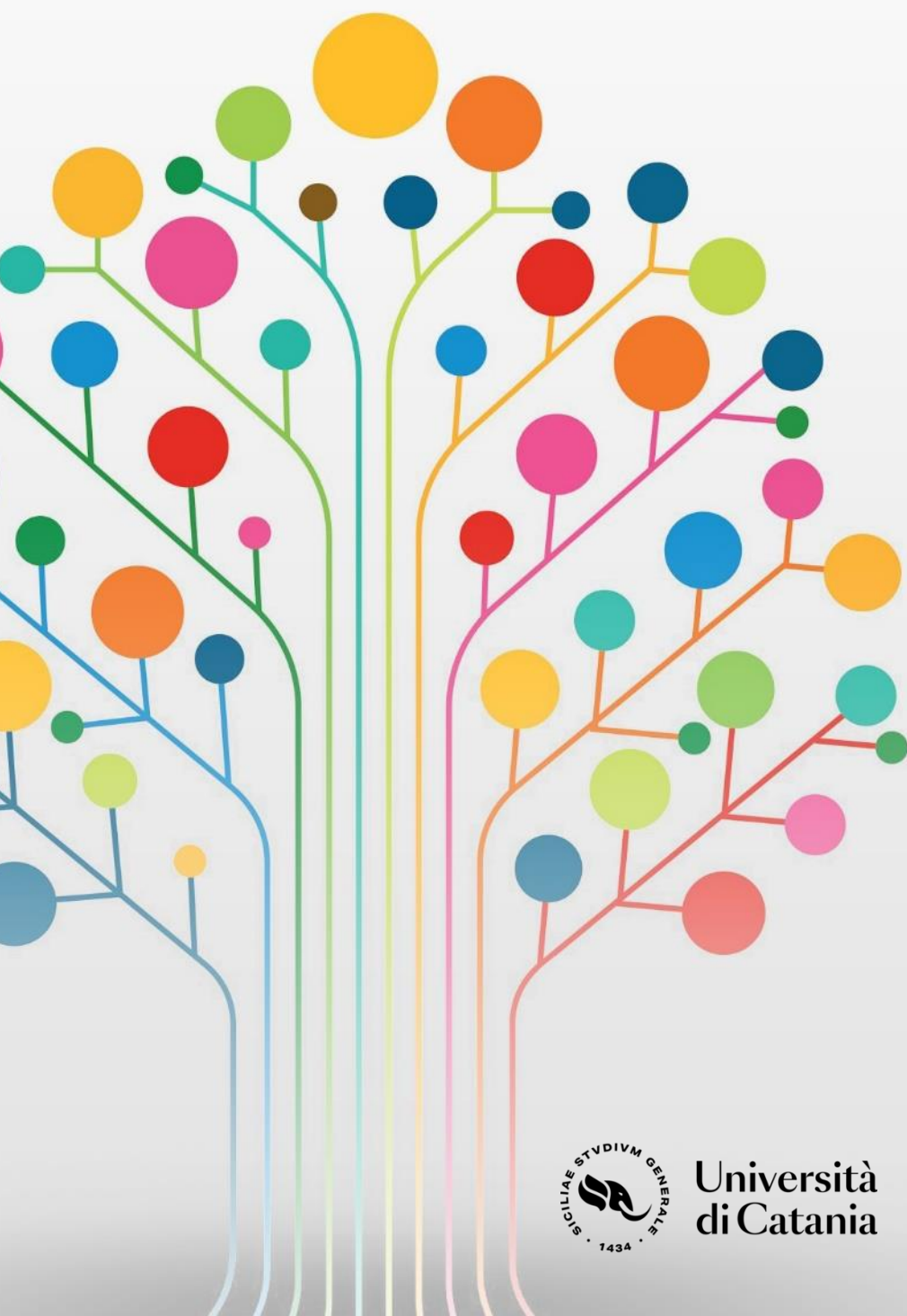


2/2016

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

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

ANDREA COLAVITA, Foro di Perugia

VINCENZO BAVARO, Università di Bari

MADIA D'ONGHIA, Università di Foggia

VALERIA PICCONE, Corte di Cassazione

MARCO ESPOSITO, Università di Napoli "Parthenope"

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, Università di Roma "La Sapienza"

MAURIZIO FALSONE, Università "Ca' Foscari" di Venezia

TIZIANO TREU, Università Cattolica del Sacro Cuore

EDOARDO ALES, Università di Cassino e del Lazio Meridionale

STEFANO COSTANTINI, Università di Genova

CARLO PISANI, Università di Roma Tor Vergata

ROBERTO PESSI, LUISS Guido Carli

RAFFAELE FABOZZI, LUISS Guido Carli

FRANCESCA MALZANI, Università di Brescia

LUIGI DE ANGELIS, già Presidente della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Genova

MARCO MARAZZA, Universitas Mercatorum

FRANCESCO LISO, Università di Roma "La Sapienza"

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

SOMMARIO

La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni Stefano Giubboni – Andrea Colavita	1
Profilo costituzionale del licenziamento nullo Vincenzo Bavaro - Madia D'Onghia	12
Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato Valeria Piccone	38
Servizi e politiche per il lavoro nell'attuazione del "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità Marco Esposito	73
Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti Giuseppe Santoro Passarelli	87
<i>Ius variandi</i> e ruolo della contrattazione collettiva Maurizio Falsone	119
Labour law and social policies: an agenda for transnational research Tiziano Treu	139
La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento) Edoardo Ales	160
Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali Stefano Costantini	174
I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni Carlo Pisani	199
Tornando sul <i>Welfare</i> Roberto Pessi	222
Misure di sostegno al reddito ed obblighi di attivazione dei beneficiari Raffaele Fabozzi	230
Labour Law and Sustainable Development Tiziano Treu	241

La qualità del lavoro nelle politiche per l'impiego e nella contrattazione decentrata Francesca Malzani	262
Responsabilità solidale nell'appalto e processo Luigi de Angelis	286
Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione Marco Marazza	296
Appunti per un profilo di Gino Giugni dagli anni '50 allo Statuto dei lavoratori Francesco Liso	305
La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi Giorgio Fontana	334
Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo": la fattispecie Giuseppe Santoro Passarelli	359

La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*

Stefano Giubboni – Andrea Colavita

1. Premessa.	2
2. La legge n. 92 del 2012 e l'applicabilità del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori al lavoro pubblico contrattualizzato.	3
3. Il licenziamento dei pubblici dipendenti dopo il Jobs Act e il decreto Madia.	8

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 304/2016

1. Premessa.

Nell'accingerci ad affrontare i numerosi aspetti problematici della complessa questione della eventuale estensione della nuova disciplina dei licenziamenti (legge n. 92 del 2012 e d. lgs. n. 23 del 2015) ai rapporti di lavoro contrattualizzato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, non possiamo non rievocare alla nostra memoria due precedenti occasioni di riflessione che videro direttamente impegnati, sostanzialmente sulla stessa tematica, molti di coloro che sono oggi di nuovo presenti qui a Perugia in questo importante convegno di studi. Ricorderete infatti che nella nostra città furono organizzati, la prima volta nel 2008 e poi nel 2013, due convegni dedicati esattamente al tema sul quale oggi, spinti dall'impetuoso e disordinato accavallarsi delle novità legislative e giurisprudenziali, dobbiamo nuovamente tornare.

Il primo convegno fu tenuto nel 2008¹, all'indomani di una assai innovativa sentenza della Corte di cassazione, che aveva esteso l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori al licenziamento illegittimo del dirigente pubblico². In quella sede ci ponemmo, invero con una certa tempestività, la questione di quale fosse, oramai, il livello di omogeneità di disciplina tra lavoro pubblico e lavoro privato. Una questione che è stata sollevata ripetutamente in questi ultimi anni, specialmente dopo la riforma Brunetta del 2009, e che il legislatore ha affrontato in modo sempre contingente, e talvolta approssimativo, dando quasi l'impressione di voler coltivare la scelta rinunciataria – se ci si consente l'espressione vagamente ossimorica – di lasciare in definitiva al giudice il difficile compito di fornire una soluzione dalle evidenti implicazioni politiche³.

Se vogliamo, la decisione della suprema Corte di cui si parlò in quel primo convegno, mentre rappresentava il punto di approdo di un dibattito assai articolato, segnava anche l'inizio di un percorso che poi si è venuto complicando e che ha generato una serie di problemi, ancora non del tutto risolti. Il successivo sviluppo del quadro normativo, infatti, si è incaricato di dissolvere le poche certezze che ci aveva consegnato quella pronuncia, tant'è che ancora oggi difficilmente possiamo esprimere una parola definitiva su quale sia il regime dei rimedi applicabili al licenziamento del dirigente pubblico.

Diremo incidentalmente più avanti quale soluzione debba darsi oggi, a nostro avviso, a tale specifico problema. Ora dobbiamo invece affrontare la questione nei suoi termini generali, alla luce del quadro normativo profondamente innovato dalla legge n. 92 del 2012 e dal d. lgs. n. 23 del 2015 (di attuazione della delega conferita al Governo con la legge n. 183 del 2014), cominciando dal primo e probabilmente più significativo quesito: quello se sia o meno applicabile il nuovo testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, *post* legge Fornero, all'area del lavoro pubblico contrattualizzato.

¹ Cfr., *si vis*, S. Giubboni, *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato. Introduzione ad un seminario*, in *Rassegna giuridica umbra*, n. 1 del 2008, pp. 331 ss., nonché F. Miani Canevari, *Il licenziamento del dirigente: lavoro pubblico e privato a confronto*, *ivi*, pp. 339 ss.

² La tesi che l'illegittimità del recesso dal rapporto di lavoro della pubblica amministrazione con un dirigente comporti l'applicazione della disciplina dell'art. 18 St. Lav. è stata affermata per la prima volta da Cassazione 1° febbraio 2007, n. 2233. L'orientamento è stato poi confermato da numerose sentenze: Cass. 30.9.2009, n. 20981; Cass. 31.7.2012, n. 13710; Cass. 5.3.2013, n. 5408; Cass. 29.7.2013, n. 18198; Cass. 7.4.2014, n. 8077; Cass. 27.1.2015, n. 1478; Cass. 19.3.2015, n. 5516.

³ V. solo, tra i tanti e più di recente, M. Ricci, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, pp. 461 ss.

2. La legge n. 92 del 2012 e l'applicabilità del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori al lavoro pubblico contrattualizzato.

Il problema che ha principalmente occupato la dottrina e la giurisprudenza negli ultimi anni è stato, infatti, quello di individuare quale versione dell'art. 18 St. lav. (se quella *ante* riforma Fornero o quella viceversa modificata dalla legge n. 92 del 2012) sia applicabile al pubblico impiego privatizzato e, più ancora, quale forma di tutela possa essere utilizzata nei confronti del licenziamento illegittimo. A tale problematica fu appunto dedicato il convegno perugino del 2013⁴, sulla scia della primissima ordinanza del Tribunale di Perugia (estensore il giudice Medoro)⁵, che ritenne senz'altro applicabile al licenziamento disciplinare del pubblico dipendente sia il cosiddetto rito Fornero che – soprattutto – il nuovo testo dell'art. 18 dello Statuto.

Come è sin troppo noto, allorché il legislatore del 2012 decise di modificare l'art. 18 St. lav., sottovalutò, almeno in un primo momento, l'impatto che la riforma avrebbe potuto avere sul settore del pubblico impiego. Le finalità perseguite dalla legge n. 92 del 2012, così come espresse nel suo articolo di apertura, nonché una serie di misure in essa contenute, evidenziano in maniera piuttosto chiara come la normativa fosse stata pensata in maniera specifica per il settore del lavoro privato, ragione per cui il legislatore ne aveva dato per scontata l'inapplicabilità al pubblico impiego privatizzato. Solo quando, in prossimità della sua definitiva approvazione, fu – diremmo piuttosto ovviamente – prospettata la possibilità che il nuovo testo dell'art. 18 potesse essere esteso anche a tale settore (ciò che fece montare la protesta, sino a qual momento piuttosto tiepida, del mondo sindacale, che naturalmente avversava tale eventualità), il legislatore corse ai ripari introducendo, nell'art. 1, in maniera tanto frettolosa quanto ambigua, i commi 7 e 8, con i quali si stabilì che – fatte salve le disposizioni della legge che espressamente si riferiscono anche al pubblico impiego (tra le quali non vi sono, però, quelle che novellano l'art. 18) – i principi della legge dovevano intendersi quali criteri direttivi di un successivo processo di armonizzazione della disciplina del pubblico impiego, affidato all'iniziativa del Ministro della Funzione pubblica col coinvolgimento concertativo del sindacato.

Ciò nonostante, subito dopo l'emanazione della legge n. 92 del 2012, il problema se la nuova disciplina dei licenziamenti fosse applicabile o meno al pubblico impiego privatizzato *hic et nunc* ha diviso gli interpreti, e su di esso si sono formate almeno tre principali linee di pensiero.

Una prima linea interpretativa, molto lucidamente coltivata anche dalla giurisprudenza perugina, si è espressa nel senso di un'applicazione integrale del nuovo testo art. 18 al lavoro pubblico contrattualizzato. Questo orientamento si è basato essenzialmente su di un argomento testuale molto forte, e cioè sul doppio rinvio mobile contenuto nel d. lgs. n. 165 del 2001 (recante il Testo unico sul pubblico impiego): da un lato, quello generale dell'art. 2 (a mente del quale i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel decreto medesimo); dall'altro, quello, connotato da un contenuto precet-

⁴ V. la relazione di M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto privatizzato alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, pp. 1 ss.

⁵ Trib. Perugia, ord. 9 novembre 2012, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, pp. 1117 ss., a commento della quale – con opposti pareri – cfr. A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, *ivi*, pp. 991 ss., e L. Cavallaro, *L'art. 18 Stat. Lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, *ivi*, pp. 1019 ss.

tivo più specifico, riveniente dalla previsione dell'art. 51, comma 2 (che precisa come le disposizioni di cui alla legge n. 300 del 1970, «*e successive modificazioni ed integrazioni*», si applichino alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti).

Secondo questa tesi – che valorizza soprattutto quest'ultimo inciso – il richiamo alla legislazione dettata in materia di lavoro privato, e dunque anche allo Statuto dei lavoratori, è effettuato attraverso l'utilizzo della tecnica del rinvio mobile, che recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime; sicché il nuovo testo dell'art. 18, così come introdotto dalla riforma Fornero del 2012, risulterebbe, sin da subito, direttamente applicabile ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati⁶.

L'opinione prevalente degli interpreti dottrinali, al contrario, si è subito coagulata attorno al polo interpretativo opposto. Franco Carinci, e con lui molti altri autori⁷, hanno subito ritenuto che questa lineare estensione del nuovo testo dell'art. 18 al pubblico impiego contrattualizzato fosse impedita innanzitutto dal dato sistematico, costituito da una pervasiva normativa speciale di settore in materia di licenziamento disciplinare. Infatti, era chiaro a tutti che la materia del licenziamento, che ora lo stesso legislatore chiama «economico», cioè il licenziamento individuale per motivo oggettivo ed il licenziamento collettivo, fosse ontologicamente estranea al pubblico impiego, essendo esso disciplinato da una normativa speciale (basata sull'istituto della cosiddetta messa in disponibilità con conseguente mobilità) che non consente in alcun modo la trasmigrazione delle norme del settore privato nel campo del lavoro pubblico. Quindi, fondamentalmente, l'ambito della discussione era ed è riferibile al solo campo del licenziamento disciplinare. Ma anche in questo campo gli artt. 55 e seguenti del Testo unico sul pubblico impiego creano un sottosistema

⁶ Hanno tra i primi sostenuto questa tesi, in giurisprudenza, oltre alla già evocata ordinanza del Trib. Perugia, 9 novembre 2012, Trib. Terni, ord. 14 dicembre 2012; Trib. Bari, ord. 14 gennaio 2013; Trib. Perugia, ord. collegiale 15 gennaio 2013; Trib. Ancona, ord. 31 gennaio 2013; Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 2 aprile 2013; Trib. Torino 14 febbraio 2014. In dottrina v. tra gli altri: R. Del Punta, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, pp. 418 ss.; L. Cavallaro, *Pubblico Impiego e (nuovo) art. 18 St. Lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, in WP C.S.D.L.E. "M. D'Antona".it – 176/2013; R. Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Lav. giur.*, 2013, pp. 22 ss.; A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, pp. 27 ss.; G. Gentile, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, pp. 227 ss.

⁷ V., di nuovo senza alcuna pretesa di completezza dei richiami, F. Carinci, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. giur.*, 2012, pp. 1136 ss.; Id., *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, pp. 472 ss.; Id., *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, pp. 913 ss.; C. Romeo, *La legge "Fornero" e il rapporto di pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, pp. 713 ss.; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 547 ss.; C. Spinelli, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, pp. 843 s.; ancora C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in Id. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pp. 11 ss.; E. Barraco, *Campo di applicazione e problemi di coordinamento*, *ivi*, pp. 44 ss.; E. Pasqualetto, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, *ivi*, pp. 57 ss.; A. Pilati, *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - n. 187/2013; M. Gerardo, A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, pp. 191 ss.; E. Gragnoli, *L'inapplicabilità della legge n. 92/2012 ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, IV, Torino, 2014, pp. 143 ss.; M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, spec. pp. 47 ss.; M. Miscione, *Il licenziamento ed il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 2014, 2, c. 6 ss. (dell'estratto). In giurisprudenza la tesi è stata seguita, tra gli altri, da Trib. Roma, 23 gennaio 2013; Trib. Monza, ord. 28 febbraio 2013; Trib. Catanzaro, 28 marzo 2013; Trib. Trento, 13 marzo 2013; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014; Trib. Venezia, 2 dicembre 2014.

completo di fattispecie sanzionatorie, ed anche implicitamente di rimedi applicabili in caso di illegittimità del recesso, impedendo così l'ingresso alla normativa generale dettata dal nuovo testo dell'art. 18.

Questo argomento sistematico era accompagnato dalla valorizzazione dell'argomento testuale desunto dal già menzionato art. 1, commi 7 e 8, della legge Fornero. Infatti, è stato evidenziato come solo nel testo della legge n. 92 del 2012 si possano ricercare eventuali disposizioni derogatorie alla direttiva della non immediata applicazione della riforma al pubblico impiego privatizzato, contenuta nei commi 7 e 8 dell'art. 1 della medesima legge. In altre parole, il fatto che la legge Fornero sia intervenuta a modificare normative (quali l'art. 18) precedentemente applicabili anche ai rapporti di pubblico impiego contrattualizzati non comporta, stante la previsione ostensiva di cui ai commi 7 e 8 dell'art. 1 della medesima legge, l'automatica ed immediata applicabilità di tali modifiche anche ai rapporti di lavoro in questione.

Dunque, questo dato testuale, per quanto ambiguo, unito al dato sistematico sopra ricordato, ha fatto propendere la maggioranza della dottrina per la tesi della inapplicabilità del nuovo testo dell'art. 18 al pubblico impiego contrattualizzato.

Questa tesi ha incontrato non poche resistenze, soprattutto perché implica, di fatto, la coesistenza di due testi normativi paralleli: l'art. 18 *ante* legge Fornero, ormai applicabile al solo pubblico impiego contrattualizzato, ed il "nuovo" art. 18, applicabile al settore privato. Tale sdoppiamento testuale (tecnica che pure non è sconosciuta al nostro ordinamento) induce peraltro nell'interprete, comprensibilmente, una certa istintiva "straneazione", non fosse altro perché stride con l'insegnamento tradizionale in forza del quale lo strumento della novellazione comporta inevitabilmente la sostituzione alla vecchia della nuova norma e, quindi, l'abrogazione del testo originario⁸.

Nella consapevolezza di tale difficoltà (ma facendosi al contempo carico dell'esigenza di "sterilizzare" quel drastico arretramento di tutele implicito nella estensione del nuovo testo dell'art. 18 al pubblico impiego contrattualizzato), in dottrina si è così suggerita una terza linea interpretativa, se si vuole mediana fra le prime due, fatta autorevolmente propria nel convegno perugino del 2013 da Michele De Luca⁹. Tale tesi trae forza proprio dal dato sistematico e valorizza i profili di specificità del pubblico impiego privatizzato: le previsioni degli artt. 55 e seguenti del d. lgs. n. 165 del 2001 – è questo l'argomento – prefigurano un sistema auto-concluso e molto articolato di fattispecie di illecito disciplinare, la cui violazione viene colpita dalla nullità per contrarietà a norme imperative di legge (tali vengono infatti qualificate le previsioni in materia disciplinare dall'art. 55, comma 1, oltreché dall'art. 2, comma 2, del Testo unico). Ne deriverebbe un'applicazione solo parziale al pubblico impiego contrattualizzato della novellata norma statutaria: più in particolare, l'applicazione della sola forma forte della tutela reintegratoria (*i.e.*, quella associata

⁸ F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit. alla nota precedente, spiega la possibile convivenza di un doppio testo normativo con il fatto che, quando il rinvio mobile non funziona (perché, come nella specie, le «*successive modificazioni ed integrazioni*» della norma richiamata escludono espressamente di essere applicabili ai pubblici dipendenti privatizzati), il testo novellato non verrebbe abrogato, ma soltanto "disapplicato" per l'area del pubblico impiego contrattualizzato.

⁹ Cfr. M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, cit., spec. pp. 6 ss.

alla tutela risarcitoria piena), così come prevista dai primi tre commi del nuovo art. 18¹⁰.

Tale tesi intermedia sembra essere stata accolta, almeno sotto il profilo del risultato concreto conseguito dal lavoratore, da una recente sentenza, con la quale la Corte di cassazione è intervenuta per la prima volta sulla *vexata quaestio* dell'applicabilità del nuovo art. 18 al lavoro pubblico¹¹. Con questa pronuncia la Suprema Corte si è occupata del caso di un dirigente pubblico, il cui licenziamento è stato ritenuto illegittimo per la violazione dell'art. 55-*bis*, comma 4, d. lgs. n. 165 del 2001, in quanto il procedimento disciplinare era stato condotto da uno solo dei tre membri che formavano il collegio competente per i detti procedimenti. I giudici di legittimità – dopo aver preso apparentemente posizione (peraltro con una motivazione assai scarna) per la tesi dell'applicabilità *ratione temporis* dell'art. 18 nel testo modificato dalla legge n. 92 del 2012 (e ciò proprio in virtù del rinvio mobile di cui all'inciso «*e successive modificazioni ed integrazioni*» contenuto nell'art. 51, comma 2, del Testo unico) – hanno evidenziato che l'art. 55-*bis*, comma 4, è norma imperativa, sicché la sua violazione rientra perfettamente tra le ipotesi di nullità per contrarietà a norme imperative di cui all'art. 1418 c.c., con conseguente applicazione della tutela reintegratoria prevista dal primo comma del novellato art. 18 (che fa testualmente riferimento agli «*altri casi di nullità previsti dalla legge*»).

In definitiva, tale sentenza, pur dando quasi per scontata l'applicabilità al pubblico impiego privatizzato dell'art. 18 nella versione modificata dalla legge Fornero, finisce, in concreto, per accordare al lavoratore una tutela del tutto corrispondente a quella della vecchia formulazione della norma statutaria.

Ancor più di recente, tuttavia, la Corte di cassazione ha radicalmente sconfessato la tesi dell'applicabilità del nuovo testo dell'art. 18 al pubblico impiego contrattualizzato. Infatti, nella recentissima sentenza n. 11868 del 9 giugno 2016, i giudici del Supremo Collegio hanno sposato pienamente l'orientamento già seguito dalla dottrina maggioritaria, quello cioè secondo il quale, sebbene il rinvio alle «*successive modificazioni ed integrazioni*» contenuto nell'art. 51, comma 2, del Testo unico sul pubblico impiego sia congegnato in maniera tale da recepire automaticamente gli interventi normativi successivi che modifichino la disposizione richiamata, ciò non accade nel caso in cui (come nella specie è avvenuto con i commi 7 e 8 dell'art. 1, legge n. 92 del 2012) il legislatore escluda espressamente tale automatica estensione, trasformando in tal modo il rinvio da mobile a fisso, di talché la norma richiamata rimane cristallizzata nel testo antecedente alle modifiche.

Si noti, peraltro, che nella propria motivazione la Corte non ha utilizzato soltanto l'argomento testuale desumibile dall'art. 1, commi 7 e 8, della legge n. 92 del 2012, ma anche considerazioni di ordine logico-sistematico, evidenziando, *inter alia*, che le finalità della legge Fornero tengono conto soltanto delle esigenze (di flessibilità) proprie dell'impresa privata, che la modulazione del regime sanzionatorio contenuta nel nuovo art. 18 mal si presta ad essere estesa all'impiego pubblico contrattualizzato, caratterizzato dalla inderogabilità degli illeciti disciplinari tipizzati dal legislatore, e che le garanzie ed i limiti al potere di licenziamento del datore di lavoro sono dettati,

¹⁰ Cfr. in tal senso anche A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, cit., spec. pp. 999, 1009 e 1010; M. Dallacasa, *Le incompatibilità del pubblico dipendente tra decadenza e licenziamento disciplinare*, in *Lav. giur.*, 2015, pp. 617 ss.

¹¹ Cass., sez. lav., 26 novembre 2015, n. 24157, pubblicata, tra l'altro, in *Lav. giur.*, 2016, pp. 353 ss. (con nota di A. Pilati) e in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, pp. 510 ss. (con commento di A. Tampieri).

nel settore pubblico, a protezione di più generali interessi collettivi, piuttosto che a tutela degli interessi del dipendente¹².

Con quest'ultimo arresto giurisprudenziale, quindi, si registra una presa di posizione molto forte in favore della tesi della contemporanea vigenza di un doppio testo normativo, che però, come è facile immaginare, difficilmente sopirà del tutto l'acceso dibattito che negli ultimi anni si è agitato intorno alla materia in esame e che è probabilmente destinato a rimanere ancora aperto.

Due ultime succinte notazioni si impongono, a tale riguardo, per completezza espositiva.

La prima concerne – come accennavamo in apertura – la contrattazione collettiva dell'area dirigenziale, che nel rinnovo del 2010 ha regolato (formalmente per il quadriennio 2006-2009) la disciplina dei rimedi contro il licenziamento illegittimo sulla scia della già evocata giurisprudenza di legittimità, introducendo una forma di tutela reintegratoria di tipo convenzionale che in linea di massima dovrebbe prevalere sulle discipline di fonte legislativa, in quanto tendenzialmente più favorevole (forse non della disciplina del vecchio art. 18, ma certamente di quella del nuovo testo consegnatoci dalla legge Fornero). La disciplina convenzionale, infatti, prevede una tutela ripristinatoria piena¹³, una tutela risarcitoria per equivalente piena ed un sistema di opzione per una forma che potremmo definire di indennità sostitutiva della reintegra articolata anche in relazione all'anzianità di servizio.

La seconda notazione è che il già variegato panorama delle opinioni che si sono formate sul tema che siamo trattando risulta ulteriormente complicato dalla questione relativa all'applicabilità del rito speciale previsto dall'art. 1, commi 47 e seguenti, della legge n. 92 del 2012 (e del quale peraltro è come noto progettata l'abrogazione in sede di riforma della giustizia civile)¹⁴. Infatti, la tesi dell'estensione della nuova disciplina processuale anche alle controversie sui licenziamenti dei pubblici dipendenti contrattualizzati è stata largamente accettata ed è condivisa anche da alcuni di coloro che propendono per l'inapplicabilità a tale settore del nuovo testo dell'art. 18.

Si è sottolineato, al riguardo, che il rito speciale deve essere seguito ogni qualvolta venga invocato il sistema delle tutele (ripristinatorie e/o risarcitorie) approntate dall'art. 18, a prescindere da quale delle due (in ipotesi coesistenti) versioni del testo normativo si debba applicare, con la conseguenza che il cosiddetto rito Fornero deve considerarsi senz'altro esteso anche al lavoro pubblico¹⁵. Il tema è stato affrontato, sia pure incidentalmente, anche dalla Corte di cassazione nella recentissima sentenza n. 11868 del 2016, nella quale l'immediata applicazione del nuovo rito alle impugnative dei licenziamenti adottati dalle pubbliche amministrazioni viene assertivamente (ma

¹² Per quest'ultimo aspetto la Suprema Corte fa esplicito riferimento alla nota sentenza n. 351 del 24.10.2008 con la quale la Corte costituzionale (occupandosi, però, *in casu*, della sola categoria dirigenziale in riferimento ad una vicenda di *spoils system*) ha affermato che le forme di riparazione economica previste dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi pubblici lesi da atti illegittimi di risoluzione del rapporto di lavoro.

¹³ Con espressioni sostanzialmente equivalenti, i vari contratti collettivi nazionali stipulati nel 2010 per l'area dirigenziale prevedono che l'amministrazione, a domanda, reintegri in servizio il dirigente licenziato dalla data della sentenza che ne ha dichiarato l'illegittimità o l'ingiustificatezza.

¹⁴ E già si muove in questa direzione l'art. 11 del d. lgs. n. 23 del 2015, che come noto esclude i lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti dalla utilizzabilità del procedimento speciale valevole invece per i lavoratori cui si applica l'art. 18 dello Statuto. Rinviamo sul punto a S. Giubboni, A. Colavita, *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, in *Questione Giustizia*, n. 3 del 2015, pp. 31 ss., spec. pp. 37-38.

¹⁵ Cfr. ad es. Trib. Roma 23.1.2013; Trib. Trento 13.3.2013; Trib. Perugia 18.1.2013; Trib. S. Maria Capua Vetere 2.4.2013; Trib. Torino 14.2.2014.

in tal caso del tutto condivisibilmente) definita «indiscutibile», non ostandovi né le previsioni della legge. n. 92 del 2012, né quelle del d. lgs. n. 165 del 2001.

3. Il licenziamento dei pubblici dipendenti dopo il Jobs Act e il decreto Madia.

La materia dei licenziamenti è stata, come noto, profondamente riformata dal cosiddetto *Jobs Act* e, più in particolare, dal d. lgs n. 23 del 2015, che – a dispetto del riferimento, più nominalistico che di sostanza, all'istituto del contratto a tutele crescenti – non introduce affatto nel nostro ordinamento una nuova tipologia di contratto di lavoro, ma disciplina un diverso modello di regime sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo.

Anche in questo caso, quindi, si pone il problema se la nuova normativa sia applicabile o meno al pubblico impiego contrattualizzato. Problema che, comunque, si pone in termini assai diversi da quelli visti a proposito della legge Fornero, atteso che nel *Jobs Act* la nuova disciplina dei licenziamenti non opera attraverso la tecnica della novellazione di norme già esistenti (e come tali già applicabili ai pubblici dipendenti in virtù dei rinvii operati dal d. lgs. n. 165 del 2001), ma è attuata attraverso la creazione di norme del tutto nuove ed autonome.

Viste le incertezze interpretative generate dalla riforma del 2012, sarebbe stato peraltro opportuno un intervento più chiaro e preciso del legislatore del *Jobs Act*. Invece, da un punto di vista strettamente testuale-formale, la questione rimane sostanzialmente irrisolta, perché, mentre il d. lgs. n. 81 del 2015 sul riordino delle tipologie contrattuali contiene numerose disposizioni che esplicitamente o implicitamente si estendono al lavoro nelle pubbliche amministrazioni (si pensi, a titolo esemplificativo, alla maggior parte delle disposizioni sul *part-time*, a una parte di quelle sul contratto a tempo determinato e sulla somministrazione a termine ed a quelle sul lavoro accessorio), né il d. lgs. n. 23 del 2015, né la legge delega n. 183 del 2014, contengono alcuna disposizione esplicita in materia di licenziamenti nel settore pubblico (e peraltro, nel percorso di approvazione dei decreti attuativi del *Jobs Act*, non c'è stata neppure quella trattativa con le organizzazioni sindacali sul tema del lavoro pubblico che, all'epoca della riforma Monti-Fornero, aveva condotto all'inserimento all'ultimo minuto dei commi 7 e 8 dell'art. 1, legge. n. 92 del 2012).

Tuttavia, nonostante l'assenza di espressioni indicazioni testuali, vi sono numerosi argomenti di carattere logico-sistematico che inducono molti commentatori a ritenere – con valutazione che anche noi senz'altro condividiamo – la piana inapplicabilità della disciplina del d. lgs. n. 23 del 2015 al pubblico impiego contrattualizzato¹⁶.

La prima ragione è che la legge delega del 2014, soprattutto sul tema che ci occupa, è tutta pensata in relazione alle problematiche del mondo del lavoro privato ed usa quasi esclusivamente un linguaggio ad esso riferibile. Solo marginalmente la legge delega ha esteso espressamente le pro-

¹⁶ Cfr. tra gli altri A. Tampieri, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il "Jobs Act"*, Torino, 2015, spec. cap. III, sez. II; S. Mainardi, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, pp. 25 ss.; F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. Ferraro (a cura di), *I Licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, n. 14 del 2015, pp. 118 ss.

prie disposizioni ai rapporti con la pubblica amministrazione (si pensi a quelle relative alla conciliazione dei tempi di vita e lavoro).

Anche il linguaggio legislativo utilizzato nel testo del d. lgs. 23 del 2015 è, di conseguenza, completamente estraneo a quello riferibile al lavoro pubblico. Non a caso, nella norma di apertura del decreto, che ne definisce il campo d'applicazione, si fa riferimento – escludendo espressamente i dirigenti – alle categorie legali di cui all'art. 2095 c.c., che (in particolare quella dei quadri) non trovano cittadinanza nel campo del lavoro pubblico¹⁷.

La stessa esclusione dei dirigenti è evidentemente sintomatica della volontà del legislatore delegato di riferirsi al solo mondo del lavoro alle dipendenze di datori privati. Tale esclusione sarebbe d'altra parte inammissibile ove il decreto avesse la pretesa di applicarsi al lavoro pubblico, visto che una tutela contro il licenziamento illegittimo – per di più di carattere ripristinatorio (come insegna la Corte di cassazione sulla scorta della già ricordata giurisprudenza costituzionale)¹⁸ – è, in questo caso (e a differenza di quanto ovviamente vale per la dirigenza privata), costituzionalmente necessaria ex art. 97 Cost.

Inoltre, alcuni istituti (si pensi, come già accennato, alla disciplina dei licenziamenti economici, ma a ben vedere anche all'istituto dell'offerta conciliativa previsto dall'art. 6 del d. lgs. n. 23 del 2015) appaiono strutturalmente estranei alla sfera dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Ma, con ogni probabilità, l'argomento più forte è di ordine logico-sistematico e costituzionale e va – in estrema sintesi – rinvenuto in ciò: che una divaricazione di discipline così radicale tra vecchi e nuovi assunti (a partire dal 7 marzo 2015), quale è quella introdotta dal d. lgs. n. 23 in attuazione della legge n. 183 del 2014, anche ammesso (e chi scrive ne dubita fortemente)¹⁹ che possa essere compatibile con il principio di uguaglianza/ragionevolezza ex art. 3 in riferimento al settore privato, sarebbe certamente incompatibile (anche) con quello di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost., ove fosse estesa al settore pubblico. È argomento di evidenza tale da non richiedere, a nostro avviso, particolari svolgimenti in questa sede. Anche perché una eco sin troppo evidente di tale argomento è presente nel già evocato passaggio della motivazione della sentenza n. 11868 del 2016 della Cassazione: seppure, lì, a sostegno della inapplicabilità del nuovo testo dell'art. 18 dello Statuto, ovvero della non riferibilità della tutela “spacchettata” e “dimidiata” configurata da quella norma in luogo della tutela reintegratoria classica che deve valere, invece, anche in ossequio all'art. 97 Cost., nell'area del lavoro pubblico contrattualizzato²⁰.

Ci sono, insomma, una serie di argomenti molto significativi che inducono a ritenere come il d. lgs. n. 23 del 2015 non sia applicabile al pubblico impiego contrattualizzato e che, quindi, ad esso

¹⁷ Nel senso che il sistema di classificazione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, così come attuato dalla legge e dalla contrattazione collettiva, non contempli la categoria dei quadri intermedi, cfr. Cass. 5.7.2005, n. 4193.

¹⁸ V. *supra*, nota 12 e testo corrispondente, per i riferimenti.

¹⁹ Cfr. S. Giubboni, *Il nuovo contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti: profili esegetici e costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, I, pp. 1 ss.

²⁰ V. di nuovo *supra*, al par. precedente.

seguitino ad applicarsi le tutele dell'art. 18 St. lav.²¹. Bisogna registrare, tuttavia, che ancora una volta il legislatore non lo ha detto espressamente, chiedendo in qualche modo ai giudici di chiarircelo nella concreta prassi applicativa.

Cominciando a tirare le fila del discorso, deve ritenersi che le più recenti riforme in materia di licenziamenti non siano applicabili al settore del pubblico impiego privatizzato. In tal modo, però, finisce per essere sistematicamente eluso il doppio rinvio alle leggi che disciplinano il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa contenuto nei più volte citati artt. 2 e 51 del d. lgs. n. 165 del 2001, rinvio attraverso il quale si era cercato di congegnare un diritto del lavoro pubblico quanto più possibile coincidente con quello privato. In controtendenza con tale originaria finalità, il legislatore del 2012 e quello del *Jobs Act* hanno accentuato la propensione ad escludere i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione delle riforme dettate per il solo lavoro nell'impresa, con ciò aumentando ulteriormente il distacco tra i due modelli normativi.

All'interno di questo quadro si inserisce, con perfetta coerenza sotto tale profilo, anche l'ulteriore intervento legislativo appena perfezionato con la definitiva approvazione del d. lgs. n. 116 del 20 giugno 2016²², che – in attuazione della delega contenuta nell'art. 17, comma 1, lettera s), della cosiddetta legge Madia, n. 124 del 2015, in tema di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche – reca importanti modifiche alla materia dei licenziamenti disciplinari dei pubblici dipendenti. Nell'ambito del più ampio disegno di riforma della pubblica amministrazione²³, il decreto interviene per colpire in maniera più dura e celere i comportamenti fraudolenti commessi dai pubblici dipendenti che attestino falsamente la presenza in servizio.

L'intervento – mediaticamente reclamato a gran voce a seguito di alcuni gravi episodi di assenteismo che hanno avuto grande risonanza sui mezzi di comunicazione e nell'opinione pubblica – si è concretizzato in una incisiva modifica dell'art. 55-*quater* del Testo unico sul pubblico impiego (norma già introdotta dalla riforma Brunetta del 2009), ed è principalmente diretto all'introduzione di un procedimento disciplinare accelerato e ad un inasprimento delle sanzioni per tali specifiche ipotesi. In maniera assai sintetica, le principali novità del decreto, che aggiunge cinque commi al testo dell'art. 55-*quater*, sono le seguenti:

- la precisazione della definizione dell'illecito disciplinare, che può essere commesso con qualunque modalità fraudolenta diretta a far risultare il dipendente in servizio o a trarre in inganno l'amministrazione circa il rispetto dell'orario di lavoro;
- l'estensione della responsabilità per la falsa attestazione della presenza in servizio anche a chi abbia agevolato, con condotta attiva o omissiva, la condotta fraudolenta;

²¹ Si noti, peraltro, che qualche autore [v. ad es. A. Tampieri, *La Suprema Corte (non) spiega perché il nuovo art. 18 dello Statuto è applicabile anche al lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, pp. 510 ss.], dopo avere preso posizione in favore di tale linea interpretativa, la utilizza, a nostro avviso non condivisibilmente, per affermare che, a maggior ragione, ai lavoratori pubblici illegittimamente licenziati si dovrà applicare l'art. 18 come modificato dalla legge Fornero, dato che, altrimenti, vi sarebbero tre diversi regimi di tutele, ed il quadro normativo risulterebbe eccessivamente frammentato e complesso. Ma qui la frammentazione – innegabile – del quadro normativo risponde almeno a esigenze di differenziazione dei trattamenti che hanno una altrettanto indisputabile base di legittimazione e giustificazione sostanziale.

²² Pubblicato in *Gazzetta ufficiale* il 28 giugno 2016.

²³ Su cui v. per tutti, con la consueta efficacia, A. Viscomi, *La riforma dell'Amministrazione del Governo Renzi. Note brevi per una lettura del ddl 1577*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, pp. 479 ss.

- l'introduzione della sospensione cautelare senza stipendio (salva la corresponsione di un assegno alimentare) per i casi di flagranza o di accertamento mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi e delle presenze, provvedimento da assumere, senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato, immediatamente e comunque entro quarantotto ore;
- l'introduzione – appunto – di un procedimento disciplinare accelerato, articolato nella immediata contestazione degli addebiti, nella convocazione del dipendente con un preavviso di almeno quindici giorni e nella conclusione entro trenta giorni dal ricevimento del preavviso;
- la esperibilità di un'azione di responsabilità per i danni di immagine recati alla pubblica amministrazione nei confronti del dipendente sottoposto ad azione disciplinare per assenteismo²⁴;
- la responsabilità disciplinare, punibile con il licenziamento, del dirigente (o del responsabile del servizio) che ometta l'adozione del provvedimento di sospensione cautelare o l'attivazione del procedimento disciplinare nei confronti del dipendente che abbia attestato falsamente la propria presenza²⁵.

Come si comprende agevolmente pur sulla base questi rapidissimi cenni, il provvedimento appena approvato, ponendosi in sostanziale continuità con la riforma Brunetta, prosegue quella inversione di tendenza, che abbiamo già segnalato sopra, rispetto all'originario progetto riformatore di progressiva attrazione del pubblico impiego nell'ambito del diritto privato. Il recente decreto legislativo, infatti, incide ancora una volta sulla materia dei licenziamenti dei pubblici dipendenti in termini di chiaro rafforzamento di una linea di spiccata specialità e, quindi, di ulteriore divaricazione dei rispettivi percorsi normativi, alimentando in tal modo quella tendenza, inaugurata alcuni anni fa, a configurare il rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato come una sorta di *tertium genus* tra il lavoro privato d'impresa e il lavoro con statuto propriamente pubblico²⁶.

²⁴ La responsabilità per danno all'immagine (per il cui ristoro, in realtà, la Corte dei conti avrebbe ben potuto agire già in base ai generali principi) sembra configurarsi come una mera specificazione di quella per le false attestazioni e certificazioni già prevista dall'art. 55-*quinquies* del d. lgs. n. 165 del 2001. Sulla norma, comunque, sono già stati espressi seri dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega, trattandosi di materia estranea alla materia della responsabilità disciplinare. Anche l'imposizione di un ammonte minimo del risarcimento pone dubbi di legittimità, nella misura in cui limita, predeterminando *ex lege* la misura del danno, il potere di liquidazione equitativa attribuito al giudice.

²⁵ Dalla versione definitiva della norma è stata espunta l'estensione al dirigente (o al responsabile del servizio) della fattispecie di reato di omissione d'atti d'ufficio: anche su tale estensione era stato sollevato il medesimo sospetto di illegittimità già visto al punto precedente, venendo introdotta una nuova fattispecie di reato in assenza della relativa delega. Comunque, seppur limitata all'ambito disciplinare, l'equiparazione della responsabilità del dirigente a quella del dipendente assenteista (quasi che il primo concorra nell'illecito del secondo) suscita non poche perplessità sotto il profilo del necessario rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

²⁶ Come ben osservato da M. Ricci, *Lavoro privato e lavoro pubblico*, cit., pp. 461 ss.

Profilo costituzionale del licenziamento nullo*

Vincenzo Bavaro- Madia D'Onghia

1. Il licenziamento nullo nel contratto a tutele crescenti: quando si applica la reintegrazione? 13
2. “Ritorsione”, “rappresaglia” come «illiceità» del presupposto del licenziamento: quali sono gli «altri casi» di nullità «espressamente previsti dalla legge»? 16
3. La lesione di un interesse pubblico-generale nella violazione di norma imperativa: perché l'ordinamento prevede la sanzione della nullità (e non della annullabilità)? 20
4. Digressione sulla nullità del licenziamento orale. 24
5. L'utilità sociale, l'organizzazione dell'impresa e il corretto funzionamento del “mercato del lavoro”: in quali casi l'ordinamento costituzionale richiede la sanzione della nullità del licenziamento? 27
6. La dignità dei lavoratori: perché la violazione del principio di proporzionalità della sanzione disciplinare richiede la sanzione della nullità? 33

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 305/2016

1. Il licenziamento nullo nel contratto a tutele crescenti: quando si applica la reintegrazione?

La ragione per la quale l'attenzione della dottrina si è incentrata sulle ipotesi di nullità del licenziamento dei lavoratori assunti col c.d. "contratto a tutele crescenti" è data dalla circostanza che solo in questo caso il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore.

Secondo alcuni commentatori, col d.lgs. n. 23/2015 (da ora, decreto 23) si sarebbe operato un capovolgimento del sistema di sanzioni per licenziamento illegittimo, nel campo di applicazione che era delimitato dall'art. 18 St. lav.: la regola non sarebbe più la tutela reintegratoria e l'eccezione la tutela indennitaria, bensì la regola sarebbe la tutela indennitaria e l'eccezione la reintegrazione²⁷. Ci sarebbe da questionare sul punto perché tale considerazione sarebbe vera se riferita alla regola precedente la modifica dell'art. 18 St. lav. ad opera della legge n. 92/2012, perché nel sistema oggi vigente, l'area coperta dalla reintegrazione (la regola) ha subito una significativa sottrazione di casi a favore della "eccezione" al punto che non è più chiaro quale sia la regola e l'eccezione. Perciò, sarebbe più preciso dire che il decreto 23 vorrebbe completare un capovolgimento iniziato con la legge 92/2012.

Usiamo il condizionale perché in questo scrittoosterremo che non crediamo trattarsi di un capovolgimento, giacché la questione, a nostro avviso, deve essere ricondotta a quanto sancito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2006: *«oggi, l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost. (Corte cost. 23 giugno 1994, n. 253, id., 1994, I, 2005; 10 novembre 1995, n. 483, id., 1996, I, 2986), secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale [...]». Questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità [...] ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli art. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l'art. 2058, 2° comma, cit., ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica»²⁸.*

Non temiamo di sbagliare estrapolando quest'affermazione dalla sentenza perché essa sancisce un principio del diritto privato italiano e, cioè, che la tutela in forma specifica è la tutela che più e meglio garantisce il diritto di credito violato. D'altronde, anche il decreto 23 non rinuncia a tutelare in forma specifica i lavoratori ingiustamente licenziati atteso che vi si prevede la sanzione della reintegrazione per il licenziamento nullo.

²⁷ Cfr., per tutti, M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M.T. CARINCI, A. TURI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.

²⁸ Cass., S.U., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, 3, 1, 704, con nota di Dalfino e Protopisani, opportunamente richiamata da M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M.T. CARINCI, A. TURI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 110 e poi da R. VOZA, *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del jobs act*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2015, 576.

Piuttosto, rispetto alla “regola” precedente, ciò che è cambiato è il presupposto della reintegrazione che non è più la mera e generale “illegittimità” quanto la “nullità”. Dalla lettura delle norme del decreto 23 si evince la consapevolezza del legislatore di distinguere l’una dall’altra: mentre tutta la disciplina sanzionatoria ivi prevista riguarda in generale il licenziamento comminato in violazione della legge (perciò è giustamente definito «illegittimo» dall’art. 1, comma 1), le norme del decreto distinguono il licenziamento nullo (art. 2, comma 1) dal licenziamento privo di g.c. (giusta causa) e di g.m. (giustificato motivo) (art. 3, comma 1), facendone conseguire sanzioni diverse²⁹.

La «nullità» del licenziamento è già, *ex lege*, una sanzione civile che comporta, sul piano rimediabile, la reintegrazione³⁰ (art. 2). Tale sanzione non deve essere equiparata a quella prevista per la mancanza di g.c. o g.m. (art. 3), non fosse altro perché questo presupposto provoca una sanzione che – per espressa previsione di legge – è diversa dalla nullità/reintegrazione. In altre parole, poiché il decreto 23 prevede la sanzione indennitaria per il licenziamento privo di g.c. o g.m., tale presupposto è, “per definizione”, diverso da quello che conduce alla sanzione della nullità/reintegrazione. Questo argomento, basato sulla espressa previsione di legge, è insuperabile per chiunque pensi di ricondurre la sanzione del licenziamento privo di g.c. o g.m. alla nullità³¹. Quando si è tentato di effettuare questa sovrapposizione concettuale, si è dovuto implicitamente qualificare la mancanza di g.c. o g.m. come «illiceità», che è il presupposto della sanzione nullità/reintegrazione. Il che prova troppo. Infatti, sostenere che «il licenziamento ingiustificato è, dunque, un atto negoziale illecito e – contestualmente – l’impiego arbitrario di un potere di fatto»³², conduce non solo a considerare nullo ogni licenziamento ingiustificato e quindi ad applicare sempre la reintegrazione, ma conduce anche a negare la distinzione fra «illiceità» e l’altra forma di illegittimità che qui chiamiamo «illegalità», cioè il difetto dei requisiti di legge previsti per il licenziamento³³.

²⁹ Di diverso avviso è R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2015, 563 secondo il quale nel decreto 23 ci sono indicazioni diverse e non sempre lineari scrivendo di licenziamento illegittimo (art. 1, comma 1), licenziamento nullo (art. 2), licenziamento privo di g.c. e g.m. (art. 3, comma 1), licenziamento annullabile (art. 3, comma 2). Come spiegheremo meglio in testo, fa bene la legge a distinguere nell’ambito del licenziamento illegittimo il licenziamento privo di g.c. e g.m., dai licenziamenti nulli; piuttosto, avrebbe potuto esprimersi più correttamente nell’individuare le ipotesi di nullità; ma di questo diremo in testo.

³⁰ In proposito precisiamo sin d’ora di condividere la tesi secondo la quale, in materia di licenziamento, dopo la riformulazione dell’art. 18 *ex lege* 92 del 2012 ed anche dopo il decreto 23, «sia stata definitivamente superata l’applicazione al licenziamento nullo delle sanzioni di diritto comune» (O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016, 709). Ciò vale, dunque, anche per le ipotesi di licenziamento sanzionabili con la nullità, pur senza l’espressa previsione della tutela reintegratoria (in tal senso v. anche M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 335-336). A nostro avviso, la nullità del licenziamento comporta sempre la reintegrazione di diritto speciale, anche quando tale rimedio non sia esplicitato. Invero vi è chi sostiene che in questa ipotesi dovrebbe applicarsi la c.d. tutela reale di diritto comune (nullità del recesso, prosecuzione del contratto di lavoro e diritto del lavoratore a tutte le retribuzioni percepite, in coerenza con i principi in tema di *mora credendi*) che, dunque, oggi, riviverebbe «al di fuori dei casi di nullità “espressamente” previsti dalla legge (art. 3, co. 1)» (così A. PERULLI *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 42). A parere di chi scrive, invece, come spiegheremo diffusamente in testo, la sanzione della nullità non consente diverse articolazioni e qualificazioni, in quanto finalizzata a tutelare di ranghi costituzionale.

³¹ M.T. CARINCI, *op. cit.*, 27.

³² R. VOZA, *op. cit.*, 579 ove si richiama anche O. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 st. lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, 2013, Giappichelli, Torino, 242.

³³ A proposito di invalidità dei contratti, M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, scrive che «la non conformità del contratto ad un precetto normativo di carattere imperativo può produrre talvolta illiceità dello stesso, talaltra la semplice illegalità o irregolarità, con conseguente esclusione in quest’ultimo caso, degli effetti (più rigorosi) disposti dalla legge in caso di illiceità». Sul punto torneremo in seguito nel testo.

Detto in altri termini, si finisce per negare la distinzione fra «nullità» e «annullabilità». Invece, riteniamo che esista una distinzione sul piano della dogmatica fra «illiceità» e «illegalità» del licenziamento (*infra* par. 2), così come esiste la distinzione fra «nullità» e «annullabilità» dello stesso (*infra* par. 3). Prima di approfondire quest'aspetto cruciale della nostra tesi, è utile partire proprio dal decreto 23 che ci sembra farsi carico di questa distinzione.

Cominciamo con le norme sulla sanzione di tipo indennitario che, come postulato, chiamiamo *indennità/annullabilità*, proprio per distinguerla dalla sanzione *reintegrazione/nullità*. Ebbene, ai sensi dell'art. 3, comma 1, «nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa» si applica la sanzione della indennità/annullabilità. Il presupposto della sanzione è certamente una violazione della prescrizione legale che consiste nel *difetto*, nella *manca* di causa o motivo legittimo; il presupposto della sanzione è definito *in negativo*: la sanzione si applica quando «*non ricorrono*» i presupposti legali.

Quali sono, invece, i presupposti per applicare la sanzione della reintegrazione/nullità? In base all'art. 2, comma 1, la nullità deriva dalla discriminazione, cioè quando il motivo del licenziamento è di origine politica, religiosa, sindacale, sessuale, ecc. Si tratta, dunque, di un *eccesso* nella motivazione rispetto alla legge, nella *presenza* di una causa o motivo contrario alla legge; il presupposto della sanzione è dunque identificato *in positivo*: la sanzione si applica quando *ricorrono* i caratteri della discriminazione.

La stessa caratteristica riguarda anche gli «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», limitandoci per ora ai casi su cui non v'è discussione in dottrina, quali la «concomitanza di matrimonio» (art. 35, d.lgs. n. 198/2006) o i congedi di maternità (art. 54, d.lgs. n. 151/2001). In tali ipotesi, ciò che rende nullo il licenziamento è la *sussistenza* di un motivo o di una causa che l'ordinamento sanziona con la nullità/reintegrazione; tale motivo è considerato riprovevole dall'ordinamento al punto da rendere nullo il licenziamento, anche se fosse giustificato da un altro motivo legittimo («indipendentemente dal motivo formalmente addotto»). Quindi, si conferma che la nullità deriva dalla presenza di un motivo contrario alla legge.

Alla stessa conclusione arriviamo con l'art. 2, comma 4, del decreto 23. Qui la legge non indica espressamente la sanzione della nullità, ma la presuppone avendo previsto la reintegrazione nel caso di licenziamento «in difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore». Ciò che determina la nullità, quindi, non è il «difetto di giustificazione» bensì il «motivo consistente della disabilità fisica o psichica del lavoratore»: non un difetto o una mancanza, bensì la presenza di un motivo deplorato dall'ordinamento.

Proseguendo in questo modo, cioè risalendo dalla reintegrazione alla nullità, resta da analizzare il caso della «insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore» che obbliga il giudice ad «annullare»³⁴ il licenziamento e a ordinare la reintegrazione (art. 3, comma 2, decreto 23). Non

³⁴ Che la legge utilizzi il verbo «annullare» non ci deve indurre a pensare che si tratta di annullabilità perché abbiamo già chiarito che è lo stesso decreto 23 a stabilire un nesso fra reintegrazione e nullità (a prescindere dalla modalità di determinazione della aggiuntiva sanzione risarcitoria).

aggiungeremo nulla a quanto ampiamente sostenuto dalla maggioranza della dottrina sulla necessità di interpretare il «fatto materiale» contestato come «fatto giuridico» rilevante sul piano della responsabilità disciplinare³⁵. Nella nostra prospettiva, piuttosto, potrebbe risultare che questo caso contraddica la nostra argomentazione giacché il presupposto della reintegrazione/nullità è la «insussistenza» del fatto, ovvero una mancanza. Ma non si deve confondere ciò che non sussiste per giustificare il licenziamento con ciò che sussiste per giustificare la reintegrazione/nullità: se un licenziamento viene comminato senza che il fatto contestato sussista, vuol dire che è motivato dalla sola ed esclusiva volontà di licenziare, senza alcuna giustificazione. In altri termini, la mancanza di giustificazione è tale da essere qualificabile come «arbitrio» e ciò comporta la reintegrazione/nullità.

Indennità/annullabilità e reintegrazione/nullità, dunque, sono sanzioni diverse che il decreto 23 prevede in presenza di presupposti diversi: *manca* dei presupposti specificamente previsti dalla legge per giustificare il licenziamento (g.c. o g.m.), nel primo caso; *presenza* di presupposti vietati dall'ordinamento, nel secondo caso. Occorre, allora, tracciare il confine fra (oppure, se si vuole, di delimitare l'area del) la situazione che abbiamo prima chiamato di «illegalità» (cioè la mancanza dei presupposti legali) e la situazione di «illiceità» che riguardano anche gli «altri casi espressamente previsti dalla legge» per i quali il decreto 23 prevede la sanzione della nullità.

2. “Ritorsione”, “rappresaglia” come «illiceità» del presupposto del licenziamento: quali sono gli «altri casi» di nullità «espressamente previsti dalla legge»?

Preliminarmente, si pone il problema della corretta definizione di cosa intendere per «espressamente previsti dalla legge». La formula potrebbe essere riferita esclusivamente al precetto normativo nel quale si qualifica espressamente come nullo il licenziamento che abbia un determinato presupposto causale. Questa interpretazione non ci pare conforme alla funzione della nullità così come l'abbiamo finora desunta dallo stesso decreto 23. Infatti, se ne dovrebbe paradossalmente anche desumere che alcune delle ipotesi espressamente sanzionate con la reintegrazione dallo stesso legislatore del 2015, dovrebbero non essere qualificate come nulle, perché la legge non le ha qualificate «espressamente» come nulle. Nessuno arriva ad affermare tale paradosso perché, nella prospettiva logico-giuridica dello stesso decreto 23, il rimedio della reintegrazione deriva dalla nullità che, a sua volta, deriva dalla valutazione negativa (illecita) del presupposto del licenziamento; in altri termini, già nel decreto 23 la nullità del licenziamento non sempre deriva dalla espressa dichiarazione precettiva della norma.

All'opposto di questa interpretazione si colloca quella che dichiara nullo il licenziamento tutte le

³⁵ Aderiscono alla qualificazione del fatto quale “fatto giuridico”, tra gli altri, A. PERULLI *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 33 ss.; F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 322 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza* (parte I), in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 369 ss. Per una ricostruzione dell'intero dibattito si rinvia a S. SAMBATI, *La qualificazione del “fatto” nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 169 ss. e a S. ORTIS, *Il fatto e la sua qualificazione dalla querelle della Riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 146 ss. Condividiamo il recente contributo di A. ABIGNENTE, *La valutazione giudiziale del fatto nel licenziamento rivisitato: profili di argomentazione giuridica*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2016, 13 ss. per l'approccio neorealista all'interpretazione del “fatto contestato”.

volte che esso viola un espresso divieto posto dalla legge: si pensi al licenziamento per trasferimento d'azienda, oppure per rifiuto di trasformare un contratto *full-time* in *part-time*³⁶. Secondo un autore la sanzione sarebbe la nullità, perché la legge «espressamente» vieta il licenziamento³⁷. Ma in questo modo si finisce per attribuire l'avverbio «espressamente» al presupposto del licenziamento e non alla sanzione della nullità, come indicato nell'art. 2, comma 1, del decreto 23. In ogni caso, se accettassimo questa conclusione, dovremmo ammettere che anche il licenziamento privo di g.c. o di g.m. è espressamente vietato dalla legge e, quindi, nullo: altrimenti, quale sarebbe la differenza fra il precetto normativo che vieta il licenziamento per trasferimento d'azienda e il precetto normativo che lo vieta in mancanza di g.c.? Sembrerebbe, dunque, che in tali casi l'espresso divieto legale significhi espressa nullità, salvo che la legge non sanzioni diversamente, come per la g.c. e il g.m.

Nel seguito del nostro lavoro prenderemo posizione sul punto. Per adesso, possiamo almeno confermare che questa interpretazione «estensiva» dei presupposti della nullità non implica che la sanzione sia «espressa» coerentemente con la dottrina generale delle nullità c.d. virtuali (o di protezione)³⁸. Senza affrontare in questa sede *ex professo* questo tema, vogliamo solo dire che la nullità del licenziamento deve essere inquadrata in coerenza con la dottrina generale della nullità, in linea con quanto giurisprudenza e dottrina hanno fatto a proposito di licenziamento per «ritorsione» o «rappresaglia»³⁹.

Né l'una né l'altra hanno mai messo in discussione il fatto che tali ipotesi di licenziamento siano nulli (perciò da sanzionare con la reintegrazione). Piuttosto, ciò che ha determinato qualche contrasto interpretativo è stata la riconduzione del motivo di ritorsione/rappresaglia alla categoria della discriminazione oppure a quella del motivo illecito ex art. 1345 c.c. Sovente la giurisprudenza ha sovrapposto l'una e l'altra categoria di cui è esempio il passo di una sentenza della Cassazione del 2009: «è pur vero che è acquisito alla giurisprudenza di questa Corte il principio secondo il quale il divieto di licenziamento discriminatorio - sancito dalla L. n. 604 del 1966, art. 4, dalla L. n. 300 del 1970, art. 15 e dalla L. n. 108 del 1990, art. 3 - è suscettibile di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione, ossia intimato a seguito di comportamenti risultati sgraditi al datore di lavoro (Cass. n. 3837/97, Cass. n. 4543/99; Cass. n. 14982/00; Cass. n. 12349/03), ma è altrettanto vero che il licenziamento discriminatorio, così inteso, non copre tutte le ipotesi di fatti non rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso. La richiamata interpretazione estensiva, invero, si fonda, per un verso, sul rilievo che le indicazioni delle varie ipotesi di licenziamento di-

³⁶ Cfr. A. PERULLI, *op. cit.*, 41; V. SPEZIALE *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e Diritto Europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, n. 1, 118, nt. 47 e R. ROMEI, *op. cit.*, 557.

³⁷ R. ROMEI, *op. cit.*, 566.

³⁸ Per tutti cfr. M. MANTOVANI, *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, in A. BELLAVISTA e A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, spec. 186 ss.

³⁹ Per una analisi più compiuta del tema si rinvia, *ex pluris*, a M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, 161 ss.; L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in www.magistraturademocratica.it, 120 ss.; M.T. CARINCI, *op. cit.*, 27 ss. e A. LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, Giappichelli, Torino, 2012, 168 ss.

scriminatorio, contenute nelle citate disposizioni, costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito, riconducibile alla generale previsione codicistica dell'atto unilaterale nullo ai sensi dell'art. 1345 c.c. (in relazione all'art. 1324 c.c.), e, dall'altro, sulla considerazione che in tale generale ed ampia previsione è certamente da comprendere il licenziamento intimato per ritorsione e rappresaglia - pur esso in qualche modo implicante una illecita discriminazione, intesa in senso lato, del lavoratore licenziato rispetto agli altri dipendenti, il quale, pertanto, integra fattispecie del tutto simile, e perciò assimilabile, a quelle oggetto della espressa previsione del medesimo art. 3 (cfr. Cass. n. 4543/99 e Cass. n. 3837/95)»⁴⁰.

È vero che il motivo discriminatorio è illecito, ma non è ascrivibile all'art. 1345 c.c. perché condidiamo la tesi, sostenuta in dottrina⁴¹ e confermata anche da una recente sentenza di Cassazione⁴², secondo la quale la discriminazione (per quanto interpretata in modo estensivo⁴³) è una fattispecie per la quale – ecco il punto – non occorre che il motivo discriminatorio sia esclusivo e determinante per il licenziamento⁴⁴. Pertanto, la ritorsione - quando non è provocata da una situazione riconducibile alla discriminazione - è riconducibile al motivo illecito⁴⁵.

Il *focus* di questa interpretazione è che la legge che «espressamente» sanziona con la nullità non è solo la legislazione speciale lavoristica, ma anche la legge generale rappresentata dal Codice Civile. Tant'è che – giustamente – non ci si è limitati a richiamare il motivo illecito unico e determinante ex art. 1345 c.c., ma anche altri casi di illiceità che il Codice Civile sanziona con la nullità. Bene ha fatto, dunque, la Corte di Cassazione a stabilire che «*la nozione di illiceità cui fa riferimento l'art. 1345 c.c., è quella stessa delineata dagli artt. 1343 e 1344, ai fini dell'illiceità della causa, per cui il motivo è illecito, e - se comune alle parti e decisivo per la stipulazione - determina la nullità del contratto, quando consiste in una finalità vietata dall'ordinamento, perché contraria*

⁴⁰ Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, in *Banca Dati Pluris*.

⁴¹ M. BARBERA, *op. cit.*, 139 ss.

⁴² Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in *Banca Dati Pluris*. A proposito di questa sentenza v. M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, 231 ss. *Contra* Cass. 2 dicembre 2015, n. 24648, in *Banca Dati Pluris*.

⁴³ La sentenza n. 6575 del 2016 ha qualificato come discriminatorio per motivo legato alla maternità il licenziamento provocato dalle assenze di una lavoratrice perché impegnata nei trattamenti per la fecondazione assistita.

⁴⁴ V. Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 362. Per la giurisprudenza di merito, da ultimo, Trib. Firenze 23 marzo 2016, in *Banca Dati Pluris*. D'altronde, è anche vero che quando la Corte di Cassazione ha ricondotto la ritorsione nella disciplina della discriminazione l'ha fatto non per sussumerlo nella fattispecie ma per applicarvi la medesima sanzione: cfr. Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 326, con nota di Cannati.

⁴⁵ V. Cass. 27 febbraio 2015, n. 3986, Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, entrambe in *Banca Dati Pluris*. La riconduzione alla fattispecie del motivo illecito, anziché alla discriminazione, seppur irrilevante sotto il profilo delle conseguenze (nullità e reintegrazione), è rilevante sul piano della configurazione stessa dell'illecito. Infatti, mentre per la discriminazione conta solo l'accertamento del motivo discriminatorio e specificamente illecito perché derivante dai casi tassativamente previsti dalle norme, nel caso dell'art. 1345 c.c., si tratta di un motivo generalmente illecito, che però deve essere «unico e determinante»: «il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta - assimilabile a quello discriminatorio...costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni» (Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, *cit.*); «in tema di licenziamento disciplinare, ove il lavoratore deduca il carattere ritorsivo del provvedimento datoriale, è necessario che tale intento abbia avuto un'efficacia determinativa ed esclusiva del licenziamento anche rispetto agli altri eventuali fatti idonei a configurare un'ipotesi di legittima risoluzione del rapporto» (Cass. 9 marzo 2011, n. 5555, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 38, 2245); «incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare l'intento ritorsivo e, dunque, l'illiceità del *motivo unico e determinante* del recesso» (Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in *Foro it.*, 2013, 5, 1, 1455). In proposito, da ultimo, segnaliamo anche la prima pronuncia di merito sul decreto 23: Trib. Roma, 24 giugno 2016 (giudice Leone), inedita per quanto ci consta.

a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero perché diretta ad eludere, mediante la stipulazione del contratto (di per sé lecito), una norma imperativa»⁴⁶.

Le tre norme del Codice sulla illiceità della causa del negozio giuridico - causa illecita (art. 1343 c.c.), negozio in frode alla legge (1344 c.c.) e motivo illecito (1345 c.c.) - sono tre facce dello stesso dogma: la nullità del negozio deriva dalla illiceità del suo presupposto⁴⁷. Pertanto, pur apprezzando lo sforzo di tracciare il confine fra motivo illecito (che implica l'esclusività) e causa illecita, e fra questa e la frode alla legge⁴⁸, riteniamo che tutte e tre le fattispecie di illiceità compongano un unico principio scrutatore, proprio nel senso indicato dalla Corte di Cassazione parlando di frode alla legge e, cioè, che «*funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative*»⁴⁹.

A nostro parere, è questa la lente attraverso la quale stabilire se c'è oppure no nullità del licenziamento: *la contrarietà a norme imperative*. In questo senso, le norme del Codice Civile sulla illiceità della causa, del motivo o sulla frode alla legge non sono *di per sé* norme imperative perché in esse non è sancita la tutela di uno specifico interesse giuridico; piuttosto, sono norme strumentali per tutelare gli interessi protetti dall'ordinamento giuridico attraverso norme imperative. Perciò – per fare un esempio – imperativa è la norma che vieta di licenziare un lavoratore solo perché disabile in quanto l'interesse tutelato dall'ordinamento non è riscontrabile nella causa ma nella dignità del lavoratore disabile la cui lesione si annida nella causa. Sicché, le norme sulla illiceità sono norme che si configurano in funzione della norma imperativa dalla cui violazione deriva illiceità e, quindi, nullità. Per questa ragione, a nostro avviso, la norma cardine sulla nullità è quella generale prevista dall'art. 1418, comma 1, c.c., come diremo meglio più innanzi.

Ne consegue come l'«espressa» previsione della legge sia da rimandare alla generale disposizione dell'art. 1418, comma 1, c.c., perché «se anche nessuna norma l'esplicitasse, la nullità del contratto o della regola contrattuale risulterebbe con evidenza (...) dalla contrarietà a una norma imperativa ex art. 1418, 1° comma, c.c.»⁵⁰. In questo modo riteniamo di collocarci in linea con chi ha scritto che «la sanzione della nullità, ancorché genericamente prevista dalla disposizione codicistica, costituisce, pur sempre, la massima sanzione civile per il caso in cui l'autonomia privata sia stata esercitata in difformità rispetto a quanto previsto da norme imperative e ciò nel presupposto che queste ultime sono state poste a presidio di valori valutati come fondamentali dall'or-

⁴⁶ Cass. 22 aprile 2014, n. 9090, in *Banca Dati Pluris*.

⁴⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, 3, Giuffrè, Milano, 1984, 581 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008 e, da ultimo, V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto, Artt. 1418-1423, Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2015.

⁴⁸ V. per tutti P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, 335. Nello stesso senso G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. GHERA e D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 93 ss. Sulla frode alla legge basa la sua interpretazione della nullità nel diritto del lavoro G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011.

⁴⁹ Cass. 22 aprile 2014, n. 9090, *cit.*, che poi prosegue: «per mezzo di essa, e dunque a seguito del combinato disposto della norma imperativa speciale che pone il divieto e della norma imperativa generale che sanziona la frode (art. 1344 c.c.), sono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette, non apparenti e occulte del medesimo».

⁵⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 740.

dinamento giuridico». Pertanto, «in caso di violazione di questi valori, sarebbe irrazionale distinguere a seconda che la sanzione della nullità sia riconducibile ad una disposizione a contenuto generico e generale, com'è il primo comma dell'art. 1418 Cod. Civ., ovvero sia riconducibile ad una specifica disposizione»⁵¹.

Possiamo, così, assumere una seconda conclusione al nostro discorso circa il presupposto della nullità, da ricercare non tanto in una non ben definita «espressa previsione di legge» quanto nella *illiceità* del licenziamento che deriva dalla *violazione di norme imperative*. Il nesso da indagare, quindi, attiene al rapporto fra «nullità» e «norma imperativa».

3. La lesione di un interesse pubblico-generale nella violazione di norma imperativa: perché l'ordinamento prevede la sanzione della nullità (e non della annullabilità)?

Partiamo dall'art. 1418, comma 1, c.c. Questa norma è il fondamento generale della nullità per contrarietà a norme imperative⁵². Da qui si è sviluppata la dottrina della c.d. «nullità virtuale», vale a dire di una «nullità inespressa, ma implicita nella natura imperativa della norma»⁵³. Non da oggi⁵⁴ ci si interroga sul senso e sulla portata di tale costruzione dogmatica basata su una rigorosa applicazione del comma 1 dell'art. 1418 c.c., soprattutto riguardo all'individuazione della nozione di norma imperativa.

Per lungo tempo, la cultura gius-civilistica ha attribuito carattere imperativo alla norma inderogabile dall'autonomia privata, in quanto posta a presidio di interessi pubblici (o generali)⁵⁵. Ma in seguito, nella stessa cultura gius-civilistica si è constatato che vi sono norme «sicuramente inderogabili, che tuttavia non possono definirsi imperative»⁵⁶, tesi peraltro condivisa da larga parte della dottrina gius-lavoristica⁵⁷. Proprio guardando alle c.d. nullità protettive, si è anche affermato che non è tanto l'inderogabilità della norma in sé, in quanto posta a tutela di un interesse pubblico-generale, quanto, piuttosto, l'indisponibilità dell'interesse protetto (e ricavabile dalla disciplina e dalla modalità della tutela apprestata) a costituire indice sicuro della sua imperatività⁵⁸.

Di certo, l'errore che non si deve commettere è capovolgere la prospettiva qualificando come

⁵¹ M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 395. Ciò permette anche di utilizzare anche altri principi nel controllo sul rispetto di norme imperative e sulla loro violazione, come nel caso dell'abuso di diritto.

⁵² M. MANTOVANI, *op. cit.*, 176.

⁵³ G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 393.

⁵⁴ Cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁵⁵ Per tutti, v. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 747 e A. GENTILI, *Le invalidità*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Utet, Torino, 2006, 1509 ss.

⁵⁶ Cfr. G. VILLA, *op. cit.*, 93 ss. Tale indirizzo interpretativo lo si ritrova anche in giurisprudenza; si veda per esempio Cass. 19 dicembre 2001, n. 16026, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 349, con nota di Timellini, secondo cui è nullo, in quanto contrastante con l'ordine pubblico costituzionale (art. 4 e 35 Cost.), il patto di non concorrenza diretto non già a limitare l'iniziativa economica privata altrui ma a precludere in assoluto ad una parte la possibilità di impiegare la propria capacità professionale nel settore economico di riferimento. V. anche E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 573 ss.

⁵⁷ Ci limitiamo a richiamare per tutti M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie: valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, spec. 42 e P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: della tecnica al principio e ritorno*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2008, n. 119, spec. 481-485.

⁵⁸ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Torino, 2003, 21 ss.

imperativa solo la norma la cui violazione è sanzionata con la nullità anziché sanzionare con la nullità la violazione di norma imperativa, perché «possono essere imperative anche norme sprovviste di una espressa comminatoria di nullità, purché presentino quei caratteri che consentono di identificarle come appartenenti al medesimo genere in ragione della sottrazione degli interessi tutelati alla disponibilità delle parti»⁵⁹. Perciò «il negozio è illecito nella misura in cui tende a un risultato in contrasto con l'interesse tutelato dalle norme imperative o dalle regole d'ordine pubblico o di buon costume»⁶⁰.

Senza stare a ripercorrere in questa sede l'intero e complesso dibattito sulle categorie inderogabilità/indisponibilità/imperatività, ci limitiamo a dire che la dichiarazione di nullità del negozio, ove non espressa nella legge, dipende dalla valutazione del giudice per tutelare l'interesse pubblico-generale protetto dalla norma, cioè – nel nostro caso – valutare la compatibilità del licenziamento con gli interessi e i valori sottesi all'ordinamento giuridico⁶¹. In altre parole, l'interprete dovrà indagare il fondamento della norma e i valori che con essa l'ordinamento intende garantire, per decidere se la sanzione della nullità/reintegrazione sia la soluzione necessaria o si riveli esorbitante rispetto alla realizzazione degli interessi protetti dalla norma imperativa⁶².

Sulla base della natura dell'interesse protetto dalla norma, dunque, possiamo tornare alla distinzione fra nullità/reintegrazione e annullabilità/indennità per trarne la sua giustificazione.

La tradizionale partizione delle due *species* «nullità» e «annullabilità», risalente alla sistemazione pandettistica dell'atto giuridico⁶³, è comunemente spiegata attraverso un criterio *quantitativo*: in ragione della più o meno grave difformità del negozio rispetto al modello normativo⁶⁴. È nullo il regolamento di interessi che, in ragione del difetto o della grave anomalia di uno o più elementi costitutivi, si rivela inidoneo, in via definitiva, a produrre i suoi effetti tipici⁶⁵; è annullabile il negozio giuridico affetto da un vizio semplice rispetto al quale, per la valutazione negativa dell'ordinamento, si riconosce l'efficacia provvisoria all'assetto di interessi, affidando alla parte *nel cui interesse il rimedio è posto* (ecco il punto centrale) la decisione circa la sorte del regolamento⁶⁶.

⁵⁹ A. ALBANESE, *op. cit.*, 46 e 52.

⁶⁰ A. ALBANESE, *op. cit.*, 208.

⁶¹ M. NOVELLA, *op. cit.*, qualifica la norma imperativa attraverso il contenuto di divieto o imposizione di un certo regolamento d'interessi alle parti (distinguendole così dalle norme ordinarie) criticando, invece, la dottrina che riconduce l'imperatività agli interessi protetti. Non è questa la sede per argomentare *funditus* la nostra posizione favorevole a quella criticata da Novella, ma ci limitiamo ad allinearci alla dottrina «assai diffusa» come ammette lo stesso Novella in nt. 117, alla pagina 51.

⁶² Per tutti si rinvia a M. MANTOVANI, *op. cit.*, spec. 186 ss.; Cfr. G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir. Annali*, vol. IV, 2011, 798 ss. (spec. 821 ss.). Sulla necessità di una interpretazione che tenga conto dei valori sottesi, ai fini della qualificazione della natura imperativa (perciò inderogabile) di una norma, si veda anche P. PERLINGERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987, spec. 23 ss.

⁶³ G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del negozio giuridico*, in *Contratto in generale*, in *Trattato Bessone*, XIII, VII, Giappichelli, Torino, 2002, 8.

⁶⁴ Così M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, IV, *Rimedi*, I, a cura di A. GENTILI, Giuffrè, Milano, 2006, 25. *Contra* P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temì*, 1955, 135, secondo cui il criterio distintivo rimane sempre qualitativo.

⁶⁵ R. TOMMASINI, voce *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, 866 ss. Da ultimo, V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*

⁶⁶ In proposito v. E. DEL PRATO e G. MARINI, *Le annullabilità* e G. MARINI, *Il contratto annullabile*, entrambi in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, IV, *Rimedi*, I, a cura di A. GENTILI, Giuffrè, Milano, 2006, rispettivamente 175 ss. e 307 ss.

Per una parte della dottrina, il rimedio dell'annullabilità appare in declino⁶⁷ a fronte di una «vera e propria inflazione di figure di nullità disseminate a piene mani dal legislatore»⁶⁸. D'altronde – si dice – questo tipo di nullità (definite, volta a volta, nullità 'nuove', protettive, speciali, virtuali) non sembrerebbero riconducibili alle tradizionali cause di nullità, trattandosi di invalidità «più leggere, più contenute, meno distruttive delle invalidità di diritto comune»⁶⁹. In effetti, le nullità protettive (e tali sarebbero quelle lavoristiche) tendono ad assicurare la conservazione del negozio anziché la sua demolizione⁷⁰.

Per quanto riguarda la disciplina del licenziamento, assumendo anche noi un approccio più pragmatico, quello secondo il quale la distinzione fra nullità e annullabilità corrisponde alla distinzione fra norma imperativa e non imperativa, con la nullità si tutelano interessi pubblici-general, con l'annullabilità si tutelano interessi privati-particolari. Quest'affermazione è in linea con quanto ribadito in una recente, lunga e molto ben argomentata sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale – pronunciandosi sulla rilevanza d'ufficio della nullità – afferma che *«mentre l'annullabilità tutela interessi qualificati ma particolari, la nullità è volta alla protezione di interessi prettamente generali dell'ordinamento, afferenti a valori ritenuti fondamentali per l'organizzazione sociale, piuttosto che per i singoli (non a caso, e proprio per questo, si è parlato incisivamente di nullità "politiche" rimarcandone la valenza pubblicistica ...)»*⁷¹.

Ci sembra evidente, allora, che la questione della nullità del licenziamento rimanda agli interessi tutelati dalle norme limitative di quei licenziamenti illegittimi. Insomma, ci sembra che la questione oscilli fra due posizioni alternative. Da una parte, se fosse la sanzione a qualificare la norma e, quindi, a qualificare l'interesse protetto, allora si dovrebbe riconoscere che il divieto di licenziamento discriminatorio, per disabilità o illecito tutela un interesse pubblico-generale, mentre – ed ecco il punto di rilievo – il divieto di licenziamento senza g.c. o g.m. tutela un interesse privato-particolare. Dall'altra parte, se tutte le norme lavoristiche, e in particolare le norme sui limiti al licenziamento, fossero qualificate come norme imperative, allora si dovrebbe concludere che l'unica sanzione possibile è la nullità/reintegrazione.

⁶⁷ Cfr. A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 201 ss.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 202.

⁶⁸ A. DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, VII, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Giappichelli, Torino, 129.

⁶⁹ V. ROPPO, *Il contratto del 2000*, Giappichelli, Torino, 2002, 28.

⁷⁰ Secondo questa dottrina, è la stessa *ratio* del rimedio a essere messa in discussione, essendo sempre stata fondata sulla tutela di interessi generali, a fronte di figure di «nullità» la cui disciplina pare essere ispirata alla tutela di interessi riferibili a particolari categorie di soggetti che si trovano in posizione di debolezza contrattuale rispetto alla controparte. La nullità sembra assumere così una nuova vocazione, strumento di protezione di interessi particolari, cioè, di quella particolare categoria rappresentata dai contraenti deboli. Cfr. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa Dir. priv.*, 2001, 490.

⁷¹ Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 (*Giur. it.*, 2015, 6, 1387, con nota di Bove), punto 3.9. In dottrina, *ex pluris*, v. S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 669 ss.. Cfr. pure V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 754. La distinzione operata da questa sentenza è più pertinente alla disciplina che trattiamo in questa sede, rispetto a quella sancita da Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724 (*Danno e Resp.*, 2008, n. 5, 525, con nota di Roppo), secondo cui, *«in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale")*, deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità». Ciò si spiega per il fatto che in materia di licenziamento, la validità del negozio sembra dipendere proprio dal comportamento della parte; nondimeno, anche in questa sentenza, le Sezioni Unite confermano la distinzione fra nullità e annullabilità. Nella dottrina gius-civilistica, sulla distinzione tra violazione di norme di validità e norme di comportamento, v. D'AMICO G., *«Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Jovene, Napoli, 1996.

Noi riteniamo, invece, che sia possibile (e doveroso) sostenere una terza posizione che parte dalla dottrina generale secondo la quale non tutte le norme inderogabili nel diritto del lavoro sono imperative in quanto espressione di interesse pubblico-generale. Sicché, la sanzione del licenziamento illegittimo è posta sia a tutela di un interesse privato-particolare sia a tutela di un interesse pubblico-generale. A nostro avviso, la coppia concettuale interesse pubblico/interesse privato corrisponde parallelamente alle altre che abbiamo prima utilizzato (nullità/annullabilità; reintegrazione/indennità), permettendoci di fornire una spiegazione dogmatica del perché l'ordinamento giuridico preveda la sanzione della nullità, in alcuni casi, e la sanzione dell'annullabilità, in altri.

Aggiungiamo, inoltre, che anche quando la norma imperativa violata fosse sanzionata con una sanzione diversa dalla nullità potrebbe trovare spiegazione sempre nella dottrina generale della nullità. Ci viene in soccorso la norma generale dell'art. 1418, comma 1, c.c. in cui si prevede la sanzione della nullità «*salvo che la legge disponga diversamente*». Sebbene la lesione di un interesse pubblico-generale provochi la nullità del negozio, è vero anche che la stessa norma civilistica consente alla legge di tutelare quell'interesse con una sanzione diversa. In effetti, nel decreto 23, è nullo un licenziamento contrario a norme imperative, *tranne nei casi in cui sia proprio la legge a prevedere una sanzione diversa* (mancanza di g.c. e g.m.). Ciò vuol dire che anche l'interesse tutelato dalla g.c. e g.m. del licenziamento è di natura pubblico-generale. La lesione di tale interesse ben può essere sanzionata – come in effetti lo è – con una sanzione diversa dalla nullità, purché sia idonea a tutelarla adeguatamente: «*l'inciso salvo che la legge disponga diversamente, esclude tale sanzione [la nullità] ove sia predisposto un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli effetti voluti dalla norma, indipendentemente dalla sua concreta esperibilità e dal conseguimento reale degli effetti voluti*»⁷².

Ciò detto, non possiamo ignorare che esiste un problema nel decreto 23 proprio in relazione alla effettiva capacità della sanzione indennitaria ivi prevista di fornire una congrua alternativa alla nullità/reintegrazione⁷³, esponendolo così a seri dubbi di legittimità costituzionale, già avanzati da parte della dottrina⁷⁴. In altri termini, noi riteniamo che g.c. e g.m. del licenziamento tutelino un interesse pubblico-generale, di rango costituzionale, non fosse altro perché espressamente sancito nell'art. 30 della Carta di Nizza⁷⁵. Ne consegue che la mancanza di quei presupposti causali comporterebbe la nullità del licenziamento ex art. 1418, comma 1, c.c.; tuttavia, come previsto dalla stessa norma codicistica, la legge dispone una sanzione diversa. Quindi, pur essendo legittimo sanzionare per equivalente un negozio contrario a norme imperative, tale sanzione alternativa deve comunque essere idonea a tutelare quell'interesse pubblico-generale. Invero, l'attuale formulazione della tutela indennitaria nel decreto 23, data la sua esigua entità, sembra compromettere la capacità dissuasiva della sanzione e solleva evidentemente fondati dubbi di illegittimità costituzionale.

⁷² Cass. 11 dicembre 2012, n. 22265, in *Banca Dati Pluris*.

⁷³ In proposito si veda anche P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione tutela*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, 291 ss., che sottolinea come la tutela indennitaria sia «sostanzialmente estranea o indifferente alle istanze dell'effettività» (302).

⁷⁴ Fra i tanti, da ultimo, V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, spec. 139 ss. Si veda anche P. SARACINI e F. GHERA, in *q. rivista* e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷⁵ Si rinvia, per tutti, a S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2003, n. 23.

Quanto alle ipotesi nelle quali la legge non indica la sanzione da applicare in caso di violazione, spetta all'interprete configurare l'interesse protetto dalla norma per qualificarla come imperativa o no, e così sanzionarla con la nullità/reintegrazione o con l'annullabilità/indennità.

Intanto, però possiamo assumere un'altra conclusione al nostro ragionamento: la nullità/reintegrazione è una sanzione costituzionalmente necessaria quando serve a ristabilire l'ordine giuridico costituzionale. Ancora una volta ci sembrano ineccepibili e condivisibili le parole delle Sezioni Unite della Cassazione prima citata: «*il potere del giudice di rilevare la nullità (...) è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)...*»⁷⁶.

4. Digressione sulla nullità del licenziamento orale.

È coerente con tale impostazione anche la nullità del licenziamento intimato verbalmente, che, invero, il legislatore continua a qualificare inefficace; per esso vale sempre la tutela reintegratoria piena⁷⁷ (anche nel caso di licenziamento collettivo⁷⁸), a prescindere dai limiti dimensionali dell'azienda⁷⁹ e qualunque sia l'inquadramento dei lavoratori (salvo alcune eccezioni)⁸⁰. Le ragioni della conservata tutela rafforzata si rinvencono nell'estremo sfavore con cui è giudicata la violazione dell'onere formale dal legislatore che, di converso, considera la forma scritta quale unico strumento idoneo a garantire un quadro di certezza circa il significato inequivocabile dell'atto compiuto⁸¹ (e, peraltro, è ormai l'unico vizio formale assistito dalla tutela reale⁸²).

⁷⁶ Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, *cit.*, punto 3.12.1 e poi 3.13.3.

⁷⁷ Cfr. Art. 2, comma 1, ultimo periodo, decreto 23, laddove estende «il regime di cui al presente articolo» anche «al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale».

⁷⁸ Cfr. art. 10, comma 1, decreto 23.

⁷⁹ Prima della riforma della legge n. 92/2012, ai datori di minori dimensioni si applicava, in caso di licenziamento orale, la c.d. nullità di diritto comune, che comportava l'operatività dei principi generali dei contratti conseguiti all'inefficacia dell'atto e, cioè, la prosecuzione del rapporto di lavoro e le conseguenze derivanti dalla disciplina della *mora accipiendi*. Questa sanzione, per il datore di lavoro che non avesse avuto l'accortezza di provvedere alla tempestiva ripetizione in forma scritta del licenziamento viziato nella forma, poteva diventare assai pesante in caso di soccombenza dopo diversi anni di processo. Sul punto però la Corte costituzionale si è dimostrata irremovibile (Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398, in *Foro it.*, 1995, I, 19), sostenendo che è conforme a Costituzione un sistema che consenta che un piccolissimo datore di lavoro, magari con un solo dipendente, possa pagare, ad esempio, sette-otto anni di retribuzione solo in conseguenza di tale vizio formale anche se nei confronti di un dipendente mandato via per un fatto gravissimo, che avrebbe sicuramente integrato la giusta causa, valutando non contraddittoria l'abissale differenza della minor tutela fornita invece dalla creazione giurisprudenziale (c.d. diritto vivente) per il mancato rispetto del procedimento disciplinare, equiparato, solo questo, al vizio di ingiustificatezza (per tutte, Cass., SU, 26 aprile 1994, nn. 3965 e 3966, in *Foro it.*, 1994, I, 1708).

⁸⁰ È stata la l. n. 108/1990 a generalizzare, come noto, l'obbligo della forma scritta del licenziamento a tutti i dipendenti, compresi i dirigenti, fatta eccezione soltanto per i lavoratori domestici (espressamente esclusi dall'art. 4, l. n. 108/1990), i lavoratori in prova (art. 10, l. n. 604/1966), i lavoratori aventi i requisiti per la pensione di vecchiaia (art. 4, c. 2, l. n. 108/1990) e gli sportivi professionisti.

⁸¹ All'intimazione del licenziamento sono correlati effetti di varia natura, ordinati secondo scansioni temporali predefinite che presuppongono la certezza del predetto atto (si pensi all'impugnativa stragiudiziale entro il termine di decadenza che postula necessariamente la forma scritta idonea ad assicurare certezza circa il tempo dell'intimazione del licenziamento stesso).

⁸² Già con la legge n. 92/2012 si era passati a una netta svalutazione di tutti i vizi formali e procedurali del licenziamento diversi da quello della forma scritta, tutelati solo da una tutela indennitaria (art. 18, c. 6, St. lav.), ora confermata dall'art. 4, decreto 23, in misura ancora più attenuata. Per un commento, si rinvia a A. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 133; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in F. CARINCI F., C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in *Adapt Labour Studies E-Book Series*, n. 46/2015,

Come noto, la legge esige la forma scritta quale elemento certo e costitutivo della volontà di recesso, «*volontà che deve risultare da un documento soprattutto per tutelare l'essenziale interesse della parte più debole del rapporto a conoscere e a impugnare l'atto nel termine decorrente dalla data di notifica dello stesso*»⁸³. Assolve, dunque, a una funzione fortemente garantista del lavoratore che non si esaurisce solo nel rendere certa l'esistenza dell'atto e la sua collocazione temporale, ma deriva anche dal fatto che la scrittura induce (o dovrebbe indurre) il datore di lavoro a riflettere sull'importanza e sulle conseguenze del provvedimento che sta per adottare e, contestualmente, sulle ragioni sottese a tale provvedimento, nell'auspicabile obiettivo di creare una prima e non trascurabile remora di contenimento della possibilità di licenziamento arbitrario. Del resto, sul piano delle tutele del lavoratore di fronte alla risoluzione del rapporto (a iniziativa del datore di lavoro), il vincolo formale ha rappresentato il primo passo per il ridimensionamento del principio del recesso datoriale *ad nutum*, ponendosi come limite all'autonomia negoziale del datore di lavoro⁸⁴.

Non solo. La funzione fortemente garantista del vincolo formale è strettamente connessa anche alle finalità e ai valori, soprattutto costituzionali, che il requisito di forma mira a tutelare; da tempo la Corte Costituzionale attribuisce alla forma scritta del licenziamento una «*essenziale*» funzione di garanzia, informata al rispetto della personalità umana, indice «*del valore spettante al lavoro nella moderna società industriale*»⁸⁵, il che giustifica anche la conseguenza sanzionatoria della nullità in considerazione dell'interesse pubblico-generale ad essa sotteso.

Invero, sul piano testuale, tale vizio formale, come anticipato, non è ricondotto esplicitamente alla nullità ma alla sanzione dell'inefficacia. Lo ribadisce l'ultimo capoverso del comma 1, art. 2, del decreto 23, che parla di «licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale»⁸⁶; scompare, invece il riferimento esplicito all'inefficacia per il recesso viziato nella motivazione o nella procedura⁸⁷.

134 e MARINELLI F., *Il licenziamento individuale affetto da vizi formali o procedurali*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 153.

⁸³ Così C. Cost. n. 398/1994, *cit.* Nello stesso senso già C. Cost. 7 luglio 1986, n. 176, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 1069.

⁸⁴ G. PERA (voce *Licenziamenti*, in *Enc. giur.*, XIX, 1990) parla del vincolo formale come «una prima e non trascurabile remora di contenimento della possibilità di licenziamento arbitrario» (19).

⁸⁵ Corte cost. n. 14 luglio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1465. Il principio è ripreso da Corte cost. n. 398/1994, *cit.* e da Corte cost. n. 176/1986, *cit.*

⁸⁶ L'art. 2, l. n. 604/1966, comma 3, parla tuttora di inefficacia del licenziamento «intimato senza l'osservanza dei commi 1 e 2» e, cioè, del recesso privo della forma scritta o della motivazione contestuale.

⁸⁷ Il legislatore del 2015 non si esprime più in termini di inefficacia per la violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 604/1966 e della procedura di cui all'art. 7, St. lav., cui riconnette una tutela meramente indennitaria (cfr. art. 4, decreto 23). Probabilmente, si è reso conto dell'utilizzo improprio del termine 'efficacia', posto che, in questi casi, non operando la tutela reale, l'atto di recesso produce comunque i suoi effetti giuridici; ha preferito, quindi, non qualificare espressamente la categoria entro cui collocare la patologia derivante dalla natura del vizio, superando le diverse obiezioni sollevate all'indomani della Riforma Fornero, (in proposito, per l'analisi di una serie di criticità sul piano della coerenza e congruità delle conseguenze sanzionatorie rispetto alla qualificazione del vizio, sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 359 ss.). Da ultimo, per una puntuale analisi delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento immotivato dopo il decreto 23, si veda G. BOLEGO, *Il licenziamento immotivato alla luce del d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, 279 ss., il quale riconduce la tutela indennitaria solo all'ipotesi di «vizio» della motivazione, e non al caso di una sua «totale omissione»; in questo caso, a suo avviso, opererebbe, mancando una disciplina specifica, la nullità di diritto comune. Sul punto si rinvia a quanto esplicitato *supra* alla nt. 4.

Riteniamo utile spiegare che l'utilizzo di questo termine non sposta i confini del nostro ragionamento. Il termine inefficacia è un'espressione generica, ritenuta da sempre «equivoca»⁸⁸, che ha dato luogo, sin dall'inizio, a un ampio dibattito, più che altro di valore teorico, in dottrina e in giurisprudenza. La giurisprudenza, in un primo momento, era giunta a considerare la forma del licenziamento come un elemento esterno al negozio, relativo alla comunicazione, anziché alla dichiarazione negoziale⁸⁹, ma la scissione tra comunicazione e dichiarazione non ha ragione d'essere se riferita agli atti unilaterali, giacché la dichiarazione assume rilevanza solo se diretta al destinatario e acquista efficacia al momento in cui gli sia pervenuta. Nel caso del licenziamento, pertanto, la comunicazione per iscritto è elemento della struttura dell'atto di recesso e l'inefficacia indica che tale atto recettizio non si è perfezionato per la mancanza del requisito formale della sua comunicazione, difetta, cioè, di un elemento strutturale e, quindi, interno della fattispecie. In quest'ottica va inquadrata la posizione della dottrina maggioritaria, secondo cui l'inefficacia del licenziamento dipende da un fatto intrinseco al negozio, da un vizio di un elemento essenziale che incide sulla struttura negoziale (tant'è che si parla di forma richiesta *ad substantiam*⁹⁰), per cui qualora non risulti rispettata tale prescritta modalità di comunicazione, la dichiarazione negoziale non sarà efficace nei confronti del lavoratore-destinatario; dunque, non inefficacia in senso stretto, ma nullità. L'espressione «inefficace», dunque, non è usata nel senso in cui ne parla il codice civile in relazione all'apposizione di termini o di condizioni, ma come «conseguenza della situazione di nullità del negozio»⁹¹ e proprio quale tipico aspetto della nullità, che comporta, cioè, l'assenza di produzione di effetti⁹². Tale impostazione riporta al concetto ampio di inefficacia, che consente di collegare tra loro nullità e inefficacia in rapporto di causa ed effetto: il licenziamento in quanto privo di uno dei requisiti indispensabili dell'atto (la forma, appunto), rimane improduttivo di effetti al pari di un atto nullo (*ex artt. 1325, n. 4 e 1418 c.c.*).

Siamo, quindi, dinanzi a una sanzione di inefficacia in senso lato⁹³ che sul piano degli effetti e della *ratio* giustificatrice va equiparata alla nullità⁹⁴, con tutte le conseguenze anche in ordine alla

⁸⁸ In tal senso, fra gli altri, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, 368 e già G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 144, che parlava di una inefficacia del tutto peculiare: «trattasi di efficacia-inefficacia, di situazioni non inerenti all'essere del negozio in sé, ma semplicemente rilevanti sul piano del commercio giuridico, nei rapporti con la controparte, in funzione di quanto la legge si ripromette dalle comunicazioni scritte alla medesima».

⁸⁹ V. Cass. 27 giugno 1980, n. 4043, in *Foro it.*, 1980, I, 2124.

⁹⁰ È ormai pacifica in giurisprudenza la natura *ad substantiam*: cfr., *ex plurimis* Cass. 3 giugno 2015, n. 11479, Cass. 18 maggio 2006, n. 11670 e Trib. Bari, 4 luglio 2014, tutte in *Banca Dati Pluris*.

⁹¹ Cfr., da ultimo, Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, in *Foro it.*, 1999, I, 2818.

⁹² E proprio per questo stretto nesso tra nullità e inefficacia, non si condivide chi sostiene che la scelta di conservare il termine «inefficacia» nel decreto 23, porrebbe dei problemi di incostituzionalità per eccesso di delega, posto che la l. n. 183/2104 aveva previsto che la tutela reintegratoria potesse essere riconosciuta solo per i licenziamenti nulli e discriminatori (così G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in *www.giustiziacivile.com*, 24 aprile 2015, 11).

⁹³ Così già M.G. GAROFALO, Art. 18, in *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, diretto da Giugni G., Giuffrè, Milano, 1979, 281. Sulla distinzione tra inefficacia in senso stretto e in senso lato, molto limpide le parole di N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Parte generale, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1924, 329 e, successivamente, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia (dir. Priv.)*, in *Enc. giur.*, XVI, 1.1989, 1 ss. e ivi gli ampi riferimenti bibliografici.

⁹⁴ È questa ormai la soluzione prevalente in giurisprudenza; così, *ex plurimis*, Cass. 3 giugno 2015, n. 11479, in *Banca Dati Pluris*, Cass. 27 agosto 2007, n. 18087, *Lav. giur.*, 2008, 2, 189 e Cass. 27 febbraio 2003, n. 3022, *Mass. giur. lav.*, 2003, 260. Per la giurisprudenza di merito, fra le più recenti, v. Trib. Bari, 12 febbraio 2016, in *Banca Dati Pluris* e Trib. Lecce 5 maggio 2014, in *Guida lav.*, 2014, 50, 49. Alcuni giudici si sono espressi anche in termini di inesistenza, v. Cass. 9 novembre 2015, n. 22825, in *Banca Dati Pluris* e Cass. 5

distribuzione del carico probatorio per i licenziamenti intimati in forma orale, consolidate in giurisprudenza⁹⁵ e valide anche per il nuovo regime⁹⁶.

5. L'utilità sociale, l'organizzazione dell'impresa e il corretto funzionamento del "mercato del lavoro": in quali casi l'ordinamento costituzionale richiede la sanzione della nullità del licenziamento?

Dopo questa breve digressione sulla nullità del licenziamento orale, possiamo ora concentrare la nostra riflessione sull'individuazione dell'interesse pubblico-generale tutelato dalla norma imperativa la cui lesione comporta nullità.

Poiché – come detto in precedenza - non tutte le norme lavoristiche, di legge o di contratto collettivo⁹⁷, sono da qualificare come *imperative* possiamo certamente postulare che lo sono quelle che rimandano a principi costituzionali. Nessuno può negare che sono imperative le norme della Costituzione o delle altre fonti a essa equiparabile. Seguendo questa opzione interpretativa, lo scrutinio di legittimità del licenziamento passa dal piano meramente civilistico a quello costituzionale. Ciò non implica l'abbandono della dottrina generale della nullità/annullabilità; piuttosto, grazie a questa dottrina, la categoria della «nullità» diventa funzionale a garantire il rispetto di regole e principi di rango costituzionale; in altre parole, si costituzionalizza la nullità⁹⁸.

Prima di procedere in questa direzione, dobbiamo però dare conto di quella dottrina che - più di altri (e comunque più di recente) - ha proposto una chiave di lettura della disciplina del licenziamento alla luce del diritto costituzionale. A suo avviso, se ben comprendiamo la tesi, poiché sarebbe acquisito il «superamento della teoria della *Drittwirkung*, anche solo mediata, dei diritti fondamentali», non sarebbe necessario richiamare il diritto costituzionale per scrutinare la legittimità di un licenziamento perché le norme del Codice civile sulla illiceità della causa e la frode

giugno 2000, n. 7495, *Repertorio Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1608. Il richiamo alla categoria dell'inesistenza è comunque ritenuto non appropriato da parte della dottrina; si rinvia, in proposito, a P. TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 611 ss.

⁹⁵ È pacifico l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nel caso in cui il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente, grava su di lui solo la prova dell'estromissione dall'attività lavorativa, mentre spetta al datore di lavoro tentare di provare che il rapporto si è risolto per dimissioni. In questo senso, da ultimo, Cass. 31 luglio 2015, n. 16269 e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Bari, 12 febbraio 2016, entrambe in *Banca Dati Pluris*.

⁹⁶ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 250, 9, secondo cui non vi è motivo perché, dopo l'entrata in vigore del decreto 23, questo approdo giurisprudenziale debba essere rivisto.

⁹⁷ A questa tesi fa riferimento, invece V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 111 ss., per il quale, dunque, «l'art. 1418, co. 1, c.c. è applicabile anche in caso di violazione di norme inderogabili previste dall'autonomia collettiva (e tali sono, indubbiamente, quelle relative alle sanzioni disciplinari)» (130).

⁹⁸ Nel vasto panorama sul tema sono dovuti, quantomeno, i richiami a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss. Più in generale, sui profili costituzionali dell'autonomia negoziale, cfr., *ex pluris*, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Jovene, Napoli, 2006; *Id.*, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 95 ss.; F. GALGANO, *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1978, 126 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, 72; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959, 5 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Giuffrè, Milano, 1971; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2003; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Cedam, Padova, 1991, 289 ss.; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2007, 728 ss.; R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato* in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato dir. civ. diretto da R. Sacco*, Utet, Torino, 2005, 16 ss. e F. PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010.

alla legge sarebbero sufficienti per un efficace controllo di legittimità⁹⁹. Questa tesi ha come orizzonte il controllo di legittimità, senza porsi il problema del tipo di sanzione da applicare, come viene confermato in uno scritto più recente: «il giudizio di proporzionalità tra le ragioni dell'impresa (economiche) e le ragioni sociali (diritto alla conservazione del posto) non rileva sul piano delle individuazioni delle sanzioni, ma sul piano del giudizio di legittimità costituzionale delle disposizioni che guidano quello antecedente, dell'accertamento della legittimità o no dell'atto di licenziamento (configurabilità del g.m.o.)»¹⁰⁰.

Noi riteniamo, invece, anche alla luce del mutato quadro normativo col decreto 23, che un giudizio di proporzionalità sia indispensabile anche per valutare la violazione di interessi pubblico-generalmente sottesi alle norme imperative costituzionali; sicché quella proporzionalità determina non solo se il licenziamento è *legittimo* o *illegittimo*, ma anche se è *illecito* o *illegale* e, quindi, se deve essere sanzionato come *nullo* o *annullabile* (reintegrazione o risarcimento). Secondo la nostra tesi, l'ancoraggio ai principi costituzionali dello scrutinio di legittimità del licenziamento consente di configurare più agevolmente (e di certo, indubitabilmente) l'interesse pubblico-generale e, dunque, la norma imperativa che lo tutela, la cui lesione porta alla nullità¹⁰¹.

Dalla lettura dei commenti al decreto 23 e alla disciplina generale dei licenziamenti, emerge come la dottrina abbia quasi sempre tracciato l'ordito costituzionale mediante il bilanciamento del diritto alla libera organizzazione d'impresa (ex art. 41, comma 1, Cost.), su cui poggia il potere di licenziare, e il diritto al lavoro (ex art. 4 Cost.), oppure il diritto alla tutela della personalità nelle formazioni sociali (ex art. 2 Cost.). Stupisce che, raramente, tranne meritevoli eccezioni¹⁰², il discorso si sia sviluppato sull'ordito tracciato dall'art. 41 Cost., nel primo e – soprattutto – secondo comma. Non è nostra intenzione trattare in questa sede l'impegnativo tema dell'art. 41 Cost. nel diritto del lavoro; possiamo, però, almeno postulare ai nostri fini l'opinione secondo la quale il potere di licenziamento (cioè la sua libertà di base, l'iniziativa economica privata ex art. 41, comma 1, Cost.) non è un diritto costituzionale *assoluto* perché esso si *costituisce* normativamente nella combinazione con i limiti posti dal comma 2 dell'art. 41 Cost.¹⁰³: l'utilità sociale, la sicurezza, la dignità e la libertà del lavoratore.

⁹⁹ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2007, 593 ss., spec. 609 e 610.

¹⁰⁰ G. BOLEGO e L. NOGLER, *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, 400.

¹⁰¹ Sia pure in una prospettiva diversa e con riferimento alla violazione dell'iter procedurale e formale previsto per l'adozione del provvedimento datoriale, anche P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore*, op. ult. cit., richiama la sanzione della nullità (in particolare, quella c.d. di protezione) a garanzia dei diritti fondamentali del lavoratore e della loro effettività: «l'imperatività della tutela – a difesa dell'interesse individuale del lavoratore e, al contempo, dei fondamenti dell'ordinamento giuridico – consente di *riconfigurare* il vizio dell'atto nel senso della nullità negoziale, con le ordinarie conseguenze di natura restitutoria o ripristinatoria» (308).

¹⁰² A parte la monografia di M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979 e qualche scritto degli stessi anni fra cui C. ASSANTI, *I poteri nell'impresa: bilancio e prospettive*, in ID. (a cura di) *Dallo Statuto dei diritti dei lavoratori alla dimensione sociale europea*, Giuffrè, Milano, 1991, spec. 56-59; più di recente ci risultano soltanto gli scritti di L. NOGLER, op. ult. cit., F. SIOTTO, *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, in *IANUS – Rivista di Diritto e Finanza – Università di Siena*, 2011, n. 5, 263 ss. e M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, spec. 17-50.

¹⁰³ Cfr. Per tutti A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, 1971, 582 ss., spec. 595.

Si tratta di limiti costantemente valorizzati dalla giurisprudenza costituzionale perché «*non è contestabile che la garanzia posta nel primo comma di quest'articolo [art. 41 Cost.] nell'ambito circoscritto dai successivi due capoversi riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento*»¹⁰⁴ e che «*proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento, e in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana*»¹⁰⁵. Discrezionalità e arbitrio che anche nel licenziamento esprimono un disvalore dell'ordinamento perché ledono la posizione soggettiva del lavoratore; «*sicché deve ritenersi che non possono essere negate [...] quelle cautele e quelle garanzie che sono informate al rispetto della personalità umana e che costituiscono altresì indici del valore spettante al lavoro nella moderna società*»¹⁰⁶.

Per applicare tali limiti alla libertà di licenziamento, anche noi riteniamo opportuno distinguere i due riferimenti indicati nel comma 2 dell'art. 41 Cost. e tenere separata, sul piano concettuale, l'utilità sociale dalla dignità e libertà del lavoratore¹⁰⁷.

Trattiamo prima del limite dell'utilità sociale. Questo, in genere, è stato ridimensionato per due motivi, seppur collegati l'uno all'altro: per un verso, perché è stata sempre rifiutata la dottrina della funzionalizzazione della libertà d'impresa¹⁰⁸; per altro verso, perché – di conseguenza – essendo un limite esterno, l'utilità sociale rimanderebbe alla esclusiva riserva di legge¹⁰⁹. Sotto il primo profilo, pensiamo che valorizzare il limite dell'utilità sociale non significhi funzionalizzare la libertà d'iniziativa economica all'utilità sociale. Un conto è pretendere che l'iniziativa economica persegua l'utilità sociale, altro è pretendere che essa non contrasti con l'utilità sociale: insomma, un conto è considerare l'utilità sociale come limite *interno* alla libertà d'impresa, altro è un limite

¹⁰⁴ Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, 283. Invero, già all'indomani del suo insediamento, in una pronuncia assolutamente attuale, rilevava che «l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale. È lo stesso art. 41, nei commi secondo e terzo, che sancisce le limitazioni alla libertà d'iniziativa dichiarata nel primo comma. L'iniziativa privata, infatti, in virtù del secondo comma, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; ma è soprattutto da considerare il terzo comma, il quale affida al legislatore ordinario la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni affinché l'iniziativa privata possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali» (Corte cost. 13 aprile 1957, n. 50, in www.cortecostituzionale.it).

¹⁰⁵ Corte cost., 9 marzo 1989, n. 103, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, 3, con nota di Natoli.

¹⁰⁶ Corte cost., 7 luglio 1986, n. 176, in *Mass. giur. lav.*, 1986, 299.

¹⁰⁷ Anche D'ANTONA, *op. cit.* 1979 propone di tenere separati i due profili, arrivando però a conclusioni diverse dalle nostre, avendo in sostanza sminuito la funzione dell'utilità sociale.

¹⁰⁸ Valga per tutti il rinvio a G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618 ss. Di opinione contraria, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1955, 105; A. BARRESI, B. COMUNALE, *Libertà d'iniziativa economica e utilità sociale (il problema della c.d. funzionalizzazione dell'impresa privata)*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Casa Editrice Riccardo Patron, Bologna, 1969, 232-238. Si veda anche P. PERLINGIERI, *Sull'attività della Corte Costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, 489.

¹⁰⁹ Secondo la massima ufficiale della sentenza di Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56 (in *Foro It.*, 2015, 6, 1, 1903), «non è configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, oltre alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost. purché l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue». In dottrina v. per tutti, seppur con argomenti diversi, F. GALGANO, *Articolo 41*, in *Comm. della Cost. Branca, Rapporti economici*, II, Bologna-Roma, 1982, 1.

esterno. Sotto l'altro profilo della riserva esclusiva di legge, anche a nostro avviso, «il vizio di fondo della dottrina che tenta di risolvere i problemi interpretativi posti dall'art. 41 Cost. con il rinvio al legislatore ordinario è nel convincimento dell'impossibilità di concretizzare il concetto di utilità sociale» mentre, invece, questo concetto consente una «saldatura tra ordinamento e coscienza sociale, mediante il rinvio ai principi che rispettivamente dominano i due termini dell'alternativa (buona fede, correttezza professionale, diligenza, ordine pubblico, buon costume, ecc.)»¹¹⁰.

Perciò facciamo nostre le parole di un autore secondo il quale, l'utilità sociale rappresenta un «concetto di valore», che consente alle *regole* dell'ordinamento di adattarsi ai suoi *principi* in una viva e feconda creazione sociale di significati normativi. L'utilità sociale, come limite alla libertà d'iniziativa economica, è dunque un «*principio valvola*» attraverso il quale si compie «l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali» agendo come una «clausola generale»¹¹¹. È proprio questa qualificazione della «utilità sociale» come clausola generale, avendone tutte le caratteristiche strutturali e funzionali, a permetterne un uso giurisprudenziale allorché si debba valutare la legittimità di un negozio giuridico¹¹². Sicché – prendendo a prestito ancora una volta parole scritte da altri – «ove un negozio giuridico (...) sia ritenuto in contraddizione con l'utilità sociale, con la sicurezza, con la libertà o con la dignità umana, con ciò stesso si riconosce un vizio importante la nullità o l'annullamento (totale o parziale)... dell'atto negoziale, oppure un vizio di illiceità dell'attività compiuta»¹¹³.

Ciò che vogliamo sostenere è la necessità dell'azione giurisprudenziale di applicazione del comma 2 dell'art. 41 Cost. In questa prospettiva, reputiamo che la Corte di Cassazione abbia pienamente ragione a sostenere che «*se è senz'altro vero che, secondo l'art. 41 Cost. l'assetto organizzativo e produttivo dell'impresa è rimesso alla "libera" valutazione del datore di lavoro, ogni valutazione circa l'opportunità di interventi modificativi che comunque siano giustificati da ragioni oggettive (un giustificato motivo oggettivo), è anche vero che la libertà di iniziativa economica privata "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana"*»¹¹⁴. Riteniamo altresì che questo stesso principio debba guidare anche lo scrutinio di validità di un negozio giuridico (qual è il licenziamento) quando opera il controllo di legalità/liceità.

Con questa chiave di lettura, *l'utilità sociale, in quanto clausola generale, permette il collegamento fra nullità di derivazione civilistica e nullità di derivazione costituzionale*. La violazione della clausola generale costituzionale (utilità sociale) produce la medesima sanzione (nullità) di quando si viola una clausola generale civilistica che, proprio la giurisprudenza di legittimità, al più alto

¹¹⁰ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, 54 e 58.

¹¹¹ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, 117; v. già 79 ss. e in particolare 82: «corretto è però, come comunemente si ritiene, farla coincidere con quella delle c.d. clausole generali». V. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 582 ss. e U. NATOLI, *Limiti costituzionali della autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, *passim*.

¹¹² Negli stessi termini si esprime già M. NUZZO, *op. cit.*, 83: «al giudice ordinario, in sede di accertamento di validità dell'atto, di valutare il contrasto fra la concreta funzione di quel negozio e l'interesse sociale prevalente, per accertare, a quella stregua, se l'atto possa considerarsi compreso nella sfera di potere attribuito ai privati».

¹¹³ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 607.

¹¹⁴ Cass. 27 ottobre 2010, n. 21967, in *Banca Dati Pluris*.

grado, ha provato a “costituzionalizzare”: «l’ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all’un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell’interesse del partner negoziale»¹¹⁵. Ancora più di recente, la Corte di Cassazione ha confermato il profilo “costituzionale” delle clausole generali come limite alla libertà d’impresa affermando che «il recesso deve pur sempre ricollegarsi ad interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento e dunque a ragioni obiettive ed effettive (che permettano la verifica dei detti interessi), operando sempre il principio di buona fede e correttezza (ex artt. 1175 e 1375 c.c.) quale limite al potere datoriale di recesso; per altro verso, la libertà di iniziativa economica non è in grado ex se di offrire copertura a licenziamenti immotivati o pretestuosi»¹¹⁶. Noi vorremmo solo aggiungere e precisare che in tali casi non si deve soltanto qualificare come illegittimo il licenziamento ma anche illecito e, quindi, nullo, perché – per intenderci - la mancanza di correttezza nel licenziamento per g.m.o. (ciò che un autore ha efficacemente qualificato come di «mala fede»¹¹⁷) contrasta con l’utilità sociale.

I diritti fondamentali sanciti in Costituzione agli artt. 2, 3 o 4, trovano così la loro prima garanzia nei rapporti fra privati nel comma 2 dell’art. 41 Cost. Rispettando l’«utilità sociale», la libertà d’impresa rispetta i diritti fondamentali garantiti dagli artt. 2, 3, comma 2, e 4 Cost.¹¹⁸. Anzi, ritenere che il diritto al lavoro ex art. 4 Cost. rappresenti il diritto alla stabilità del lavoro e, di conseguenza, un limite alla libertà d’impresa, ci sembra fuorviante perché l’impresa non ha il limite di garantire la stabilità del lavoro, mentre ha il limite del rispetto dell’utilità sociale (di cui l’occupazione è espressione).

Non ci resta, allora, che chiarire quand’è che si sostanzia la violazione dell’utilità sociale in un licenziamento. Ebbene, riteniamo di accogliere la tesi che intende l’utilità sociale come espressione dell’ordine pubblico economico entro cui agisce l’iniziativa libera. Un ordine giuridico dei rapporti economici che, per quanto storicamente determinato, è pur sempre il risultato di una

¹¹⁵ Cass. S.U., 15 novembre 2007 n. 23726, in *Giur. it.*, 2008, 4, 929. In senso conforme, Cass. 29 maggio 2007, n. 12644, in *Banca Dati Pluris*; Cass. 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Contratti*, 2009, 5, 484; Cass. 5 maggio 2009, n. 5348, in *Giur. it.*, 2010, 3, 581.

¹¹⁶ Cass. 17 febbraio 2015, n. 3121, in *Banca Dati Pluris*. Clausole generali che ci permettono, dunque, di qualificare come atto contrario all’utilità sociale anche l’abuso di diritto che «ha...la valenza ermeneutica di limite ‘interno’ all’esplicazione della libertà contrattuale, garantita costituzionalmente dall’art. 41 della Costituzione. Esso concretizzerebbe nel diritto civile il limite della utilità sociale, di cui al comma 2 dello stesso art. 41. Oppure, secondo una diversa impostazione, rappresenterebbe l’estrinsecazione nei rapporti interprivati del principio di solidarietà di cui all’art. 2 della Costituzione per il tramite della clausola generale della buona fede»: così F. LOSURDO, *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2011, 73.

¹¹⁷ G. PROSPERETTI, *L’elemento della malafede del datore di lavoro nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 241 ss.

¹¹⁸ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 131. In generale v. R. NIRO, sub Art. 41, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 846 ss.

disciplina giuridica del mercato¹¹⁹. In quest'ordine c'è sicuramente il rispetto dei diritti della personalità quali la sicurezza, la dignità e la libertà delle persone (su cui diremo nel prossimo paragrafo) ma anche un disegno costituzionale dei rapporti economici.

Anche accogliendo la dottrina secondo la quale l'utilità sociale è data dall'efficienza economica, essa presuppone comunque un funzionamento corretto del mercato¹²⁰; l'utilità sociale da rispettare è, dunque, proprio il mercato efficiente in quanto corretto. È questa regola di correttezza a rendere il mercato efficiente e perciò impone che la volontà di licenziamento non sia arbitraria, ascrivibile alla mera volontà di estinguere il rapporto di lavoro subordinato, ma sia anch'essa rispettosa dell'efficienza economica che – ripetiamo – implica un mercato (del lavoro) che funzioni correttamente. Insomma, anche a voler seguire le teorie più liberali (quelle che connettono la libertà d'impresa alla tutela dell'occupazione) ma leggendo unitariamente il primo e secondo comma dell'art. 41 Cost., possiamo dire che l'utilità sociale è sì garantita dalla libertà di tutelare l'efficienza economica grazie alla possibilità di licenziare per giustificato motivo economico, ma ciò significa altresì che se il giustificato motivo economico “non sussiste”¹²¹, occorre compiere un controllo di liceità finalizzato a garantire anche il rispetto del «corretto funzionamento del mercato del lavoro»¹²².

Ritorniamo così al doppio controllo (legalità/liceità) che possiamo effettuare anche in presenza di g.m.o. in virtù del rispetto dell'utilità sociale ex art. 41, comma 2, Cost. C'è dunque una giustificazione, sul piano costituzionale, alla distinzione fra licenziamento illegale perché motivato da una errata valutazione sulla ragione tecnico-produttiva al fine di tutelare l'efficienza economica dell'impresa (nel qual caso *ciò che manca è il nesso di causalità* fra motivo economico-organizzativo e licenziamento¹²³) e il licenziamento illecito perché motivato da una volontà di licenziare, senza alcun collegamento con l'efficienza dell'impresa (nel qual caso *ciò che manca è il motivo economico addotto* e non il nesso di causalità¹²⁴). Ciò che determina nullità del licenziamento non

¹¹⁹ Ci sembra sufficiente rinviare a F. GALGANO, *Articolo 41*, in *Commentario della Costituzione* Branca, *Rapporti economici*, II, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, 1 ss. e a M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto pubbl.*, V, Utet, Torino, 1990, 375 ss. e dello stesso autore, più recentemente, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2008.

¹²⁰ Cfr. G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 309 ss., poi riaffermata in *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *Riv. cir. civ.*, 1993, II, 543 ss. secondo il quale, la tutela della concorrenza richiede la limitazione della libertà d'iniziativa economica per non contrastare con l'utilità sociale; cioè a dire che la concorrenza è espressione della utilità sociale (cfr. anche G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 509 ss. In testo, esprimiamo la tesi che la necessaria dimensione dell'organizzazione del lavoro con un dato numero di rapporti di lavoro in relazione all'interesse organizzativo (ex art. 41) è utilità sociale, contrastata da operazioni di riduzione di quei rapporti di lavoro non rispondenti all'oggettivo fabbisogno di lavoro. *Contra* v. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 132.

¹²¹ Sull'insussistenza del fatto tecnico organizzativo che può giustificare il licenziamento economico, rinviando condivisibilmente a V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, *op. cit.*

¹²² Riprendendo le parole di Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, *cit.*

¹²³ Per fare un esempio si pensi all'ipotesi in cui la Cassazione ha dichiarato illegittimo il licenziamento per soppressione del posto di lavoro cui era adibito il lavoratore licenziato senza però provare che fosse impossibile adibirlo a mansioni inferiori (Cass. 8 marzo 2016, n. 4509, in *Banca Dati Pluris*) oppure senza provare la medesima impossibilità in caso di sopravvenuta inidoneità fisica (Cass. 13 ottobre 2009, n. 21710, ripresa testualmente da Cass. 10 marzo 2015, n. 4757, entrambe in *Banca Dati Pluris*). In tal caso, l'illegittimità deriva dalla violazione dell'obbligo di *repêchage* producendo illegittimità del licenziamento, sub specie di annullabilità, e come tale sanzionata con l'indennità.

¹²⁴ Si tratta del g.m.o. «pretestuoso» o insussistente che provoca nullità. Cfr. C. PONTERIO, *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, in *www.questionegiustizia.it*, 2015, n. 3, 23 ss.; M. BIASI, *Il licenziamento*

è il contrasto col (ossia la mancanza di) giustificato motivo oggettivo bensì il contrasto con l'utilità sociale.

A ben vedere, si tratta di un principio generale di liceità del licenziamento che trova espressione legale nell'art. 18 St. lav. in base al quale la «manifesta insussistenza» del motivo oggettivo è sanzionata con la reintegrazione, cioè col rimedio tipico della sanzione di nullità¹²⁵. La sanzione prevista nell'art. 18 St. lav. rappresenta un principio più generale, di rango costituzionale, del licenziamento nullo.

Quindi, confermando quanto si è già detto sull'inquadramento sistematico della mancanza di g.c. o g.m. (*supra* par. 3), lo scrutinio costituzionale di legalità/liceità ci consente di avvalorare la distinzione fra un licenziamento privo dei requisiti previsti dalla legge (diciamo "ingiustificato") e un licenziamento nullo (diciamo "ingiustificabile"), perché connotato da un requisito che contrasta col comma 2 dell'art. 41 Cost.

6. La dignità dei lavoratori: perché la violazione del principio di proporzionalità della sanzione disciplinare richiede la sanzione della nullità?

Se l'utilità sociale rimanda «al valore obiettivo che certi interessi possono presentare» nell'ordine pubblico economico, i limiti del rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana rimandano «ai concreti interessi soggettivi dei singoli che, con chi esercita una attività economica privata, entrano o possono entrare in conflitto o comunque in rapporto»¹²⁶. L'alternativa fra *oggettività* degli interessi protetti dall'utilità sociale e *soggettività* di quelli protetti dalla libertà e dignità umana è ciò che ci induce ad accostare la prima clausola generale al motivo economico di licenziamento – come abbiamo argomentato nel paragrafo precedente – e i secondi diritti fondamentali al motivo disciplinare, in particolare sotto il profilo della tutela della dignità.

La dignità, questo dogma del diritto moderno e post-moderno, è certamente un architrave dell'ordine costituzionale nazionale, sovranazionale e internazionale. In questa sede possiamo soltanto rimandare alla letteratura (anche giuslavoristica) che di essa prova a tracciarne il profilo¹²⁷. Ma proprio nella prospettiva del diritto del lavoro possiamo ancor meglio apprezzare una concezione del diritto alla «dignità» radicata nella base materiale del diritto costituzionale italiano; un diritto nel quale la dignità è «umana» e «sociale», al contempo. Anzi, se pensiamo che la dignità è espressamente richiamata in tre norme della Costituzione quali l'art. 3 (dove l'uguaglianza formale richiede pari dignità sociale), l'art. 36, comma 1 (dove la retribuzione deve assicurare una vita dignitosa) e – appunto – l'art. 41, comma 2, è difficile non riconoscere che si tratta

nullo: *chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?*, in G. ZILIO GRANDI e M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, 147 ss., spec. 172.

¹²⁵ Art. 18, comma 4, St. lav. Per un approfondimento si rinvia, per tutti, a M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, spec. 20 ss. e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹²⁶ M. LUCIANI, *La produzione economica privata...*, op. cit., 207.

¹²⁷ Si rinvia, per tutti, a B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2010, 257 ss. e a V. FERRANTE, *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2011, 211.

di tre norme-chiave per il diritto costituzionale del lavoro, sicché la dignità costituzionale è una dignità che conforma lo statuto epistemologico del lavoro e del suo diritto¹²⁸.

Per questa straordinaria potenza regolativa del comma 2 dell'art. 41 Cost., ribadiamo lo stupore provocato dalla riluttanza con la quale la dottrina giuslavoristica sembra aver sostanzialmente dimenticato tale norma, preferendo piuttosto appellarsi ad altre norme costituzionali, come quando la tutela dal licenziamento discriminatorio viene rapportata all'art. 2 Cost. (e non al rispetto della dignità umana dell'art. 41, comma 2, Cost.)¹²⁹. Un po' diversa – e più radicale – sembra essere, invece, la posizione di chi ha parlato di «collisione» fra art. 2 e art. 41, comma 1, Cost. a proposito del licenziamento disciplinare arbitrario, quasi a voler sottolineare la maggiore forza di resistenza dell'art. 2 Cost. sulla libertà d'impresa rispetto al comma 2 dell'art. 41 Cost.¹³⁰.

Naturalmente, ci guardiamo bene dal ridimensionare l'efficacia regolativa di tutte le norme costituzionali riconducibili alla tutela della persona che lavora. Vogliamo, tuttavia, rendere soltanto evidente che quando si tratta di licenziamento per motivi inerenti la persona c'è il limite generale del rispetto della dignità e libertà del lavoratore; non una dignità e libertà teorica, ma *socialmente definita* nella Costituzione attraverso la dimensione del lavoro: è il lavoro che consente di realizzare la «pari dignità sociale» e la sua inviolabilità costituisce «la misura giuridica della legittimità dell'agire economico»¹³¹.

La dignità da salvaguardare nell'esercizio della libertà dell'impresa di licenziare consiste, dunque, nel consentire di tutelare la capacità produttiva dell'impresa medesima a fronte dell'inadempimento del lavoratore, ricorrendo alle sanzioni disciplinari e al licenziamento quando la capacità produttiva sia lesa da un inadempimento notevole. Al pari di quanto detto per il motivo economico, anche in questa prospettiva, l'ordinamento tutela la libertà dell'impresa (di licenziare) purché ciò non leda – in questo caso – la dignità e la libertà dei lavoratori¹³². Se per il motivo economico, illegalità e illiceità dipendono dalla valutazione del giudice sulla consistenza del motivo per verificare se vi sia contrasto all'utilità sociale, così per il motivo personale spetta sempre alla valutazione del giudice valutarne la consistenza per verificare se vi sia contrasto alla dignità e libertà del lavoratore.

Il «giudizio di adeguatezza del licenziamento» come applicazione generale del principio dell'*extrema ratio*, sia nel licenziamento economico sia in quello disciplinare¹³³, è una necessità di ordine costituzionale non solo per valutare se il licenziamento è legittimo o illegittimo, ma anche se è

¹²⁸ In termini vedi le note di G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Bari-Roma, 2016, spec. 165-170. Sulla declinazione «sociale» della dignità v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., spec. 197-206. Sul nesso tra dignità e lavoro, v. anche S. RODOTÀ, *Homo dignus*, in *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2012, secondo cui si tratta di due principi che ben esprimono la condizione reale della persona, «per ciò che la caratterizza nel profondo (la dignità) e per quel che la colloca nella dimensione delle relazioni sociali (il lavoro)» (184).

¹²⁹ M.T. CARINCI, *op. cit.*, 38.

¹³⁰ M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 48-49.

¹³¹ Così S. RODOTÀ, *op. cit.*, 153, il quale parla in proposito anche di «costituzionalizzazione della persona» oltre l'egemonia dei mercati (154).

¹³² La necessità di un equilibrio tra i diritti fondamentali corrispondenti ai valori della sicurezza, della libertà, della dignità umana, con quello di iniziativa economica è evidenziata dalla già citata giurisprudenza costituzionale: Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103, cit. Si rinvia al paragrafo 5.

¹³³ L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 526.

nullo per contrasto con norma imperativa. In altri termini, quando la Corte di Cassazione, con orientamento che ci sembra pacifico, sostiene che «*l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 c.c. o all'art. 2106 c.c., che dettano tipiche "norme elastiche", non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale*» e che «*l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie di colloca*»¹³⁴, non fa altro che collegare «norme elastiche», clausole generali e principi costituzionali, al punto che le categorie giuridiche del «notevole inadempimento» e della «proporzionalità» della sanzione, rappresentano il riflesso dei principi generali di dignità e libertà di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost.

Nel vivace dibattito sul licenziamento disciplinare nel decreto 23, la dottrina quasi unanime ha subito ricondotto la prescrizione letterale «fatto materiale» contestato alla dimensione giuridica della rilevanza disciplinare del fatto; quindi ha cambiato il significato della parola «materiale» in «giuridico» per evitare che si arrivasse al paradosso che un licenziamento avrebbe potuto realizzarsi (seppur annullabile) anche per fatti privi di ogni rilevanza disciplinare¹³⁵. Ci preme richiamare questa operazione dottrinale di capovolgimento del significato della lettera di una norma (dove è scritto «materiale» e s'intende «giuridico») perché solo in questo modo si è potuto scongiurare un effetto parossistico della tutela dal licenziamento ingiustificato.

A nostro avviso, anche il problema dell'adequatezza del licenziamento, cioè della proporzionalità del licenziamento, merita la stessa attenzione, tanto più perché ciò trova fondamento in norme imperative costituzionali. Secondo alcuni autori, la norma è chiara – ed in effetti lo è – e esclude ogni valutazione di proporzionalità¹³⁶. Eppure, altri hanno dovuto almeno riconoscere che ne «discende una conseguenza discutibile sul piano dell'equità»¹³⁷. Altri ancora, poi, riconoscendo l'illegittimità del licenziamento sproporzionato quando è causato da comportamenti di scarso rilievo disciplinare, hanno ipotizzato un'ulteriore responsabilità risarcitoria ex art. 1218 c.c.¹³⁸. Noi riteniamo che la «discutibile conseguenza» non sia inevitabile; sia, invece, da sanzionare perché contraria a norme imperative costituzionali. La violazione del principio di proporzionalità non è soltanto violazione dell'art. 2106 c.c. ai fini della valutazione dell'illegittimità ma permette al giudice di valutare se sussista illiceità del licenziamento per contrasto con la dignità e libertà del lavoratore (art. 41, comma 2, Cost.).

Ciò significa che anche nel caso di sproporzionalità, come nel caso di motivo economico, non sempre l'illegittimità è sinonimo di illiceità. È evidente che quando la sproporzione riguarda la

¹³⁴ Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, ripresa testualmente da Cass. 14 aprile 2016, n. 7419, entrambe in *Banca Dati Pluris*.

¹³⁵ L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di) *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, *Quaderni arg. dir. lav.*, n. 14, 2015, 33 ss.; R. ROMEI, *op. cit.*, 571; v. anche R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 280 ss. Per altri riferimenti bibliografici, si rinvia, in questo contributo, alla nt. 9.

¹³⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 269 ss.; M. MARAZZA, *op. cit.*, 310 ss.

¹³⁷ R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 32.

¹³⁸ R. ROMEI, *op. cit.*, 570; v. anche L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, 114 ss.

valutazione della gravità di comportamenti che, seppur non ascrivibili al notevole inadempimento, ne siano comunque prossimi, allora possiamo parlare di illegittimità/annullabilità con la sanzione indennitaria; quando il comportamento sanzionato è di gravità tale da essere agevolmente riconducibile a una sanzione conservativa, allora si potrà parlare di illiceità/nullità con la reintegrazione. Perciò la violazione del principio di proporzionalità delle sanzioni quando queste sono previste dal codice disciplinare del contratto collettivo applicato è da considerare illecita, e il licenziamento nullo, non tanto perché le norme dei contratti collettivi sono imperative¹³⁹, quanto perché in tal caso il datore di lavoro, applicando il contratto collettivo, accetta anch'egli un codice disciplinare che regola il rapporto di lavoro. Violare quel codice disciplinare con la sproporzione della sanzione, significa violare la dignità e la libertà di quel lavoratore garantita dall'adattamento ai rapporti di lavoro del principio penalistico *nulla pena sine lege*. D'altronde, che in gioco ci sia la dignità e libertà dei lavoratori quando si tratta di regole sulle sanzioni disciplinari dovrebbe essere evidente sin dalla intitolazione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori.

E trattandosi di possibile nullità, ben potrà il giudice procedere d'ufficio, posto che la rilevanza d'ufficio della nullità del contratto costituisce uno strumento per la tutela di valori costituzionalmente rilevanti¹⁴⁰.

Ci si obietterà che l'art. 3, comma 2 del decreto 23, recita testualmente che al giudice «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Ciò non esclude, a nostro avviso, che il giudice possa (debba) applicare un'interpretazione costituzionalmente orientata, perché costituzionalmente necessaria. A parte chi ha ritenuto di concentrare l'attenzione sulla questione della disparità di trattamento irragionevole fra nuovi e vecchi assunti per contrasto con l'art. 3 Cost.¹⁴¹, pochi autori hanno riflettuto sulla fondatezza costituzionale sotto il profilo della «sproporzionalità» del licenziamento; tuttavia, questi pochi ma autorevoli commentatori hanno almeno sollevato il dubbio¹⁴². Noi riteniamo che vadano raccolti e fugati i dubbi «in termini di "razionalità intrinseca" secondo i canoni ermeneutici connaturati a questo tipo di giudizio di legittimità costituzionale (congruità, proporzionalità, giustizia)»¹⁴³. Anche in questo caso, come per il g.m.o., non si dovrebbe far altro che applicare comunque il principio insito nell'art. 18 St. lav.¹⁴⁴, espressione legale di bilanciamento costituzionale.

¹³⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti...*, op. cit., 129.

¹⁴⁰ V. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., secondo cui «[...] Il potere del giudice di rilevare la nullità [...] è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost. [...])». In una recente sentenza la Cassazione ha pure affermato che «deve essere svolto anche d'ufficio l'apprezzamento relativo alla proporzionalità fra sanzione ed illecito disciplinare»: Cass. 26 maggio 2016, n. 10950, in *Banca Dati Pluris*.

¹⁴¹ S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2015, n. 246.

¹⁴² L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. dir.*, 2015, 21: «solleva una questione di costituzionalità in ordine alla violazione dei principi generali di proporzionalità e adeguatezza, di cui la risalente versione – e ora implicitamente modificata – dell'art. 2106 c.c. costituiva un mero inveroamento»; M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 51: «sul fondamento costituzionale della salvaguardia dei diritti fondamentali del lavoratore non è neppure il caso di soffermarsi, tanto appropriato risulta il richiamo all'art. 3, comma 2, all'art. 4, nonché all'art. 41, comma 2 Cost.».

¹⁴³ A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 425.

¹⁴⁴ Cfr. V. SPEZIALE, *Il licenziamento disciplinare*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, 363 ss. v. anche F. AIELLO, *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, 381 ss.

L'accertamento della validità di una norma legislativa, attraverso l'interpretazione giudiziale, non riguarda, infatti, soltanto l'esame del suo *pedigree* formale, ma anche il giudizio sulla conformità o meno del suo contenuto rispetto a quello dei principi costituzionali. E che ciò possa essere qualificato come 'creazione' di diritto, almeno nel suo significato pratico-concreto, è un dato di fatto, «verità banale»¹⁴⁵ del nostro ordinamento giuridico: i testi normativi non sono 'il diritto', ma 'parti del diritto'¹⁴⁶ e accanto al diritto dei testi c'è il diritto dei giudici.

A poco o nulla valgono i tentativi più o meno espliciti del legislatore di depotenziare il ruolo dei giudici e gli spazi di intervento, tanto più se si tratta di leggi che coinvolgono diritti fondamentali (quali quelli del lavoro): spetta anche al potere giudiziario – sia pure in via sussidiaria - assicurare quel grado minimo di tutela che la natura fondamentale di tali diritti esige in capo alla sfera pubblica¹⁴⁷.

Se non si adottasse un'interpretazione costituzionalmente orientata del decreto 23 non resterebbe che una alternativa: sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione della dignità e libertà dei lavoratori, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost.¹⁴⁸.

¹⁴⁵ R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2006, 18.

¹⁴⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 213, parla del diritto come non più di proprietà di uno solo, il legislatore, ma «oggetto delle cure di tanti».

¹⁴⁷ Sul ruolo di garanzia assolto dal potere giudiziario v., da ultimo, L. FERRAJOLI, *Luria paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, spec. 140 ss.

¹⁴⁸ Ci sembra pervenire a conclusione analoga O. RAZZOLINI, *I nuovi confini della discrezionalità del giudice in materia di lavoro a termine e licenziamento*, in *Lav. dir.*, 2016, n. 3 (di prossima pubblicazione, consultato in dattiloscritto), secondo la quale il rilievo costituzionale è attribuito non al conseguimento e alla conservazione del lavoro, bensì alla dignità della persona che il lavoro, in base agli artt. 2, 4 e 35 Cost., contribuisce a realizzare, rinviando a sentenze della Corte costituzionale nelle quali si afferma che «gli artt. 4 e 35 rispecchiano il valore riconosciuto al lavoro, nel quale si manifesta anche la dignità e la libertà di scelta della persona» (così Corte. cost., 22 ottobre 1999, n. 390, in *Foro it.*, 2000, I, 1064).

Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*

Valeria Piccone

Premessa.	39
1. Il principio di non discriminazione nell'ordinamento comunitario.	41
2. Principio di uguaglianza, obbligo di interpretazione conforme, effetto utile.	46
3. L'interpretazione conforme e il divieto di discriminazione per età.	49
4. La sentenza <i>Kucukdeveci</i> fra giudice nazionale e giudice comunitario.	50
5. Il caso <i>Dansk Industri</i> .	52
6. Lavoro intermittente e contratto di lavoro a tutele crescenti secondo il <i>Jobs Act</i> : la "compatibilità europea".	57
7. Il licenziamento discriminatorio nel <i>revirement</i> della giurisprudenza di legittimità.	66
8. Il risarcimento del danno da violazione del divieto di discriminazione.	68

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 127/2016

Premessa.

Definire le caratteristiche che rappresentano l'obiettivo del divieto di discriminazione costituisce una sfida centrale non solo per la legislazione dell'Unione¹⁴⁹, ma anche per l'interpretazione giurisprudenziale.

In un momento storico particolarmente critico per l'Europa, che già qualche anno fa¹⁵⁰ vedeva quattro Ministri degli esteri inviare una lettera ai Presidenti del Consiglio e della Commissione allo scopo di sollecitare una "vigorosa" protezione dei valori europei; in un sistema in cui il contenuto dell'art. 2 TUE rimane "sostanzialmente vago"¹⁵¹, il principio generale di uguaglianza appare sempre più *uno dei principi ordinatori della Comunità*¹⁵². Le disposizioni sull'uguaglianza di fronte alla legge, che appartengono alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹⁵³, si stagliano, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, quale strumento cardine per la salvaguardia degli *European values* e per i diritti fondamentali di derivazione domestica.

Il principio di uguaglianza rappresenta il «*principio stesso, sottostante al divieto delle forme di discriminazione (originariamente elencate nell'art.13 CE) che trova la sua "fonte" nei considerando della direttiva 2000/78/CE, in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*»¹⁵⁴.

La discriminazione è una disparità di trattamento che non è giustificata¹⁵⁵. L'uguaglianza¹⁵⁶ non è una competenza, ma un principio generale che "taglia trasversalmente" tutto il diritto

¹⁴⁹ Sul punto, D. Schieck, *Intersectionality and the notion of disability in Eu discrimination law*, in *Common Market Law Review*, 2016, 1, 36; il contributo riveste peculiare interesse per l'esame del passaggio, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, da una nozione "medica" ad una "sociale" di disabilità.

¹⁵⁰ La lettera risale al 6 marzo 2013 ed è stata inviata dai Ministri degli Esteri di Finlandia, Germania, Danimarca e Paesi Bassi; è consultabile in <www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2013/03/13/brief-aan-europese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme/brief-aan-europese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme.pdf>.

¹⁵¹ *Safeguarding EU values in the Member States- Is something finally happening?* Editorial comments, *Common Market Law Review*, 2015, 3, 619; V. doc. COREPER 10168 sulle Conclusioni del Consiglio in ordine ai diritti fondamentali ed alla "rule of law", nonché circa il Report della Commissione del 2012 sull'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, 6- 7 giugno 2013; si veda, altresì, la prolusione del Ministro irlandese per l'invalidità, vecchiaia, eguaglianza e salute mentale al Simposio annuale dell'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali, *Promoting the Rule of Law in the EU*, 7 giugno 2013, Vienna, 6 – in quel momento l'Irlanda aveva la Presidenza del Consiglio -.

¹⁵² Corte Giust. 3 ottobre 2006, C/17-05, *Cadman*; la stessa affermazione viene ripetuta, con differenze minime, in tutta la giurisprudenza della Corte, a partire da Corte Giust. 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76- 16/77, *Ruckdeschel*.

¹⁵³ V. Relazione della Commissione sulle disposizioni giuridiche degli Stati membri per la lotta alla discriminazione, *Report on the Member States' Legal Provisions to Combat Discrimination*, consultabile sul sito <http://ec.europa.eu>.

¹⁵⁴ Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.* 2005, I, 9981.

¹⁵⁵ J. Kokott, Conclusioni presentate il 31 maggio 2016 nella causa C-157/15, *Samira Achbita*.

¹⁵⁶ Per una ricostruzione delle diverse «chiavi» dell'uguaglianza, S. Borelli, *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, (a cura di), *Carta dei diritti. Casi e materiali*, Roma, 2009. Fra i numerosissimi contributi in tema di uguaglianza e non discriminazione, E. Signorini, *Quando e se le misure per la realizzazione dei legittimi obiettivi di politica del lavoro divengono discriminatorie*, nota a Corte Giustizia UE, 26 febbraio, 2015, C-515/13, in *Mass. Giur. Lav.*, 2015, 500; S. Niccolai, *Alla ricerca di un innesto virtuoso tra divieto di discriminazioni e principio di eguaglianza: una proposta di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 92/2012 cd Fornero)*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena* (promossi da Francisco Balaguer Callajón e al.), Giuffrè, 2015, III, 2173; E. Tarquini, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, 2015; F. Cannata, *L'eguaglianza nella previdenza di genere*, Angeli, 2014; G. Antonetti e altri, *Le determinazioni internazionali e la normativa europea in materia di pari opportunità*, Roma, Università 2014; M. S. Ciarletta Soveria Mannelli, *Diritto antidiscriminatorio e pari opportunità nel lavoro pubblico e privato: l'esperienza della Consigliera Regionale di Parità in Calabria*, Rubbettino, 2014; E. Pasqualetto, *L'età di accesso al lavoro tra tutele, differenziazioni e discriminazioni*, CEDAM, 2013; D. Tuorto, *Il lavoro difficile: discriminazioni e gruppi discriminati in Italia*, Il mulino, 2012; M. V. Ballestrero, *Il lavoro e l'eguaglianza nel «deserto dei diritti»*, in G. Alpa – V. Roppo,

dell'Unione¹⁵⁷. Secondo la nota immagine di Supiot¹⁵⁸, «non tener conto delle ineguaglianze di fatto significa lasciare pieno gioco ai rapporti di forza; volere al contrario tener conto delle sia pur minime ineguaglianze di fatto vuol dire impegnarsi in un processo di normalizzazione generale dei

(a cura di) *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, 2013; M. Aimo e D. Izzi *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro. Dialogando con Massimo Roccella sulla recente giurisprudenza in tema di non discriminazione e di lavoro non standard*, in G. Loy (a cura di) *Ediesse*, 2012; R. Nunin, *L'utilizzo dei principi generali nella giurisprudenza europea*, in RGL, 2013, 2; D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in RGL, 2012, 1; M. V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Studi in onore di Tiziano Treu: lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, 2011, 1355; M. G. Militello, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza) WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2010; V. Piccone, *Il principio di uguaglianza e la giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, 1, 9; V. Piccone, *Principio comunitario di uguaglianza, parità retributiva ed età pensionabile*, in RDSS, 2009, 1, 105; M. Barbera, (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007; M. Barbera, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione* in RGL, 2008, 1, 469 ss.; O. Bonardi, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, ibidem; L. De Angelis, *Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzione civile*, ibidem; P. Loy, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, ibidem; G. Loy, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, ibidem; L. Zappalà, *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del Diritto sociale europeo*, ibidem.; S. Borelli, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Torino, 2007, G. Pistorio, *Le donne nell'ordinamento comunitario*, in M. Gigante, (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007, 171 ss. O. De Schutter, *Three models of equality and european anti-discrimination law*, in *Northern Ireland legal quarterly*, vol. 57, 2006, p. 1 ss; S. Burri, *L'approche de genre au droit du travail communautaire*, Intervento al Seminario *Genre et droit social*, Università Bordeaux 4, 2006; D. Gottardi, *Il Codice italiano delle pari opportunità e la direttiva comunitaria*, in GL, n. 37, 2006, C. Smuraglia, *Le discriminazioni di genere sul lavoro: dall'Europa all'Italia*, Roma, 2005; O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2006; K. Ahtela, *The recise provisions on sex discrimination in European law: a critical assessment*, in *Eur. law. jour.*, 2005, L. Calafà, *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza* in *Lav. dir.*, 2005, 2, 273 ss.; AA.VV. *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 196. Commentario sistematico (a cura di M. Barbera) in *Nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, n. 3, 623 ss., in particolare, per una ricostruzione dell'evoluzione della nozione di discriminazione alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 196/2000 all'art. 4 l. 125/91, G. De Simone, *ivi*, 711 ss., nonché, su alcuni aspetti processuali, F. Amato, *Azione individuale e collettiva*, *ivi* p. 757 e L. Curcio, *Il piano di azioni positive giudiziale, le procedure d'urgenza, l'inottemperanza alla sentenza, il raccordo con l'art. 15, L.n. 903/77 e con l'art. 410 c.p.c.*, ibidem, 772; D. Gottardi, *Le azioni positive del settore privato. Le modalità di organizzazione e funzionamento del Comitato nazionale di parità*, in *Commentario sistematico al decreto legislativo 23 maggio 2000*, n. 196, cit., 674; D. Gottardi, *Discriminazioni sul luogo di lavoro: recepita la direttiva comunitaria*, in *Guida al lav.*, 2003, n. 34, 39; D. Gottardi, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte*, in *Dir. lav. rel., ind.*, 2003, 447; R. Del punta, *What has Equality got to do with Labour Law? An Italian Prospective*, in *The international Journal of Comparative Labour Law and industrial Relations*, 18/2, 2002, 210, 211; M. Barbera, *Eguaglianze e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.li*, 399; M. Barbera, *Not the same? The role in the New Community AntiDiscrimination Law Context* in ILJ, vol 31, 82; L. Calafà, *Azioni positive nel diritto comunitario*, in *Lavoro delle donne e azioni positive*, Bari, Cacucci, 2002; L. Calafà, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in *Dir. lav. rel ind.li*, 2003, 499; G. De Simone, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in *Commentario sistematico al decreto legislativo 23 maggio 2000*, n. 196; G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli 2001; s. fredman, *Equality: a New Generation? In Industrial Law Journal*, 30, no. 2, June 2001, 145 ss.; M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra uguaglianza e diritto diseguale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1994, cit., 11 ss; G. De Simone, *Gli organismi collettivi per le pari opportunità*, *ivi*, 101; D. Gottardi, *Il consigliere di parità*, in GAETA ZOPPOLI (a cura di) *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992; L. Angiello, *La parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979; L. Isenburg, *Divieto di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984.

¹⁵⁷ Così, M. Barbera, *Introduzione a Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit.; nonché della stessa Autrice, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, cit. Circa il rilievo attribuito dallo stesso Parlamento europeo, nel 2014, alla conciliazione come mezzo per pervenire all'uguaglianza tra donne e uomini, ritenuta un valore fondamentale dell'Unione, F. Malzani, *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, 238. Ivi si osserva che l'obiettivo della conciliazione si colloca in uno scenario complesso in cui emergono sfide che richiedono risposte e interventi urgenti: evoluzione demografica, crisi economica e finanziaria, disoccupazione, povertà ed esclusione sociale. Le politiche di conciliazione, secondo il Parlamento, possono incidere positivamente su più aspetti e, in particolare, «ridurre la disparità salariale di genere, costituire un elemento chiave per l'occupazione sostenibile e una ripresa indotta dal reddito nonché avere un impatto positivo sulla demografia e permettere alle persone di assumere le proprie responsabilità familiari»

¹⁵⁸ Supiot, *Principi di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica*, in *Lavoro e diritto*, 1992, p. 216 e 220

rapporti sociali e di declino del diritto». In entrambi i casi, la valorizzazione di una soltanto delle dimensioni del principio di eguaglianza «*porta allo stesso risultato: il primato del fatto sul diritto*».

La formulazione classica di quel principio, secondo l'idea aristotelica per cui "i casi simili vanno trattati in modo analogo"¹⁵⁹, lascia irrisolto il problema cruciale di stabilire quali aspetti siano da considerare rilevanti per la parità di trattamento e quali no¹⁶⁰: una massima come quella di Aristotele resta lettera morta fintantoché non si sia stabilito quali differenze sono rilevanti per gli obiettivi in gioco.

Il concetto di uguaglianza è, d'altra parte, un concetto mutevole che evolve di pari passo con l'evoluzione della società e dei costumi trovando un proprio peculiare *ubi consistam* nella diversità del contesto sociale in cui opera: nella *polis* di Pericle i cittadini potevano vantare un diritto alla parità di trattamento con riguardo all'accesso alla giustizia ed all'avanzamento sociale; il concetto di uguaglianza escludeva, tuttavia, i meteci e gli schiavi dalla parità con i cittadini.

Leggendo la sentenza *Marshall*¹⁶¹ (in cui secondo l'ordinanza di rinvio, il solo motivo del licenziamento era nel fatto che la ricorrente era una donna che aveva superato «*l'età del pensionamento*») si evince chiaramente che, agli esordi, il diritto comunitario non ha mai considerato l'età (centrale nella discussa e più recente *Mangold*¹⁶², nonché in *Kücükdeveci*¹⁶³ e *Dansk Industri*¹⁶⁴) come ovvio indice di discriminazione; in quella pronuncia, la direttiva 76/207/CE, pur non avendo effetti "orizzontali", veniva ritenuta invocabile dalla ricorrente "verticalmente" perché il suo datore di lavoro era una emanazione dello Stato. Nel 1986 le distinzioni per motivi di età – differenti da quelle in base al sesso – erano considerate ovviamente rilevanti ai fini della cessazione del rapporto di lavoro e di conseguenza ammissibili in base al principio di uguaglianza del diritto comunitario: ove così non fosse stato, verosimilmente, la signora Marshall avrebbe invocato il divieto di discriminazione per motivi attinenti all'età a sostegno del proprio argomento principale.

Proprio la sentenza *Marshall*¹⁶⁵ sembra porsi come spartiacque fra la giurisprudenza antecedente e quella successiva, segnando l'origine dell'indebolimento della costruzione teorica degli effetti verticali e consentendo di comprendere in che modo nuovi percorsi vengano esplorati dalla Corte di Giustizia alla ricerca di strumenti atti a riconoscere alle direttive effetti orizzontali¹⁶⁶. È sui percorsi della supremazia, dell'effetto diretto e dell'obbligo di interpretazione conforme che si snoderà il futuro del principio di uguaglianza che, in *Marshall*, è ancora solo uguaglianza di genere.

1. Il principio di non discriminazione nell'ordinamento comunitario.

1.1. Nel 2009, il trattato di Lisbona ha introdotto una clausola orizzontale volta a integrare la lotta

¹⁵⁹ Aristotele, *Etica nicomachea*, V.3-1131^a10-b15.

¹⁶⁰ Sul punto, S. Gosepath, *Equality*, in E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2007 edition).

¹⁶¹ Corte di Giustizia 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall/ Southampton South West Hampshire Area Health Authority*.

¹⁶² Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit.

¹⁶³ Corte Giust. 19 gennaio 2010, *Seda Kucukdeveci v. Swedex*, cit.

¹⁶⁴ Corte Giust. 19 aprile 2016, causa C- 441/14 *Dansk Industri v. Successione Karsten Eigil Rasmussen*.

¹⁶⁵ Corte Giust. 26 febbraio 1986, causa C- 152/84, *Marshall v. Southampton and Southwest Hampshire Area Health Authority*, in *Racc.*, 1986, p. 723. Si vedano le pagine di S. Prechal, *Remedies after Marshall*, in *Comm. Mark. Lav rev.*, 1990, 27, p. 451 e di P. Manin, *L'invocabilità des directives: Quelques interrogations*, in *RTDE*, 1990, P. 669.

¹⁶⁶ V. causa C-188/89 *Foster v. Gas plc*, *Racc.* p.3313.

contro le discriminazioni in tutte le politiche e le azioni dell'Unione (articolo 10 TFUE) con la previsione di una procedura legislativa speciale: il Consiglio deve deliberare all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, oggi fonte *stricto sensu*, e, anzi, fonte di diritto primario, nel sancire, all'art. 21, l'inserimento della non discriminazione fra i diritti fondamentali della persona e, quindi, nell'ambito dei principi generali del diritto comunitario, statuisce, nel successivo art. 23, che *'la parità tra uomini e donne dev'essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione'* precisando, tuttavia, che *'il principio della parità non osta al mantenimento od all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato'*.

Il passaggio da una nozione di eguaglianza in senso formale ad un principio di eguaglianza in senso sostanziale¹⁶⁷, con l'enucleazione esplicita del concetto di discriminazione indiretta e l'introduzione delle 'azioni positive' a tutela del sesso più debole, è il risultato di un lungo percorso nel quale grande rilievo ha avuto la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo.

In verità, l'art. 119 del Trattato conferiva in origine rilievo esclusivo ed assorbente, in ambito antidiscriminatorio, alla parità di trattamento in materia retributiva, allo scopo di evitare forme di concorrenza nel mercato fondate sulla sottoretribuzione del lavoro femminile; si deve soprattutto all'intervento della giurisprudenza della Corte di Giustizia l'aver dato *l'input* per un numero considerevole di direttive in materia che hanno poi inciso, con il passaggio attraverso il Trattato di Amsterdam, sulla nuova formulazione dell'art. 119 medesimo (poi dal 1° maggio 1999, art. 141) del Trattato. Partendo dall'art. 119 del Trattato e, cioè dalla parità retributiva tra uomini e donne, il principio di uguaglianza è andato assumendo un ruolo di spicco nella costruzione di uno *jus commune*. Si può affermare, anzi, che questo principio rappresenta, ormai, la lente di ingrandimento attraverso la quale ogni nuovo intervento legislativo interno deve essere riguardato per verificarne la c.d. "compatibilità comunitaria".

Alla luce del nuovo dettato normativo, diventa di palmare evidenza lo scopo di assicurare un'effettiva e concreta parità nell'attività lavorativa fra uomini e donne mediante l'ampliamento della tutela oltre gli aspetti meramente economici, il riferimento alla parità di lavoro in termini di 'lavoro di pari valore' e la previsione di misure dirette a garantire vantaggi specifici atti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato 'ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali'.

D'altro canto, se si pone attenzione alle originarie formulazioni delle direttive primigenie, la 75/117 e la 76/207, si percepisce distintamente la finalità, originariamente perseguita, di garanzia del mercato comune per il tramite della limitazione all'ambito retributivo della portata del principio di non discriminazione; la connotazione squisitamente economica del principio era diretta ad evitare il fenomeno, distorsivo della concorrenza comunitaria, del c.d. *dumping sociale*.

Non solo i lavori preparatori, ma anche il primo *considerando* della direttiva n. 75/117 evidenziano lo scopo circoscritto, nell'affermare che *"l'attuazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'art. 119 del Trattato, è*

¹⁶⁷ Che consente "l'allargamento della nozione giuridica di discriminazione fino a ricomprendervi quella indiretta" (su cui, v. *postea*) secondo M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra uguaglianza e diritto diseguale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1994, 16.

parte integrante dell'instaurazione e del funzionamento del mercato comune".

Tra i *considerando* della direttiva 76/207 si inizia ad intravedere una 'colorazione sociale' del divieto di discriminazione nella individuazione della parità di trattamento quale obiettivo della Comunità, in quanto funzionale alla promozione della "parificazione nel progresso delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera". Soltanto negli anni successivi ed in misura via via crescente, per mezzo dell'intervento della Corte di Giustizia, si imporrà un rilievo preponderante del principio quale estrinsecazione della politica sociale dell'Unione.

In entrambe le direttive manca, d'altro canto, una nozione di discriminazione; si dovrà attendere l'intervento comunitario riconducibile alla direttiva 2002/73 per avere una definizione compiuta della discriminazione di genere.

Nel conferire la più ampia estensione possibile all'originario ridotto ambito applicativo del principio, la Corte di Giustizia ha avuto un ruolo determinante: in primo luogo nella configurazione del concetto di retribuzione in termini 'onnicomprensivi' e, cioè, come riferibile al minimo retributivo nonché a qualsiasi altra voce che trovi la causa tipica e normale nel rapporto di lavoro reputando, conseguentemente, riconducibili nell'alveo di tale nozione quasi tutti gli elementi che sono stati portati al suo esame.

L'effetto principale raggiunto dalla Corte è stato quello di determinare la diretta applicabilità ai datori di lavoro del divieto di discriminazione in materia retributiva: alla luce della interpretazione dei Giudici di Lussemburgo, infatti, la direttiva n. 75/117 – che già estende, al par. 2 dell'art.1, il principio di parità di retribuzione, inteso nel senso più ampio di ogni vantaggio corrisposto in occasione dell'espletamento di attività lavorativa, alle prestazioni di eguale valore, a prescindere dal rendimento - acquisisce efficacia 'diretta ed orizzontale'.

La direttiva, pur essendo rivolta ad imporre l'obbligo di parità retributiva agli Stati membri, è reputata *self executing* e, conseguentemente, conferisce ai singoli situazioni giuridiche di vantaggio direttamente azionabili dinanzi al Giudice nazionale in presenza di discriminazioni derivanti da leggi, regolamenti, contratti collettivi e contratti individuali di lavoro. Con la nota *Defrenne II*¹⁶⁸, quindi, la Corte afferma che l'obbligo sancito dall'art. 119 è inequivoco: il principio della parità di retribuzione è chiaro e non lascia adito a dubbi; gli Stati membri non dispongono a questo proposito di alcun potere discrezionale. Esso, dice la Corte, corrisponde d'altronde all'applicazione di un principio generale di eguaglianza che rientra nel comune patrimonio ideologico degli Stati membri. Quanto all'efficacia concreta dell'art. 119, si deve ritenere che esso è efficace solo se i cittadini degli Stati membri possono fruire della parità di retribuzione e, pertanto, deve affermarsi che l'art. 119 ha efficacia diretta; il giudice nazionale deve applicarlo nell'amministrare la giustizia e gli organi esecutivi devono rispettarlo, specie nell'attività amministrativa diretta. La Comunità, secondo la Corte, non poteva limitare la propria funzione alla realizzazione dell'unità economica ma «doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come d'altronde era sottolineato nel preambolo del Trattato CE». Va, quindi, riconosciuto alle pronunzie

¹⁶⁸ Corte Giust. 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne v. Sabena*, Racc. 1976, 455; nella *Defrenne I*, la vicenda riguardava una assistente di volo e la previsione della cessazione del rapporto di impiego al compimento del quarantesimo anno di età, non prevista per gli uomini e la Corte aveva escluso tale corollario come la previsione di un principio generale di uguaglianza immediatamente applicabile tra le parti.

in tema di parità di trattamento tra uomini e donne, a partire dalla *Defrenne II*, il merito di aver significativamente influito sulla transizione dell'ordinamento comunitario da una visione prettamente economica ad una più significativamente lavoristica e sociale. Da quel momento il principio di uguaglianza ha vissuto una intensa ed inarrestabile stagione di affinamenti che ne hanno fatto l'asse portante dell'Unione.

1.2. Il 19 aprile scorso, a poco più di venti anni di distanza dalla sentenza del 31 maggio 1996 *Dansk Industri*¹⁶⁹, la Corte di giustizia, tornando ad occuparsi di una questione pregiudiziale sorta in una controversia coinvolgente ancora una volta la Confederazione dell'industria danese¹⁷⁰, ha portato a compimento quel percorso in tema di uguaglianza che aveva trovato la sua *akmé* nella sentenza *Kücükdeveci*¹⁷¹ del 2010 e nella giurisprudenza coeva e successiva.

Singolare e significativa coincidenza: nel 1996 la Corte (fra i giudici anche Federico Mancini) su una questione che vedeva appunto protagonista la *Dansk Industri* – che agiva per conto della Royal Copenhagen – era chiamata ad occuparsi dell'interpretazione dell'art. 119 del Trattato e della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile. Venti anni dopo, di nuovo protagonista la Confederazione dell'industria danese, di nuovo una questione di discriminazione, anche se sotto il profilo di più recente conio dell'età.

La decisione del 1996, pur passata sotto silenzio, si rivela un analitico compendio dei principi fino a quel momento enucleati nell'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia in materia di direttive antidiscriminatorie e consente, quindi, di prendere l'avvio per procedere nel dedalo della tutela antidiscriminatoria europea.

La vicenda verteva sull'applicabilità dell'art. 119 del Trattato in tema di parità retributiva ai lavoratori a cottimo. In particolare, alle dipendenze della Royal Copenhagen, c'erano macchinisti, addetti alla produzione dei prodotti in porcellana e 156 verniciatori di porcellana azzurra: tra questi ultimi, un solo uomo.

La parità di trattamento retributiva, la "madre" di tutte le parità nell'ambito del sistema dell'Unione, rappresenta la base, il punto di partenza, da cui si è mosso l'ordinamento comunitario per arrivare a plasmare un principio generale di uguaglianza, sovraordinato e, per molti aspetti, immediatamente applicabile.

Nel primo caso *Dansk Industri* (quello del 1996), nell'interpretazione della Corte un ruolo centrale è stato riservato, come sempre avverrà in futuro, al giudice nazionale.

Con la sua prima questione, il giudice del rinvio aveva domandato se l'art. 119 del Trattato e la direttiva 2000/78 fossero applicabili a sistemi di retribuzione a cottimo, nei quali detta retribuzione dipende, completamente o essenzialmente, dal risultato individuale dell'attività del singolo lavoratore.

¹⁶⁹ Corte Giust. 31 maggio 1995, causa C- 400/93, *Dansk Industri*, in *Racc.* 1995, I, 1257.

¹⁷⁰ Corte Giust. 19 aprile 2016, causa C- 441/14 *Dansk Industri v. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, non ancora in *Racc.*

¹⁷¹ Corte Giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci v. Swedex*, C- 555/07, in *Racc.* 2010, I, 365,

Osservò la Corte che l'art. 119, terzo comma, lett. a), disponendo espressamente che la parità delle retribuzioni, senza discriminazione fondata sul sesso, implica che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura, prevede esso stesso che il principio della parità delle retribuzioni si applica a sistemi di retribuzione a cottimo. Richiamando, la precedente sentenza *Barber*¹⁷², la Corte sottolinea di aver già fatto osservare che l'art. 119 vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo generatore di tale ineguaglianza.

Tutto il prosieguo della decisione è un continuo richiamo ai compiti del giudice nazionale cui spetta, in primo luogo, valutare il rilievo che assume la quota fissa di base compresa nelle singole retribuzioni debba essere presa in considerazione.

È interessante notare come già in quella pronunzia, così risalente, emerga in modo chiarissimo lo stretto *trait d'union* fra attività interpretativa del giudice e piena realizzazione del principio di uguaglianza come principio fondamentale e, appunto, ordinatore della stessa Comunità.

In un sistema di retribuzioni a cottimo, la mera constatazione di una differenza nelle retribuzioni medie di due gruppi di lavoratori, calcolate sulla base delle retribuzioni complessive individuali di tutti i lavoratori dell'uno o dell'altro gruppo, non basta a dimostrare l'esistenza di una discriminazione in materia di retribuzione. Spetta al giudice nazionale, che è il solo competente a valutare i fatti, secondo la Corte, determinare se l'unità di misura applicabile all'attività lavorativa effettuata dai due gruppi di lavoratori sia identica, oppure, nel caso in cui i due gruppi svolgano lavori diversi ma considerati di uguale valore, se l'unità di misura sia obiettivamente tale da garantire retribuzioni nel loro complesso identiche. A questo punto, la Corte si occupa dell'onere della prova¹⁷³ e, richiamando la precedente giurisprudenza¹⁷⁴, afferma che, tuttavia, è ammessa l'inversione dell'onere della prova, gravante di regola sul lavoratore che promuove un giudizio contro il suo datore di lavoro per ottenere l'eliminazione della discriminazione di cui si considera vittima, quando ciò si rivela necessario per non privare i lavoratori di qualsiasi strumento utile a imporre l'osservanza del principio della parità delle retribuzioni. Pertanto, qualora un'impresa applichi un sistema di retribuzione caratterizzato da una totale mancanza di trasparenza, il datore di lavoro ha l'onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria, ove il lavoratore di sesso femminile dimostri, su un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile¹⁷⁵.

Spetta al giudice nazionale accertare se, tenuto conto in particolare di detti elementi e dell'entità delle disparità esistenti tra le retribuzioni medie di due gruppi di lavoratori, siano presenti nella causa principale i presupposti per operare una tale inversione dell'onere della prova. Qualora sia questo il caso, il datore di lavoro potrà dimostrare, ad esempio, che le disparità di retribuzione dipendono da differenze nella scelta, da parte dei lavoratori interessati, dei loro ritmi di lavoro.

¹⁷² Corte Giust. 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, Racc. I-1889, punto 32.

¹⁷³ Sul rapporto fra onere della prova e principi di proporzionalità ed effettività, R. Santagata De Castro, R. Santucci, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in Arg. dir. lav., 2015, 4-5, pt. 1, 820; si veda, altresì, A. Vallebona, *L'onere della prova delle discriminazioni*, Nota a sentenza Cassazione, sezione lavoro, 5 giugno 2013, n. 14206, in Mass. Giur. Lav., 2013, 10, 667.

¹⁷⁴ Corte Giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/92, *Enderby*, Racc. I-5535, punti 13 e 14.

¹⁷⁵ Corte Giust. 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund Danmark*, detta «Danfoss», Racc. I, 3199, punto 16.

Il giudice nazionale, che è il solo competente a valutare i fatti, deve conseguentemente accertare se, tenuto conto degli elementi di fatto concernenti la natura dei lavori effettuati e le condizioni in cui essi sono svolti, si possa loro attribuire un valore uguale oppure se detti elementi possano essere ritenuti fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, tali da giustificare eventuali disparità di retribuzione.

2. Principio di uguaglianza, obbligo di interpretazione conforme, effetto utile.

2.1. Nella già richiamata sentenza *Marshall*, i giudici di Lussemburgo, con inversione di rotta rispetto agli spiragli aperti con *Grad*¹⁷⁶ e *Sace*¹⁷⁷, del 1970, in cui avevano applicato per la prima volta la nozione di “effetti diretti” ad atti di diritto comunitario derivato diversi dai regolamenti, trasponendo il principio cardine introdotto da *Van Gend & Loos*¹⁷⁸, negano che la direttiva, per sé sola, possa spiegare effetti orizzontali e, tuttavia, al contempo, ne autorizzano la azionabilità nei confronti dello Stato membro, indipendentemente dal fatto che lo stesso agisca in qualità di datore di lavoro o di pubblica autorità.

L'inequivoca estensione alle direttive degli effetti diretti dovrà attendere il 1974, con il caso *Van Duyn*¹⁷⁹ che, per la prima volta, affronta il tema dell'efficacia di una direttiva autonomamente considerata, svincolata dall'attuazione di decisioni precedenti o di norme del Trattato, confermando l'esistenza del principio dell' “effetto utile” e la possibilità che si producano effetti diretti così come identificati in *Van Gend & Loos*¹⁸⁰.

Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 9 gennaio 2008 nella causa *Impact*¹⁸¹ avente ad oggetto la direttiva concernente i rapporti di lavoro a tempo determinato ed in particolare l'utilizzazione abusiva di una successione di tali contratti, si afferma, fra l'altro, che “... i divieti di discriminazione rappresentano uno dei classici casi applicativi dell'efficacia diretta del diritto comunitario. Ciò è vero non solo per i divieti di discriminazione sanciti nel diritto primario (in particolare nelle libertà fondamentali e in norme quali l'art. 141 CE), bensì anche per taluni divieti che il legislatore comunitario ha stabilito nel diritto derivato, soprattutto in alcune direttive aventi ad oggetto normative del lavoro o sociali”.

A partire dalla nota sentenza *Von Colson*¹⁸², tuttavia, ci si è avveduti del fatto che è sugli operatori del diritto che grava l'impegno più difficile e delicato, quello di “conciliare l'inconciliabile” (per usare l'icastica espressione dell'avvocato generale Pöiares Maduro nelle conclusioni della causa *Arcelor Atlantique et Lorraine*) che consiste, sempre più frequentemente, nel complesso compito di rendere compatibile, in via interpretativa, il contesto normativo interno con l'assetto europeo.

L'attenzione degli interpreti si è spostata, quindi, dall'effetto diretto all'interpretazione conforme.

¹⁷⁶ Causa 9/70, *Franz Grad v. Finanzamt Traunstein*, Racc., 825.

¹⁷⁷ Causa 33/70, *Sace*, Racc., 1213.

¹⁷⁸ Corte Giust. 15 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, Racc., 3.

¹⁷⁹ Corte Giust., 4 dicembre 1974 causa 47/74, cit.

¹⁸⁰ Laddove la Comunità ha imposto agli Stati membri, mediante direttiva, il perseguimento di una specifica linea di condotta l'effetto utile di tale atto sarebbe indebolito se gli individui non potessero adire il giudice nazionale competente e a questo fosse impedito di considerare la direttiva come parte del diritto comunitario.

¹⁸¹ Causa C-268/06.

¹⁸² Corte di Giust., 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann c. Land Renania del Nord-Westfalia*, in Foro it., 1985, IV, 59.

Si tratta di una estrinsecazione della primazia, da cui discende direttamente¹⁸³, e della leale collaborazione; essa è “effetto strutturale”¹⁸⁴ della norma comunitaria, in quanto diretta ad assicurare il continuo adeguamento¹⁸⁵ del diritto interno al contenuto ed agli obiettivi dell’ordinamento comunitario.

L’interpretazione conforme¹⁸⁶ è inerente al sistema del Trattato e si estende all’ordinamento nazionale nel suo complesso (persino ai contratti collettivi come affermato dalla Corte di Giustizia in *Pfeiffer*¹⁸⁷).

I giudici nazionali sono tenuti ad interpretare le norme prodotte dal proprio ordinamento in base ai principi del diritto dell’Unione e non solo in base alle norme nazionali: l’affermazione della Corte è che l’obbligo di interpretazione conforme delle disposizioni concernenti una materia in cui sia intervenuta una normativa comunitaria riguarda non solo le norme emanate in applicazione della stessa ma anche quelle di origine interna, anteriori o posteriori all’adozione dell’atto comunitario.

Più in generale, si è distinto¹⁸⁸ tra *conforming interpretation*, quale obbligo di interpretare il diritto interno emanato in attuazione di una direttiva in conformità della direttiva stessa; *indirect effect*, rilevante solo per il caso di mancata attuazione di una direttiva ed estrinsecantesi nell’obbligo di interpretare tutte le norme interne in conformità alla lettera e allo scopo della direttiva e infine *Grimaldi effect*, con riferimento all’obbligo, per il giudice nazionale, di tener conto delle stesse raccomandazioni che siano chiarificatrici rispetto all’interpretazione di altre disposizioni.

La rilevanza ermeneutica delle direttive, quindi, non è limitata alla normativa interna in attuazione delle stesse ma si estende fino ad influenzare i casi in cui la normativa non esista o non sia direttamente applicabile.

¹⁸³ Cfr., in questi termini, le Conclusioni rassegnate dall’Avv. Generale Antonio Saggio in Corte Giust., 27-6-2000, C-240/98 e C-244/98, *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editoriales*, in Foro it., 2000, IV, 413.

¹⁸⁴ A. Tizzano, Conclusioni in Corte Giust. 22 novembre 2005, C-144/04 cit.

¹⁸⁵ Sulla estensione della capacità conformatoria del diritto interno da parte del diritto comunitario, si veda S. Prechal, *Directives in EC law* cit.

¹⁸⁶ Molteplici sono i contributi dottrinari in materia. Fra gli altri, a titolo meramente indicativo: S. Prechal *Directives in EC law*, Oxford, 2005; D. Simon, *La directive européenne*, Paris, 1997; De Burca, *Giving effect to European Community Directive*, *Modern law review*, 1992, 215; Cretine, *L’applicabilité directe en droit interne des dispositions des directives communautaires*, *Gazette du Palais*, 1971; R. Conti, L’interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sopranazionali, in www.europeanright.eu; V. Piccone, *L’interpretazione conforme*, in *Scritti in onore di G. Tesauro*, 2015; V. Piccone, *L’interpretazione conforme nell’ordinamento integrato*, in *Il Diritto Europeo nel dialogo tra le Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Giuffrè, 2013; M. Ruvolo, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, *Eur.dir.priv.*, 2006, 4; S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni* (Milano 2002), Id. *L’efficacia obiettiva delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati: Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linton e Unilever*, *Dir. Un. Eur.*, 2001, 1, p.95; R. Cafari Panico, *Per un’interpretazione conforme*, *Dir. Pubbl. Comparato Europeo*, 1999, I, p. 383 ss.; L. Ronchetti, *Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive non trasposte*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, pp.415-448; L. Scambiato, *Considerazioni in tema di efficacia “orizzontale” delle direttive alla luce delle sentenze 1271/95 e 2275/95 della Corte di Cassazione e della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, p.1027 ss; M. Orlandi, *Inapplicabilità delle direttive nei rapporti tra privati e responsabilità degli Stati per inadempimento. Considerazioni in margine alla sentenza “Paola Faccini Dori c. Recreb s.r.l.”* nota a Corte Giust. 14.7.1994, C-91/92, *Giur. Merito*, 1995, 3, p. 438.

¹⁸⁷ Corte Giust. 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 – C403/01, *Pfeiffer*, cit.

¹⁸⁸ G. Betlem, *The principle of indirect effect of Community law*, in *European Review of Private Law*, 1995, 4 ss.

2.2. A ben vedere, i giudici di Lussemburgo, nell'esercizio della loro funzione di nomofilachia comunitaria, hanno iniziato molto presto ad esplicitare l'obbligo di interpretazione conforme: già nel 1984 con la richiamata sentenza *Von Colson*¹⁸⁹ la Corte sanziona l'impegno per tutti gli organi degli Stati membri, *ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali*, di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva, come pure l'obbligo imposto dall'art. 5 del Trattato¹⁹⁰ (poi 10, ore 4 TUE) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale impegno.

L'interpretazione conforme, infatti, si estrinseca nell'obbligo gravante su tutti gli interpreti del diritto nazionale *di prendere in considerazione tutte le norme del diritto interno – ed utilizzare tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti- per addivenire ad un risultato conforme a quello voluto dall'ordinamento comunitario*¹⁹¹.

Nella elaborazione giurisprudenziale comunitaria, molta strada è stata fatta da quando la Corte, nel 1963¹⁹², proclamava il principio degli effetti diretti del Trattato, quale fonte di diritti per singoli azionabili dinanzi alle Corti degli Stati membri. Passando per l'affermazione dell'obbligo di interpretazione della normativa interna in conformità alle direttive comunitarie come operante *"as far as possibile"*¹⁹³ la Corte ha poi confermato, (prima nella discussa *Mangold*¹⁹⁴ ma poi, in *Kücükdeveci*¹⁹⁵ e, oggi, soprattutto, in *Dansk Industri*¹⁹⁶) il proprio ruolo primario di interprete privilegiato¹⁹⁷ nella elaborazione del sistema comunitario di diritti fondamentali¹⁹⁸, giungendo a statuire che di fronte ad un principio generale del diritto comunitario, quale il *metapprincipio* di uguaglianza e non discriminazione, che riveste una portata del tutto particolare, sovraordinata ed immediatamente applicabile, si impone la disapplicazione della normativa interna confliggente, a prescindere dalla vincolatività della norma comunitaria invocata.

In definitiva, la funzione del giudice nazionale come giudice dell'Unione implica che ad esso sia demandata la delicata funzione di garantire la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno: *«...una corretta applicazione del principio della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno così come l'esigenza di garantire una uniforme applicazione delle norme comunitarie comportano che le direttive non recepite, una volta scaduto il termine per la loro attuazione nel*

¹⁸⁹ Corte di Giust., 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann c. Land Renania del Nord-Westfalia*, cit.

¹⁹⁰ Sull'uso che è stato fatto dell'art.5, J. Temple Lang, *Community Constitutional Law*, in *PL*, Spring 1993, 155.

¹⁹¹ Pfeiffer cit. ove si sottolinea l'obbligo per il giudice nazionale di prendere in considerazione tutte le norme interne ed utilizzare tutti i "metodi di interpretazione ad esso riconosciuti" per addivenire ad un risultato conforme alla direttiva.

¹⁹² Corte Giust. Causa 26/62, *Van Gend en Loos*, cit.

¹⁹³ Corte Giust. 13 novembre 1990, causa C- 106/89, *Marleasing*.

¹⁹⁴ Corte Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, cit.

¹⁹⁵ Corte Giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci v. Swedex*, cit.

¹⁹⁶ Corte Giust. 19 aprile 2016, causa C- 441/14 *Dansk Industri*, cit.

¹⁹⁷ *"Comparable with the role of the Supreme Court of United States of America"* secondo Schermes e Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, V ed., Deventer, 1992.

¹⁹⁸ V., per una ricostruzione del processo della c.d. incorporation quale strumento da cui è derivata la prevalenza statunitense del Bill of rights federale sulle affermazioni dei diritti contenuti nelle Costituzioni statali, L.Azzena *Ai Confini del favor rei*, in *Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P.Veronesi (a cura di), Giappichelli, 2005; per una ricostruzione dell'iter che ha condotto i diritti fondamentali a diventare il "baricentro" del dialogo tra le Corti Europee mi sia consentito rinviare a V. Piccone, *L' "internazionalizzazione" dei diritti umani*, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti. Istituzioni. Politiche*, Ediesse, 2009.

diritto interno possano produrre l'effetto di escludere l'applicazione della regola nazionale difforme anche qualora, per mancanza di precisione o perché non direttamente efficaci nei rapporti "orizzontali", non attribuiscono ai singoli diritti invocabili in giudizio»¹⁹⁹.

3. L'interpretazione conforme e il divieto di discriminazione per età.

3.1. L'età è un «criterio fluido»²⁰⁰, un «elemento in una sequenza» e dunque la «discriminazione in base all'età può essere graduata»²⁰¹; essa «non definisce un gruppo fisso e ben definito»²⁰² e la sua individuazione, pertanto, costituisce una indagine complessa²⁰³.

In *Mangold*²⁰⁴ l'interpretazione conforme impone all'interprete di accantonare la norma interna speciale incompatibile a vantaggio della regola generale²⁰⁵ in forza dell'obbligo per il giudice nazionale di offrire *“un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario”*²⁰⁶, pur in presenza di una direttiva il cui termine per la trasposizione non sia ancora scaduto.

Con tale pronuncia la Corte, pur occasionalmente passando attraverso la normativa “quadro” di cui alla direttiva 2000/78, che vieta, tra l'altro, le discriminazioni in ragione dell'età, giunge per la prima volta ad affermare che il principio comunitario di non discriminazione ha natura sovraordinata, incondizionata ed immediatamente applicabile.

Non è, tuttavia, la direttiva inattuata a trovare un'impossibile applicazione in luogo della norma interna incompatibile; nella interpretazione *ad excludendum* fornita dai giudici di Lussemburgo, venuta meno la norma discriminatoria, l'opera di uniformazione giudiziale consente il rispetto del principio di uguaglianza per effetto della riespansione della norma generale.

Nonostante l'effetto finale sia quello di determinare la disapplicazione rispetto ad una norma non dotata di efficacia diretta, nondimeno, l'approdo è reso possibile dal passaggio attraverso il principio generale di uguaglianza.

¹⁹⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Saggio presentate il 16 dicembre 1999 nelle cause riunite da C-240/98 a C- 244/98, Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA contro Rocio Marciano Quintero e al.

²⁰⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale del 23 settembre 2008, causa C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing*, punto 74.

²⁰¹ Conclusioni dell'Avvocato generale del 15 febbraio 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa*, punto 61.

O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, p. 130.

²⁰³ «Il concetto di discriminazione sulla base dell'età deve essere interpretato in modo ampio; dovrebbero perciò considerarsi vietate sia la discriminazione assoluta (il trattamento meno favorevole riservato ad un soggetto in ragione della sua età) che quella relativa (“il trattamento meno favorevole riservato all'individuo A a causa del fatto che egli ha un certo numero di anni in più (o in meno) rispetto all'individuo B o al gruppo di individui C” o “il trattamento meno favorevole riservato a E ed F (una coppia di individui considerati unitariamente) a causa del fatto che la differenza di età all'interno di detta coppia è superiore o inferiore alla differenza di età all'interno di altra analoga coppia di individui » (conclusioni dell'Avvocato generale del 22 maggio 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, punto 96).

²⁰⁴ Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, su cui mi sia consentito rinviare a V. Piccone, S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, Foro it., 2006, IV, 342.

²⁰⁵ L'art. 14, n.3 del TzbfG, oggetto di indagine, non richiedeva l'esistenza di una ragione obiettiva per l'apposizione di un termine al contratto di lavoro qualora il lavoratore, all'inizio del rapporto, abbia compiuto 58 anni; la c.d. legge Hartz (23 dicembre 2002) aveva stabilito che, sino al 31 dicembre 2006, l'età di 58 anni doveva essere sostituita da quella di 52 anni.

²⁰⁶ Così Pfeiffer, cit.

In *Mangold*, quindi, si impone una ancora più incisiva declinazione del principio di collaborazione sancito dall'art. 10 TCE, oggi art. 4 TUE: diventa obbligatorio per l'interprete disapplicare la legge nazionale contrastante con un principio generale anche in presenza di una direttiva il termine per la cui trasposizione non sia ancora scaduto.

3.2. Nella successiva *Cordero Alonso*²⁰⁷ la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi su quesiti pregiudiziali relativi all'interpretazione della direttiva del Consiglio del 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, ha affermato che le istituzioni amministrative e giurisdizionali, nell'applicare la normativa comunitaria sono *"vincolate al principio dell'uguaglianza dinanzi alle legge e al divieto di discriminazione risultante dal diritto comunitario, con la portata precisata dall'interpretazione fornita dalla Corte"* e che ciò vale altresì qualora *"la normativa nazionale di cui trattasi, secondo la giurisprudenza costituzionale dello Stato membro interessato, è conforme a un diritto fondamentale analogo riconosciuto dall'ordinamento giuridico nazionale"*.

Si impone, quindi, una declinazione del principio di collaborazione sancito dall'art. 4 TUE in chiave di non applicazione²⁰⁸ della legge nazionale contrastante con un principio generale anche qualora la giurisprudenza costituzionale dello Stato sia conforme a un diritto fondamentale analogo riconosciuto dall'ordinamento interno. Nel tempo, quel principio ha assunto una forza ed una portata dirompenti facendo del principio di uguaglianza, *sub specie* di divieto di discriminazione per età la punta di diamante nella tutela dei diritti fondamentali assicurata dalla Corte di Giustizia.

4. La sentenza *Kucukdeveci* fra giudice nazionale e giudice comunitario.

4.1. Vediamo le novità introdotte sul tema da *Kucukdeveci*. La ricorrente, alle dipendenze della Swedex, contestava il proprio licenziamento, sostenendo che il termine di preavviso nei suoi confronti avrebbe dovuto essere di quattro mesi a decorrere dal 31 dicembre 2006, in applicazione dell'art. 622, n. 2, primo comma, punto 4, del BGB. La lesione lamentata consisteva nella previsione della disciplina tedesca secondo cui, per il calcolo della durata del termine di preavviso non sono presi in considerazione i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età, previsione ritenuta misura di discriminazione in base all'età contraria al diritto dell'Unione e, pertanto, da disapplicare.

Il giudice tedesco sospendeva il procedimento sottoponendo alla Corte due questioni.

Con la prima, veniva chiesto se la normativa in esame costituisse una disparità di trattamento in base all'età, vietata dal diritto dell'Unione.

Con la seconda, veniva chiesto quali fossero le conseguenze dell'incompatibilità tra la disciplina nazionale e quella dell'Unione, in particolare se fosse possibile disapplicare la disposizione nazionale in una controversia tra privati²⁰⁹.

²⁰⁷ Corte Giust. 7 settembre 2006, causa C-81/05.

²⁰⁸ "Disapplicazione" in *Simmenthal*, 9 marzo 1978, causa 106/77.

²⁰⁹ Nell'ambito della seconda questione veniva, altresì, chiesto se il giudice nazionale avesse l'obbligo di adire in via pregiudiziale la Corte prima di poter disapplicare una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario. Quesito al quale la Corte risponde ricordando che trattasi di facoltà e non di obbligo (punto 54).

Secondo la prospettazione dell'avvocato generale Yves Bot, la normativa rilevante per la fattispecie era da individuarsi nella direttiva 2000/78 perché, tra l'altro, «i fatti all'origine della controversia sono avvenuti dopo la scadenza del termine di cui ha beneficiato la Repubblica federale di Germania per trasporre la direttiva».

Nelle conclusioni si legge che la causa ha come oggetto solo l'esclusione di una disposizione nazionale incompatibile con la direttiva 2000/78 (l'art. 622, n. 2, ultima frase, del BGB), allo scopo di consentire al giudice nazionale di applicare le restanti disposizioni di tale articolo, nella specie, i termini di preavviso determinati sulla base della durata del rapporto; pertanto, si conclude che l'accoglimento di tale tesi non impone alla Corte di ritornare sulla sua giurisprudenza relativa all'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive²¹⁰.

L'avvocato generale invita la Corte a «*seguire un percorso più ambizioso*» richiamando le affermazioni contenute nella sentenza *Mangold*.

Il principio di non discriminazione fondata sull'età, in quanto strettamente collegato alla direttiva 2000/78, nell'interpretazione dell'avvocato generale, consente al giudice nazionale di disapplicare ogni contraria disposizione di legge nazionale anche in una controversia che vede contrapporsi due privati.

Fulcro della decisione diventa a questo punto (così perfezionandosi l'approdo di *Mangold*), il principio generale del diritto dell'Unione che vieta ogni discriminazione in base all'età, principio che esiste «per forza propria»; anche se poi è invero nella direttiva 2000/78 che ne è concreta espressione.

Entra in gioco, a questo punto, il giudice nazionale cui spetta il compito di «*assicurare (...) la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge*» (punto 51).

Il principio generale di non discriminazione che, secondo la Corte, è applicazione del principio generale della parità di trattamento, «*trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*» e viene, poi, consacrato nell'art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, in virtù dell'art. 6, n. 1, TUE ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Il principio di uguaglianza, a chiare lettere, viene definito principio generale dell'Unione. Quel principio, ove non fosse stato abbastanza chiaro in *Mangold*, trova solo «specificazione», secondo la Corte, nella direttiva 2000/78. Come si è visto, il corollario era già stato espresso in termini simili, con riguardo all'art. 119 del Trattato, nelle sentenze *Defrenne*²¹¹ e *Jenkins*²¹². Ma in *Kücükdeveci*, il principio generale di uguaglianza si spinge fino alle più ardite conseguenze, quelle che poi condurranno alla giurisprudenza *Dansk Industri*.

²¹⁰ Sul delicato punto, in relazione all'opzione *Mangold*, Pignataro, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata* (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE), in *Diritto del lavoro dell'Unione europea* (a cura di Carinci, Pizzoferrato), 2010, Milano, pag. 427.

²¹¹ Corte Giust. 8 aprile 1976, C-43/75.

²¹² Corte Giust. 31 marzo 1981, C- 96/80.

4.2. Di nuovo al centro, è il giudice nazionale.

La Corte non lascia adito a dubbi: il giudice nazionale rappresenta l'anello centrale della catena interpretativa qualora sia investito di una controversia tra privati; l'obbligo di garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età - quale concretamente derivante dalla direttiva 2000/78 ma come espressione di un principio generale del diritto comunitario, sovraordinato, orizzontale ed immediatamente applicabile – gli imporrà di disapplicare, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio²¹³.

L'interpretazione conforme ha ormai assunto la netta conformazione di strumento di chiusura: essa è un imprescindibile obbligo per l'interprete ma è anche metodo conservativo, perché ogni qualvolta non possa farsi ricorso ad essa e sussista una normativa confliggente, scatterà l'obbligo di disapplicazione della regolamentazione interna per applicare quella comunitaria nella sua interezza e tutelare i diritti che questa riconosce ai singoli.

La Corte, nella parte finale della sentenza, conclude affermando che «è compito del giudice nazionale (...), assicurare (...) la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge» (punto 51).

Registrata la parziale inidoneità dei concetti di primazia e disapplicazione, si è ormai definitivamente intensificato il ricorso all'interpretazione conforme come strumento di composizione del sistema; essa, nella più recente evoluzione, "sfuma" di nuovo nella disapplicazione, nell'intento chiarissimo di assicurare definitivamente il rispetto di quel sovraordinato principio di uguaglianza al centro dello scenario giurisdizionale europeo.

L'interpretazione conforme va condotta su binari estremi conseguenze e, cioè, fino a determinare la disapplicazione ogni qualvolta l'esito adeguatore non sia scontato.

5. Il caso Dansk Industri.

5.1. Nella Grande Sezione del 19 aprile scorso, *Dansk Industri*, spostando sempre più l'asse della sua analisi dal piano della *teoria delle fonti* a quello della *teoria dell'interpretazione*, la Corte ha completato il processo di consolidamento dei poteri del giudice nazionale nell'applicazione del principio di uguaglianza, sovraordinato ed immediatamente applicabile, anche nei rapporti fra privati, potenziando in un *crescendo* l'affermazione di quella che potrebbe essere definita una *giustizia costituzionale europea*.

Nella recentissima decisione, la vicenda riguarda il sig. Rasmussen, licenziato il 25 maggio 2009 dalla Ajos, suo datore di lavoro, all'età di 60 anni. Alcuni giorni dopo il licenziamento, egli aveva presentato a tale impresa le sue dimissioni convenendo con la stessa che avrebbe lasciato il lavoro alla fine del mese di giugno 2009 nella previsione della prossima assunzione – poi avvenuta – da parte di altra impresa.

²¹³Ancora una volta, nelle pronunzie della Corte, il principio generale dell'ordinamento comunitario di non discriminazione è intimamente correlato all'attività interpretativa giurisdizionale, tenuta a conformare l'ordinamento interno al risultato voluto da quello sovranazionale ed in caso di risultato infruttuoso, a spingersi fino alla disapplicazione della norma interna contrastante.

Ricordando che si tratta, nel caso di specie, di una controversia tra privati, nel cui contesto non sarebbe possibile riconoscere un effetto diretto alle disposizioni della direttiva 2000/78, e che un'interpretazione dell'articolo 2a, paragrafo 3, della legge relativa ai lavoratori subordinati che sia conforme al diritto dell'Unione sarebbe contraria alla giurisprudenza nazionale, il giudice del rinvio si domanda se il principio generale del diritto dell'Unione relativo al divieto di discriminazioni in ragione dell'età possa essere evocato da un lavoratore subordinato nei confronti del suo datore di lavoro privato, onde obbligare quest'ultimo al pagamento di un'indennità di licenziamento prevista dal diritto interno, anche quando detto datore di lavoro, conformemente al diritto nazionale, sia esentato da tale pagamento. È lo stesso giudice nazionale che richiama la giurisprudenza pregressa della Corte di Giustizia onde stabilire se, qualora la direttiva non dovesse accordare una tutela più ampia rispetto al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, tale principio possa, come risulterebbe dalle sentenze *Mangold* e *Kücükdeveci*, essere applicato direttamente nei rapporti tra privati e in che modo la sua applicazione diretta debba essere bilanciata con il principio della certezza del diritto nonché con quello della tutela del legittimo affidamento, suo corollario.

5.2. La Corte esordisce affermando che il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, che la direttiva 2000/78 esprime concretamente, trova la sua fonte, come risulta dai considerando 1 e 4 di detta direttiva, in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri²¹⁴. Dalla giurisprudenza della Corte risulta altresì che tale principio, ora sancito all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione. Confermando, poi, quanto già chiarito in *Kücükdeveci*, i giudici di Lussemburgo affermano che la direttiva 2000/78 non sancisce di per sé il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, ma ne rappresenta concreta espressione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Poiché la legislazione tedesca ha escluso una intera categoria di lavoratori dalla indennità di cui trattasi, ad esso si applica la normativa sulle condizioni di lavoro e, quindi, secondo la Corte, la vicenda ricade nel cono d'ombra del diritto dell'Unione e nel principio generale della non discriminazione in ragione dell'età.

La seconda questione investiva, come accennato, la possibilità per il giudice nazionale di “bilanciare” il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento e di concludere che occorre far prevalere i secondi sul primo. In tali circostanze, il giudice del rinvio s'interroga altresì sulla questione se, in occasione di tale ponderazione, esso possa o debba tener conto del fatto che gli Stati membri hanno l'obbligo di risarcire il danno causato ai privati dalla trasposizione inesatta di una direttiva, quale la direttiva 2000/78. La Corte non può che richiamare la propria giurisprudenza costante secondo cui, quando sono chiamati a dirimere una controversia tra privati nella quale la normativa nazionale di cui trattasi risulti contraria al diritto dell'Unione, i giudici nazionali devono assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle disposizioni

²¹⁴ Il richiamo è alle più volte citate sentenze *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709, punto 74, e *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, punti 20 e 21.

del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia²¹⁵. I giudici di Lussemburgo chiariscono definitivamente che, se è vero che con riferimento a una controversia tra privati, la giurisprudenza di Lussemburgo ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti²¹⁶, nondimeno, l'obbligo per gli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato previsto da quest'ultima, così come il loro dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, s'impongono a tutte le autorità degli Stati membri, comprese, nell'ambito delle loro competenze, quelle giurisdizionali²¹⁷. Con una riproduzione fedele del disposto della più volte richiamata sentenza *Pfeiffer*, allora, la Corte afferma che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva di cui trattasi, onde conseguire il risultato fissato da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE. Certamente, la Corte ha precisato che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale conosce limiti. In tal senso, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al diritto dell'Unione nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto interno trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale²¹⁸. Tuttavia, l'esigenza di un'interpretazione conforme include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva²¹⁹. Conseguentemente, il giudice del rinvio non può, nel procedimento principale, validamente ritenere di trovarsi nell'impossibilità di interpretare la disposizione nazionale di cui trattasi conformemente al diritto dell'Unione per il solo fatto di aver costantemente interpretato detta disposizione in un senso che è incompatibile con tale diritto.

La Corte richiama, a questo punto, il punto 47 della sentenza *Association de médiation sociale*²²⁰ affermando che da essa risulta che il principio della non discriminazione in ragione dell'età conferisce ai privati un diritto soggettivo evocabile in quanto tale che, persino in controversie tra privati, obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali ad esso non conformi.

Pertanto, secondo la Corte, anche nel caso di specie, qualora ritenga di trovarsi nell'impossibilità di assicurare un'interpretazione conforme della disposizione nazionale di cui trattasi, il giudice del rinvio dovrà disapplicare tale norma. Inoltre, osserva la Corte, il principio del legittimo

²¹⁵ V., in particolare, sentenze *Pfeiffer e a.*, cit. cause da C-397/01 a C-403/01, punti 113 e 114, nonché *Kücükdeveci*, cit. C-555/07, punto 48.

²¹⁶ V., in particolare, sentenze *Marshall*, cit., 152/84, punto 48; *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, punto 20, nonché *Pfeiffer e a.*, cit., punto 108.

²¹⁷ V., in tal senso, in particolare, sentenze *Von Colson e Kamann*, cit. 14/83, punto 26, nonché *Kücükdeveci*, cit. C-555/07, punto 47.

²¹⁸ V. sentenze *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 100; *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punto 25, nonché *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punto 39.

²¹⁹ V., in tal senso, sentenza *Centroteel*, C-456/98, EU:C:2000:402, punto 17.

²²⁰ Corte Giust. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, cit.; per una interessante ricostruzione del rapporto fra diritti e principi nella Carta secondo l'elaborazione della Corte a partire da questa sentenza, D. Guðmundsdóttir, *A renewed emphasis on the Charter's distinction between rights and principles: Is a doctrine of judicial restraint more appropriate?* in *Common Market Law Review*, 2015, 3, 685.

affidamento non può giustificare l'applicazione di una norma nazionale contraria al principio di non discriminazione in ragione dell'età, come espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, in quanto ciò si tradurrebbe in una limitazione degli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché, per mezzo suo, detta interpretazione non troverebbe applicazione nel procedimento principale. Al di fuori di circostanze del tutto eccezionali, infatti, il diritto dell'Unione interpretato dalla Corte ai sensi dell'art. 267 deve essere applicato dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione, purché sussistano, peraltro, i presupposti per sottoporre ai giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detto diritto²²¹.

5.3. Il principio di uguaglianza, nell'interpretazione offerta da *Dansk Industri*, quindi, non è bilanciabile.

Il giudice rimettente aveva poi ritenuto di potersi esimere dal prendere una posizione netta a favore della applicabilità del diritto dell'Unione in luogo di quello nazionale, invocando la residua possibilità per l'interessato di far valere il proprio diritto al risarcimento del danno qualora non sia possibile addivenire ad un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva²²². La Corte, a chiare note, afferma che la possibilità per il lavoratore di chiedere un risarcimento ove il proprio diritto sia leso dal mancato adeguamento del legislatore nazionale alla normativa dell'Unione non può «rimettere in discussione» l'obbligo, per il giudice del rinvio, di privilegiare l'interpretazione del diritto nazionale che sia conforme (in questo caso) alla direttiva 2000/78 ovvero, qualora una siffatta interpretazione si rivelasse impossibile, di disapplicare la disposizione nazionale contraria al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età come espresso concretamente da detta direttiva, né portare tale giudice, nell'ambito della controversia di cui è investito, a far prevalere la tutela dell'affidamento del privato, nel caso di specie il datore di lavoro, che si sia conformato al diritto nazionale. Né il principio della certezza del diritto, né quello della tutela del legittimo affidamento né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possono incidere sull'obbligo per il giudice nazionale di assicurare un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva fino all'*extrema ratio* di disapplicare la norma interna ad essa contraria.

Centrale, ancora una volta, l'onere che grava sul giudice nazionale di assicurare la conformità dell'ordinamento interno a quello dell'Unione, la cui primazia viene riaffermata in tutta la sua portata.

Nelle conclusioni presentate dall'Avv. Gen. Juliane Kokott il 31 maggio 2016 nella causa C- 157/15, *Achbita*, l'impegno del giudice viene ulteriormente definito anche in termini di equa ponderazione degli interessi in gioco, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti nel caso concreto. Nel valutare la legittimità della statuizione datoriale inerente il divieto di utilizzazione

²²¹ V., in particolare, sentenza *Gmina Wrocław*, C-276/14, EU:C:2015:635, punti 44 e 45 nonché giurisprudenza citata. La Corte precisa, altresì, sulla base della sua giurisprudenza *Barber e Defrenne*, che la tutela del legittimo affidamento non può, comunque sia, essere evocata per negare al privato che ha intrapreso l'azione che ha portato la Corte a interpretare il diritto dell'Unione in senso ostativo alla norma di diritto nazionale di cui trattasi il beneficio di tale interpretazione.

²²² Il richiamo è a sentenze *Francovich e a.*, C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, punto 33, nonché *Brasserie du pêcheur e Factortame*, C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, punto 20.

del velo sul luogo di lavoro, l'Avvocato generale disinnesci anche il rischio di temibili incursioni nella vischiosa tematica dei controllimiti. La laicità dello Stato, invocata dalla Francia in relazione all'obbligo dell'Unione, sancito all'art. 4, parag. 2, TUE, di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, gioca un suo ruolo, ma solo nel senso di rappresentare uno dei parametri secondo i quali valutare l'ammissibilità del divieto. Nella valutazione dell'Avvocato Generale centrale è la neutralità religiosa voluta dalla società datrice, neutralità che non lede il *forum internum* né il *forum externum* se, come nel caso di specie, riguarda tutti i lavoratori e tutte le religioni. Determinante il contenuto della direttiva che all'art. 2, parag. 2 lett. a) implica che una persona "sulla base della religione" sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata, o sarebbe trattata un'altra. Nel caso di specie, secondo la Kokott, il divieto coinvolge tutti i segni religiosi visibili e potrebbe riguardare un girocollo con una croce come una kippa o un sikh. Non v'è, quindi, discriminazione fra religioni. Ma è al giudice che spetta la composizione del sistema, nel temperamento fra la politica aziendale di neutralità religiosa ed ideologica e la tutela del sentimento religioso della lavoratrice. Nel controllo di proporzionalità, l'idoneità del divieto a conseguire la finalità perseguita, la necessità del divieto per tale finalità, l'assenza di pregiudizio eccessivo per i lavoratori rappresentano gli strumenti indispensabili per assicurare al giudice la verifica della finalità legittima di cui all'art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78.

5.4. Ponendo a confronto gli approdi sul principio di non discriminazione per età della sentenza *Kücükdeveci* con quelle della sentenza *Dansk Industri*, appare chiara l'ulteriore evoluzione cui ha provveduto la Corte di Giustizia: dalla facoltà di disapplicare qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale anche nelle controversie tra privati si passa all'obbligo di disapplicazione (« il Giudice nazionale...è tenuto»), qualora l'interpretazione conforme sia impossibile, senza che i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento o la possibilità per il privato di far valere le proprie istanze risarcitorie per violazione del diritto dell'Unione, possano frustrare il risultato voluto dal diritto medesimo in tema di parità di trattamento.

La singolare evoluzione dell'interpretazione conforme descrive una sorta di cerchio²²³... Si parte dalla primazia e dall'obbligo di disapplicazione come sancito in *Simmenthal* quale *extrema ratio* nell'ipotesi di incompatibilità fra norma interna e norma comunitaria, si passa attraverso una enfaticizzazione dell'interpretazione conforme, quale obbligo per il giudice nazionale di fare tutto ciò che rientra nelle proprie competenze per assicurare un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva (*Von Colson, Pfeiffer*) per arrivare ad una interpretazione conforme spinta fino alle sue estreme conseguenze e, cioè ad una interpretazione che, ancora una volta, "sfuma" nell'obbligo di disapplicazione ogni qualvolta non sia possibile addivenire ad un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva²²⁴.

²²³ Con riguardo alla sentenza *Dansk Industri*, di interpretazione conforme "energica" parla V. De Michele, in *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo*, in www.europeanrights.eu, 3, 2016.

²²⁴ Sul rapporto fra diritto dell'Unione e diritto costituzionale interno e sui poteri del giudice nazionale, sempre illuminanti le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nelle sue conclusioni del 27 aprile 2006 nella causa *Cordero Alonso*, poi accolte integralmente dalla sentenza della Cgue del 7 settembre 2006 ai punti 38-42: È infatti costante nella sua giurisprudenza l'affermazione secondo cui il giudice nazionale «ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli,

La tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 che, con l'avvento e l'acquisizione da parte della Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore giuridico dei Trattati, fornisce un significativo addentellato al principio di uguaglianza sancito nell'art. 21 - come chiarito in modo esemplare nella sentenza *Fuß* del 14 ottobre 2010- impone un impegno sempre più intenso al giudice nazionale come organo di base dello spazio giudiziario europeo.

Già con la sentenza *Association Belge des Consommateurs Test-Achats*²²⁵ del 1 marzo 2011 la Corte di Giustizia aveva raggiunto corollari fino a poco tempo prima non immaginabili²²⁶: rilevato il contrasto tra gli artt. 21 e 23 della Carta di Nizza e la norma del diritto dell'Unione europea che senza ragioni oggettive deroga al divieto di discriminazione per ragioni di sesso quale principio fondante del diritto comunitario, la Corte di giustizia, seguendo le indicazioni dell'Avvocato generale Kokott, ed esplicando il proprio ruolo di vero giudice costituzionale europeo, nella Grande Sezione del 1 marzo 2011, ha dichiarato illegittima ed annullato la disposizione dell'Unione (l'art. 5 della direttiva 2004/13) a decorrere dal 21 dicembre 2012.

Sembrava che la nomofilachia europea non potesse raggiungere un livello più elevato. Ma con il principio di uguaglianza la Corte è andata ancora oltre, segnando un percorso definitivo di supremazia dei divieti di discriminazione che sembrano porsi al di sopra ed oltre il sistema di individuazione delle tutele.

6. Lavoro intermittente e contratto di lavoro a tutele crescenti secondo il *Jobs Act*: la “compatibilità europea”.

6.1. Partendo dal presupposto che il principio di uguaglianza è andato traducendosi in un principio nodale, lo strumento portante per il controllo della giurisdizione da parte della Corte di Giustizia mediante il ricorso all'art. 10 (ex art. 5) TUE (oggi 228 TFUE), possiamo dire che esso rappresenta, ormai, un concetto *mainstreaming* del diritto europeo. Come è stato da più parti osservato²²⁷, il meccanismo di sospensione della *membership* previsto dall'art. 7 TUE si atteggia piuttosto come

disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna (...) senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». 41. D'altronde, proprio con riguardo alla materia in oggetto, la Corte ha poi ribadito, nella sentenza *Rodríguez Caballero*, che «il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria» [incompatibile con il principio generale di eguaglianza]

²²⁵ CGUE, Gr.Sez., sentenza 1 marzo 2011, causa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Conseil des ministres*.

²²⁶ L'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni presentate il 20 settembre 2010, aveva affermato che, se è vero che l'Unione europea è un'Unione di diritto, tuttavia «né le sue istituzioni né i suoi Stati membri sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla «carta costituzionale fondamentale» dell'Unione, quale risultante dai Trattati.» (punto 26). Pertanto, «il presupposto per la legittimità di tutti gli atti dell'Unione è il rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti umani. Infatti, l'Unione si fonda sui principi di libertà, di rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto (art. 6, n. 1, UE). Essa rispetta i diritti fondamentali quali garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto (art. 6, n. 2, UE). Un riepilogo dei diritti fondamentali garantiti a livello dell'Unione è contenuto attualmente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, n. 1, TUE). Anche per il periodo precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando la Carta non possedeva ancora alcuna efficacia giuridica vincolante analoga a quella del diritto primario, è possibile utilizzare tale atto quale strumento interpretativo ai fini della tutela dei diritti fondamentali a livello dell'Unione; ciò vale non da ultimo nell'ipotesi in cui venga in questione un atto giuridico nel quale lo stesso legislatore dell'Unione abbia fatto riferimento alla Carta, così come è avvenuto nel caso di specie al quarto 'considerando' della direttiva 2004/113» (punti 27 e 28).

²²⁷ Per tutti, U. Belavusau, *On age discrimination and beating dead dogs: Commission v. Hungary*, in *Common Market Law Review*, 2013, Issue 4, 1145; W. Sadursky, *Adding bite to a bark: the story of Article 7, EU enlargement, and Jörg Halder*, Cjel, 2010, 385.

una *extrema ratio*; d'altro canto, in ordine alle gravi violazioni dei diritti fondamentali, l'art. 7 TUE richiede l'unanimità di voto.

Nondimeno, dal punto di vista interno, non ci si può esimere dallo scandagliare, pur con brevissimi cenni, almeno due esempi della legislazione nazionale, osservandoli sotto la lente di ingrandimento del principio di uguaglianza come elaborato dalla Corte di Giustizia, per verificarne la "compatibilità comunitaria".

Lo facciamo esaminando, pur sommariamente, il lavoro intermittente e il contratto di lavoro a tutele crescenti secondo il *Jobs Act*.

6.2. Muoviamo dalla vicenda *Abercrombie & Fitch* che, dopo una pronunzia della Corte d'Appello di Milano²²⁸, è stata oggetto di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della Corte di Cassazione²²⁹.

Il ricorrente era stato assunto dalla società convenuta con "contratto a chiamata a tempo determinato" di iniziali quattro mesi e poi prorogato in relazione al fatto che alla data di assunzione aveva meno di 25 anni ed era disoccupato; dall'1/1/20012 il contratto c.d. "intermittente" era stato convertito in contratto a tempo indeterminato senza specificazione delle ipotesi legittimanti previste dal D.Lgs. 276/03; terminato il 26/7/2012 il piano di lavoro, il lavoratore non era stato più inserito nella programmazione e, a seguito di scambi di e-mail gli era stato comunicato che avendo egli compiuto 25 anni ed essendo venuto meno il requisito soggettivo dell'età, era da considerarsi cessato alla suddetta data. Il giudice di primo grado aveva ritenuto l'improponibilità delle domande di declaratoria di nullità e/o inefficacia del licenziamento intimato – con richiesta di condanna alle conseguenze di cui all'art. 18 St. Lav. - respingendo quelle dirette ad accertare la natura discriminatoria del comportamento tenuto dalla società e la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato ordinario a tempo indeterminato.

La Corte di appello di Milano ha accolto l'impugnazione ritenendo la proponibilità di tutte le domande avanzate²³⁰ sul presupposto che la domanda diretta ad accertare il comportamento discriminatorio della società resistente non era, in realtà, domanda avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento, che sarebbe stata assoggettata al rito speciale di cui alla l. n. 92/2012, bensì domanda diretta ad ottenere la rimozione degli effetti della discriminazione, le cui conseguenze erano quelle di cui all'art. 18 St. Lav. e, cioè, la rimessione in servizio. La Corte precisa, al riguardo, che la riforma Fornero non ha comportato un diverso assetto processuale, sostituendo ed assorbendo, con riguardo al tema della discriminazione nei casi di licenziamento, il rito sommario regolato dal D.Lgs. 150/11 che continua a mantenere efficacia nei casi ivi contemplati.

²²⁸ In *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, 534, con nota di commento di L. Calafà. Si vedano, altresì, L. Guaglianone, *Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età*, in *RGL*, 2014, 4, 613; G. Bonanomi, *I requisiti soggettivi nel contratto di lavoro intermittente. Disparità di trattamento o discriminazione per età?* in *Dir. rel. Ind.*, 2015, 2, XXV, 467.

²²⁹ Sez. Lav. Ord. 29 febbraio 2016, n. 3982.

²³⁰ Le controversie aventi ad oggetto la repressione di comportamenti discriminatori – con esclusione di quelli per genere, per i quali vige l'apposita azione modellata sul procedimento per la repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 38, D. lgs., 11 aprile 2006, n. 198 – sono assoggettate, ai sensi dell'art. 28, D. lgs. N. 150/2011, ad un apposito procedimento nelle forme del rito sommario di cognizione di cui all'art. 702 – bis del codice di rito; sul punto, G. Ficarella, *La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni dopo il decreto legislativo "taglia riti"*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2013, 1, 231).

Per quanto concerne il comportamento discriminatorio, la Corte sottolinea come l'unico requisito rilevante al momento dell'assunzione del ricorrente ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. 276/03 fosse quello anagrafico (meno di 25 anni o più di 45). Essa premette che la direttiva 2000/78/CE, al punto 25 delle premesse, rileva che il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione, ma che, tuttavia, in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate richiedendo disposizioni specifiche che possono variare a seconda della situazione degli stati membri con riguardo a giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, purché i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. La Corte milanese richiama a questo punto *Mangold e Kucukdeveci* nella parte in cui hanno statuito il carattere di principio generale del diritto comunitario della non discriminazione in ragione dell'età ed il compito del giudice nazionale di assicurare la tutela che il diritto comunitario attribuisce ai singoli. Essa sottolinea, altresì, come i giudici di Lussemburgo abbiano riconosciuto la possibilità per gli Stati membri di predisporre contratti divergenti da quelli ordinari a tempo determinato pur in presenza di profili svantaggiosi per il lavoratore, al fine di favorire l'occupazione di soggetti con difficoltà di accesso al lavoro, ma purché lo strumento utilizzato non fosse sproporzionato rispetto alla finalità da realizzare, richiedendo il rispetto del principio di proporzionalità che qualsiasi deroga ad un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con il fine perseguito²³¹.

Il pregnante riconoscimento dei divieti di discriminazione come espressione di un principio generale di uguaglianza, quale sancito soprattutto dalla seconda decisione con il suo richiamo all'art. 6 TUE e alla Carta di Nizza fa sì, secondo la Corte, che il principio di uguaglianza viva "di una vita propria" che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri. Osserva ancora la Corte di Milano come dalla natura precisa ed incondizionata di tale principio discenda la conseguenza che anche le specificazioni del principio stesso possano spiegare i propri effetti su tutti i consociati ed essere, dunque, invocate dai privati verso lo Stato nonché verso altri privati.

La Corte di Giustizia, infine, precisa la Corte, ha evidenziato che l'art. 6 della direttiva 2000/78 impone, per rendere accettabile un trattamento differenziato in base all'età, due precisi requisiti dettati dalla finalità legittima e dalla proporzionalità e necessità dei mezzi utilizzati per il perseguimento degli obiettivi, requisiti, tuttavia, mancanti nel caso di specie, essendosi limitato il legislatore nazionale ad attribuire rilevanza esclusivamente all'età, allo scopo di introdurre un trattamento differenziato, senza alcuna altra condizione soggettiva del lavoratore (per es. disoccupazione protratta da un certo tempo o assenza di formazione professionale) e non avendo esplicitamente finalizzato tale scelta ad alcun obiettivo individuabile. La eliminazione della necessità che il lavoratore fosse in stato di disoccupazione (se minore di 25 anni) ovvero che fosse espulso dal ciclo produttivo o iscritto nelle liste di collocamento o mobilità (se di età superiore a 45 anni) frutto delle modifiche apportate all'impianto originario dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, ha determinato l'intervento correttivo della Corte.

Il mero requisito dell'età, quindi, secondo la Corte d'appello, non può giustificare l'applicazione di un contratto pacificamente più pregiudizievole, per le condizioni che lo regolano, di un contratto a tempo indeterminato, e la discriminazione che si determina rispetto a coloro che hanno

²³¹ Il richiamo è a C. Giust. 19 marzo 2002, causa C-476/99, *Lommers*, Racc., I, 2891.

superato i 25 anni di età non trova alcun ragionevole fondamento. Analogamente, nessuna giustificazione è ravvisabile nel fatto che, per il solo compimento del venticinquesimo anno, il contratto debba essere risolto.

Alla luce di tali argomentazioni, quindi, secondo il giudice d'appello di Milano, si evidenzia il contrasto tra quanto disposto dal comma 2 dell'art. 34 del D.Lgs. 276/03 ed i principi affermati dalla direttiva 2000/76, la cui efficacia diretta non può essere messa in discussione, in quanto espressione di un principio generale dell'Unione Europea.

Ritenuto, quindi, il contenuto discriminatorio della norma considerata, la Corte ha censurato il comportamento della società appellata che aveva proceduto all'assunzione dell'appellante con un contratto intermittente esclusivamente sulla base dell'età anagrafica e condannato la Abercrombie a riammettere l'appellante nel posto di lavoro risarcendogli altresì il danno, quantificato sulla base della retribuzione media percepita dalla data della risoluzione del rapporto a quella della sentenza.

6.3. Il lavoro intermittente²³² caratterizzato da una lunga e contraddittoria serie di interventi legislativi giunge per la prima volta ad una decisione giurisdizionale di particolare incisività sul punto della non discriminazione, essendo state molto rare le pronunzie che lo hanno riguardato, nessuna in sede di legittimità, fino al recente rinvio pregiudiziale su cui mi soffermerò fra poco.

Tale contratto, come noto, si caratterizza per l'associazione fra subordinazione e discontinuità della prestazione lavorativa, da rendersi solo qualora sia richiesta dal datore di lavoro secondo quanto previsto dagli artt. 33 – 40 D.Lgs. 276/2003.

Le poche pronunzie di merito oscillano fra riconoscimento del diritto alla conversione del rapporto di lavoro²³³ in contratto a tempo indeterminato e riconoscimento del solo diritto al risarcimento del danno²³⁴; il contratto è legittimo secondo la normativa vigente, ma l'assenza di una ragione di carattere discontinuo alla base dello stesso assume rilievo atteso che soltanto il contratto che sia ancorato a prestazioni di carattere discontinuo riceve una adeguata giustificazione, come si evince dalla sentenza in esame.

Sembra configurarsi qualcosa di simile a ciò che avviene, *mutatis mutandis*, nei contratti a tempo determinato. Non è possibile in questa sede soffermarsi sugli approdi della importante sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 sulla "compatibilità comunitaria" e la connessa responsabilità da violazione del diritto dell'Unione, ma può essere opportuno sottolineare che, riguardando la più recente disciplina che concerne il contratto a termine sotto la lente di ingrandimento europea ed alla luce della giurisprudenza *Mascolo*²³⁵, considerata la liberalizzazione nell'apposizione del

²³² Su cui, fra gli altri, E. Raimondi, *Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro*, in *RGL*, 2014, 8, 601; A. Lassandri, *Il lavoro intermittente*, in *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali*, a cura di A. Allamprese – I. Corraini – L. Fassina, Ediesse, 2012, 86; A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Brollo, (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, 1252; C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, *CSDLE*, It, n. 123/2011; V. Leccese, *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente*, *LD*, 2008, 3, 475.

²³³ Così, Trib. Milano, 9 dicembre 2010, in *RCDL*, 2010, 1, 111 con nota di Vescovini.

²³⁴ Trib. Monza, 15 ottobre 2012, in *RCDL*, 2012, 4, 951, con nota di Vescovini.

²³⁵ Corte Giust. 26 novembre 2014, cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13.

termine che lo caratterizza, affinché la normativa interna possa considerarsi compatibile con i principi dell'Unione, il contratto dovrà essere "strutturalmente" a termine e, cioè, l'apposizione del termine deve rispondere ad esigenze strutturali del contratto, in quanto volto a fronteggiare esclusivamente necessità di carattere temporaneo.

Nel caso che qui ci interessa, ancora una volta l'interpretazione conforme conduce all'accantonamento della norma interna configgente e si sostanzia, nonostante la Corte non vi faccia alcun riferimento, nella disapplicazione della norma stessa. Come è stato osservato²³⁶ la Corte di Milano ha escluso il rinvio pregiudiziale perché la Corte di Giustizia aveva già ampiamente chiarito portata e limiti della discriminazione diretta in base all'età.

Il rapporto osmotico fra interpretazione conforme e disapplicazione, quando si parla di uguaglianza, appare di grande evidenza nella predetta decisione: la Corte richiama più volte l'obbligo di interpretazione adeguatrice e ne percorre le strade per assicurare un risultato conforme al diritto dell'Unione, risultato, tuttavia, che le appare alla fine impossibile, tanto da indurla ad optare per la disapplicazione della norma interna configgente ritenendo, quindi, costituito fra le parti un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Nonostante il nucleo della sentenza, quello che concerne il carattere discriminatorio del regolamento contrattuale considerato, appaia molto succinto nella motivazione della Corte d'Appello, esso non lascia adito a dubbi: il mero requisito dell'età, non accompagnato da ulteriori specificazioni, non può giustificare l'applicazione di un contratto pacificamente pregiudizievole per il lavoratore. Gli obiettivi di politica del lavoro risultano estremamente confusi nel caso considerato – si direbbe, a differenza di quanto avveniva con la legge Hartz nel caso *Mangold* – tanto da indurre la Corte d'Appello a ritenere insussistenti le ragioni giustificatrici della deroga al divieto di discriminazione per l'assenza di qualsivoglia richiamo ad una condizione soggettiva del lavoratore.

La Corte di Giustizia in *Fuchs e Age Concerne England*²³⁷ aveva chiarito ulteriormente il principio espresso in *Mangold* secondo cui, se è vero che gli Stati membri dispongono di un ampio margine discrezionale nella definizione delle misure atte a realizzare una finalità di politica sociale e di occupazione, tuttavia, essi non possono svuotare della sua sostanza il divieto di discriminazioni basate sull'età enunciato nella direttiva 2000/78. I giudici di Lussemburgo escludono che semplici affermazioni generiche che riconducono un determinato provvedimento alla politica del lavoro siano sufficienti per dimostrare che l'obiettivo perseguito dal provvedimento stesso giustifichi una deroga al principio del divieto di discriminazioni fondate sull'età; inoltre, secondo la Corte di Giustizia, una normativa è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo, in modo coerente e sistematico²³⁸.

6.4. La sentenza è stata oggetto di ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione. La società condannata, infatti, denunciando violazione e/o falsa applicazione dell'art. 18 l. 300/70 sotto diversi profili, ha dedotto che erroneamente parte istante aveva azionato l'art. 28 d.lgs. 150 del 2011 e 702 bis c.p.c. e, cioè la procedura speciale prevista in ambito antidiscriminatorio, mentre avrebbe dovuto agire mediante ricorso al procedimento di cui all'art. 1, commi 48 e segg. della legge 28 giugno

²³⁶ L. Calafà, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *LD*, 2014, 2-3, 457.

²³⁷ Corte Giust. 21 luglio 2011, cause riunite C- 159/10 e C- 160/10 e Corte Giust. 5 marzo 2009, C- 388/07.

²³⁸ Corte Giust., 10 marzo 2009, C- 169/07, *Hartlauer*.

2012, n. 92; sul piano sostanziale, ha dedotto la violazione dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 276/03, della direttiva 2000/78, nonché del principio generale comunitario di non discriminazione, poiché nella specie la normativa favorisce i lavoratori in ragione della loro età e non viceversa essendo, quindi, sovrapponibile alla normativa dell'Unione. Chiedeva, poi, l'appellante il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia deducendo, infine, in punto risarcitorio, l'esclusiva possibilità di ottenere il risarcimento del danno in luogo della conversione del contratto e, comunque, che il risarcimento del danno non avrebbe potuto essere commisurato alla media delle retribuzioni corrisposte.

La Corte richiama preliminarmente la propria consolidata giurisprudenza²³⁹ secondo cui l'inesattezza del rito non determina la nullità della sentenza salvo che la parte, in sede di impugnazione, indichi uno specifico pregiudizio processuale derivante dalla mancata adozione del rito diverso, quali una precisa ed apprezzabile lesione del diritto di difesa, del contraddittorio e, in generale, delle prerogative processuali protette della parte. Essa osserva, quindi, che l'art. 34 potrebbe porsi in conflitto con il principio di non discriminazione per età che deve essere considerato un principio generale dell'Unione²⁴⁰ cui la direttiva 2000/78 dà espressione concreta e che è sancito anche dall'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. L'art. 6, n. 1, primo comma, infatti, della predetta Direttiva 2000/78, enuncia che una disparità di trattamento in base all'età non costituisce discriminazione, laddove essa sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari; la formula dell'art. 34 vigente all'epoca dei fatti di causa, tuttavia, mostra di non contenere alcuna esplicita ragione rilevante ai sensi dell'art. 6, n. 1, primo comma, della direttiva 2000/78.

On ordinanza del 29 febbraio 2016, la Corte di legittimità ha, quindi, disposto, ai sensi dell'art. 267 del TFUE di chiedere, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia se la normativa nazionale di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 276 del 2003, secondo cui il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età, sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla Direttiva 2000/78 e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 21, n. 1).

La palla passa ancora una volta alla Corte di Giustizia cui è rimesso il compito di chiarire se effettivamente nel caso in esame si sia verificato un intollerabile *vulnus* al principio generale di uguaglianza che imponga la rimozione della norma interna con esso contrastante.

Sembrava impossibile, ai tempi di *Mangold*, che la nostra legislazione interna potesse formare oggetto di un rinvio pregiudiziale in termini di possibile lesione del divieto di discriminazione per età. La proliferazione normativa e la frammentazione dei tipi contrattuali ha reso evidente, tuttavia, anche per il nostro ordinamento, la continua necessità di verificare la compatibilità dei nuovi strumenti contrattuali con i principi dell'Unione consolidatisi intorno al principio generale di uguaglianza.

²³⁹ S.U. 10 febbraio 2009, n. 3758.

²⁴⁰ Il richiamo è a Corte Giust. C-555/07 *Kucukdeveci*, nonché a Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, Corte Giust. 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*.

6.5. È sotto questo angolo prospettico che merita uno sguardo la disciplina relativa al contratto c.d. a tutele crescenti come delineato dal Jobs Act.

Come noto, il principio della sostanziale monetizzazione²⁴¹ del posto di lavoro ha lasciato residue numerose perplessità in molti interpreti ed operatori del diritto, soprattutto in quanto da sempre estrema è stata considerata la sanzione dell'effetto estintivo del rapporto di lavoro.

Prescindendo, in questa sede, da analisi di merito *tout court* della nuova normativa, ciò che si cercherà di fare, pur sommariamente, è una rapida indagine sulla nuova disciplina sotto la lente di ingrandimento del diritto dell'Unione.

Il diritto europeo si è occupato in diversi ambiti del recesso datoriale, con particolare riferimento alle discriminazioni, alla tutela della maternità, al giusto processo e, per altro verso, nell'ambito dei trasferimenti di azienda, dei licenziamenti collettivi e dell'insolvenza delle imprese.

Con esclusione della disciplina discriminatoria (a parte la tutela della maternità e il trasferimento di azienda), la normativa europea non si occupa *ex professo* delle sanzioni per i licenziamenti illegittimi, né dei licenziamenti individuali, né di quelli collettivi; da qui la conclusione, diffusamente condivisa, secondo la quale l'Unione - al di fuori dai casi sopra detti - non impone il ricorso ad una tutela reintegratoria, né determina la misura riparatoria spettante al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.

Tale corollario, in base all'interpretazione originariamente offerta della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, non è apparso smentito nemmeno considerando la Carta stessa, ed in particolare la portata dell'art. 30 (che prevede che "Ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario ed alla legislazione e prassi nazionale"), norma, quest'ultima, sulla quale principalmente si è soffermata l'attenzione degli studiosi.

Ma prima di esaminare il contenuto dell'art. 30, dobbiamo rilevare che, secondo l'originaria lettura, le norme del capo della Carta che contiene l'art. 30, recherebbero meri principi poco giustiziabili e non diritti invocabili direttamente; si sottolinea, poi, che l'art. 30 stesso è generico nella sua formulazione, limitandosi a dettare il principio per cui ogni licenziamento va giustificato, senza in apparenza fornire alcuna indicazione circa le ragioni legittimamente adducibili e tanto meno circa le sanzioni da applicare quando queste manchino. Si è concluso, quindi, che il diritto ad esser tutelato dal rischio di una arbitraria privazione del rapporto di lavoro non configura un diritto alla stabilità, precisandosi, pertanto, che la norma lascia al legislatore nazionale sia la quantificazione dell'indennizzo, sia l'eventuale previsione di misure alternative adeguate, né impone la tutela reintegratoria.

Ma il fulcro dell'indagine, a mio parere, non investe tanto o, almeno, non solo, portata ed estensione dell'art. 30, bensì, portata ed estensione della Carta nel suo insieme.

Si potrebbe ritenere che, sebbene l'art. 6 abbia reso la Carta diritto primario dell'Unione, attribuendo alla stessa il medesimo valore dei Trattati, la sua rilevanza resti condizionata dall'art. 51, co. 1, della stessa Carta, che postula un'efficacia solo verticale di essa, limitata comunque all'

²⁴¹ Si veda, per tutti, sul contratto a tutele crescenti, B. Caruso *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, 265.

“attuazione del diritto dell’Unione”. Conseguentemente, ogni qualvolta non vi sia un collegamento diretto con la disciplina interna e, cioè, quest’ultima non sia espressione della concreta attuazione del diritto europeo, si esulerebbe dal raggio di azione e, quindi dall’operatività diretta ed immediata della Carta.

Secondo tale originaria ed ancora diffusa impostazione, anche qualora i diritti fondamentali contemplati dalla Carta non si configurino come meri principi, in quanto tali non direttamente azionabili, essi comunque non appaiono “*freestanding*”, ossia non creano automaticamente il proprio campo di applicazione, e di conseguenza non possono fungere, *tout court*, da parametro di compatibilità di una misura nazionale con il diritto dell’Unione, rilevando solo qualora la misura nazionale oggetto della controversia presenti un collegamento diretto, di carattere attuativo, con una disposizione di diritto UE che sia rilevante nella fattispecie, ma diversa dal diritto fondamentale che si pretenda leso.

È evidente, da una rapida disamina dell’interpretazione per lungo tempo corrente ed accreditata in giurisprudenza e dottrina, che l’operatività della Carta, in ambiti quale quello considerato, di non immediata incidenza del diritto dell’Unione, per non essere quello interno direttamente attuativo di esso, risulta significativamente ridotta.

Nel tempo, tuttavia, grazie soprattutto all’interpretazione “estensiva” offerta dalla Corte di giustizia (mi riferisco in particolare alla giurisprudenza inaugurata con la *Ackeberg Fransson* in tema di *ne bis in idem*), a fonte di tale restrittivo orientamento, che ipotizza l’“applicazione” solo in caso di attuazione diretta e necessitata del diritto europeo, è andata affermandosi una più elastica impostazione che ha recepito invece un concetto più generico ed ampio di “attuazione” e ha ritenuto sufficiente che la fattispecie esaminata cada per qualche suo aspetto nel “cono d’ombra”, come si suol dire, del diritto dell’Unione, e, cioè, presenti un collegamento tangibile con quel sistema, anche se indiretto. Anche in tale ipotesi, quindi, il diritto interno può essere considerato “applicativo” di quello sovranazionale e può essere esaminato alla luce dei diritti della Carta, sebbene esso non appaia immediatamente attuativo di esso. Nella *Ackeberg* la Corte infatti ha affermato che quando il giudice sia chiamato a verificare la conformità del diritto nazionale in un ambito non del tutto determinato dal diritto dell’Unione, egli può applicare standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, purché non venga compromesso il livello di tutela garantito dalla Carta come interpretata dalla Corte ovvero il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione.

Nonostante poi la Corte, nella sentenza 6 marzo 2014, *Siragusa*, abbia in qualche modo ridimensionato il principio, richiedendo che il collegamento con il diritto dell’Unione abbia una certa “consistenza” che vada al di là dell’affinità di materie e della influenza che indirettamente l’una può esercitare sull’altra, la portata espansiva e promozionale dei principi della Carta emerge in modo specifico nella giurisprudenza di Lussemburgo, che applicando la Carta, ha avuto un ruolo determinante nell’attrarre alla propria giurisdizione ogni normativa direttamente o indirettamente collegata al diritto dell’Unione.

È in questi termini ed in questa ottica che la Corte di giustizia ha iniziato ad interessarsi anche di alcune peculiari vicende connesse ai rapporti di lavoro. Ed è in questa ottica e sotto questa lente che vanno riguardate le riforme che si stanno attuando nell’ordinamento nazionale, apparendo incongruo anche sotto il profilo empirico ritenere non vagliabili sotto l’ottica UE disposizioni che dichiaratamente perseguono la finalità di eseguire prescrizioni macroeconomiche provenienti dall’Unione.

Nel tempo, quindi, la portata del diritto dell'Unione e la sua operatività anche in settori di non diretta applicazione del diritto europeo ha visto una espansione straordinaria, nonostante i limiti oggettivi derivanti dalla stessa struttura dell'art. 30 della Carta.

D'altro canto, si perviene a conclusioni diverse qualora si consideri l'operatività del principio di eguaglianza previsto dall'art. 20 della Carta, il quale ha una propria assoluta autonomia nella Carta medesima e, come si accennava, una portata particolarmente incisiva, anche rispetto al principio di non discriminazione (che risulta un'applicazione del primo).

6.6. Il principio di eguaglianza ha ormai, secondo la Corte, portata dirompente nel diritto interno, in quanto dotato di efficacia diretta orizzontale e contenuto precettivo preciso, ciò che ne determina l'immediata applicabilità e ne fa un "grimaldello" atto a scardinare assetti lesivi preesistenti.

Dobbiamo concludere allora che senza alcun dubbio la materia dei licenziamenti rientrerà nell'ambito di applicazione del diritto comunitario ove rechi arbitrarie differenziazioni tra i lavoratori.

L'art. 153 TFUE (ex articolo 137 del TCE) prevede che "l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nel settore della protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro": la competenza comunitaria appare indiscutibile. Conseguentemente, sia i licenziamenti comunitari che quelli individuali, riguardati *sub specie* di uguaglianza e non discriminazione, rientrano nel c.d. cono d'ombra del diritto comunitario e ad entrambi saranno applicabili gli artt. 20 e 21 della Carta ed il principio sovraordinato di uguaglianza di cui quelli sono espressione. Ogni qualvolta si opererà nell'ambito della risoluzione del rapporto di lavoro, anche se non ci si muoverà nella diretta attuazione di esso, scaturirà la sottoposizione al controllo di legittimità che passa attraverso il diritto europeo e, segnatamente, attraverso la Carta dei Diritti Fondamentali.

La regola della competenza cede alla regola dell'eguaglianza, che deve riguardare tutte le "condizioni di impiego".

Sembra, allora, sicuramente doversi ammettere la possibilità di un'applicazione del principio di uguaglianza, destinata ad operare al di là dei divieti discriminatori, ma limitatamente a violazioni che ridondino in ingiustificate differenze di trattamento di situazioni identiche delle persone coinvolte: ad esempio, due dipendenti (illegittimamente) licenziati per il medesimo fatto in concorso, sottoposti a regimi diversi relativi alla sanzione avverso il licenziamento illegittimo.

Ma si pensi, altresì, all'ipotesi involgente diversi dipendenti, assunti prima e dopo il Jobs act, licenziati per motivo economico comune, necessariamente sottoposti, attesa l'applicabilità del decreto n. 23 solo a decorrere dal 7 marzo 2015, a tutele diverse.

In tali casi si potrebbe ipotizzare la disapplicazione della legge nazionale nel caso singolo, sulla scorta del principio di uguaglianza dotato, per effetto della giurisprudenza della Corte, di efficacia diretta ed orizzontale secondo la giurisprudenza *Association Belge de Consommateurs e Dansk Industri*.

Potrebbe essere utile e opportuno, tuttavia, anche per far in modo che la Corte di giustizia si misuri con un divieto di discriminazione diverso dall'età, operare mediante il ricorso al rinvio pregiudiziale, al fine di chiarire meglio, fornendo ulteriori indicazioni, la portata del principio dell'Unione nei rapporti interpretati.

Fondamentale resta, ancora una volta, l'obbligo interpretativo del giudice.

7. Il licenziamento discriminatorio nel *revirement* della giurisprudenza di legittimità.

La delicata materia dei licenziamenti discriminatori ha, di recente, offerto l'occasione alla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione²⁴² per operare un significativo *revirement* rispetto alla sua consolidata giurisprudenza.

Principio cardine elaborato in sede di legittimità, nell'attrazione del licenziamento discriminatorio nell'ambito del licenziamento determinato da motivo illecito, era quello secondo cui *<<non può considerarsi ritorsivo un licenziamento palesemente (anche se erroneamente) basato sull'inosservanza di direttive aziendali, qualora manchi la prova, il cui onere incombe sul lavoratore, della sussistenza di un motivo illecito determinante>>*²⁴³, mentre si affermava, altresì, che *<<il divieto di licenziamento discriminatorio - sancito dall'art. 4 della legge n. 604 del 1966, dall'art. 15 della legge n. 300 del 1970 e dall'art. 3 della legge n. 108 del 1990 - è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, che costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa. In tali casi, tuttavia, è necessario dimostrare che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo>>*²⁴⁴.

Mutando significativamente indirizzo, la recente decisione afferma che può procedersi ad una tale assimilazione al limitato ed esclusivo scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio; nondimeno, discriminazione e motivo illecito operano diversamente, e *<<la ricerca dell'intento illecito è ... rilevante al solo fine di estendere l'area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge...la nullità del divieto di discriminazione discende ... direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'articolo 1345 c.c.>>*.

Nel caso considerato, la dipendente aveva impugnato il licenziamento intimatole, che assumeva discriminatorio e/o illecito, deducendo che le era stato irrogato in conseguenza della scelta della lavoratrice di sottoporsi a pratiche di inseminazione artificiale.

Il Tribunale aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento, per violazione del procedimento di cui all'art. 7 Statuto dei Lavoratori, e condannato il datore di lavoro alla riassunzione della ricorrente e, in mancanza, al risarcimento del danno, nella misura di sei mensilità dell'ultima retribuzione. Avverso la sentenza la lavoratrice aveva proposto appello e la Corte d'appello di Roma, in parziale riforma della sentenza impugnata, aveva dichiarato la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio in relazione all'intenzione manifestata dalla lavoratrice di sottoporsi all'estero a pratiche di inseminazione artificiale; aveva, quindi, ordinato la reintegrazione della ricorrente nelle mansioni e condannato il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni globali di fatto maturate dal licenziamento alla reintegra.

Impugnata la pronuncia dal datore di lavoro innanzi alla Corte di Cassazione sulla base della dedotta esistenza di un giustificato motivo oggettivo, che avrebbe escluso la natura unica e deter-

²⁴² Cass. Sez. Lav. 18 dicembre 2015, n. 6575.

²⁴³ Cass. Sez. Lav. 27 febbraio 2015, n. 3986.

²⁴⁴ Cass. Sez. Lav. 9 luglio 2009, n. 16155.

minante del motivo illecito, il giudice di legittimità ha respinto il ricorso qualificando il licenziamento comminato alla ricorrente come discriminatorio per ragioni di genere, in quanto irrogato in conseguenza dell'intenzione della lavoratrice di sottoporsi all'inseminazione artificiale, e ciò nonostante esso venisse giustificato dal datore di lavoro con il *vulnus* del regolare funzionamento dello studio professionale, che sarebbe stato causato dalle preannunciate assenze della lavoratrice. Secondo la Corte, invece, il recesso datoriale sarebbe stato determinato esclusivamente dal proposito della lavoratrice di sottoporsi a procedure di procreazione assistita, esclusiva delle donne. La Corte territoriale aveva richiamato la sentenza della Corte di Giustizia del 26 febbraio 2008, causa C 506/06 nella quale si affermava che, sebbene i lavoratori di entrambi i sessi possano avere un impedimento di carattere temporaneo ad effettuare il loro lavoro a causa dei trattamenti medici cui debbano sottoporsi, gli interventi diretti alla fecondazione assistita riguardano direttamente soltanto le donne; per conseguenza, << il licenziamento di una lavoratrice a causa essenzialmente del fatto che essa si sottoponga a questa fase importante di un trattamento di fecondazione in vitro costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso >>.

L'importante salto logico viene tuttavia compiuto dalla Corte di Cassazione nell'affermare che la condotta discriminatoria per motivi di genere è idonea, per sé sola, a determinare la nullità del licenziamento, indipendentemente dalla prova di un intento soggettivo illecito, senza che l'allegato giustificato motivo economico possa valere ad escludere la natura discriminatoria del licenziamento.

Il principio di uguaglianza, *sub specie* di divieto di discriminazione per genere, opera obiettivamente, diversamente dal motivo illecito, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato alla lavoratrice quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta. È in questo modo che, significativamente, la Corte si allinea alla tutela antidiscriminatoria europea: l'indagine sulla discriminazione è molto diversa da quella che concerne il motivo illecito determinante, essendo incentrata nella prova dell'effetto lesivo, anche solo potenziale, derivante da un trattamento discriminatorio.

Il carattere obiettivo dei divieti di discriminazione, individuato in modo netto e chiaro anche in sede di legittimità, pone il diritto interno sullo stesso asse di quello europeo, in uno con l'affermazione della natura di principio fondamentale del principio di uguaglianza.

Di grande impatto le conseguenze derivanti dalla decisione della Corte.

Gli effetti operano essenzialmente sull'onere della prova: se a fronte del trattamento differenziato dedotto dal dipendente spetta al datore di lavoro dimostrare la liceità del comportamento, mediante allegazione di fatti specifici, la consolidata equiparazione tra motivo illecito e discriminazione cagionava una inversione dell'onere probatorio con conseguente eccessiva difficoltà della prova, circostanza, questa, che ha di certo grandemente influito sulla ridotta applicazione nel nostro ordinamento del diritto antidiscriminatorio.

Allineandosi al diritto sovranazionale, invece, la sentenza della Corte di Cassazione offre una effettiva, efficace e dissuasiva tutela al divieto di discriminazione, consentendo al principio di uguaglianza di percorrere, anche nell'ambito della tutela lavoristica nazionale, nuove strade.

8. Il risarcimento del danno da violazione del divieto di discriminazione.

8.1. La sentenza della Corte d'Appello del 15 aprile 2014 su Abercrombie & Fitch ha affrontato e risolto, plasmandolo sulla media delle retribuzioni godute dal dipendente nel periodo lavorativo considerato, la questione afferente il risarcimento del danno da violazione del divieto di discriminazione.

Circa la problematicità della connotazione dissuasiva, e in qualche modo punitiva, del risarcimento del danno da violazione della compatibilità comunitaria, come noto, un importante insegnamento proviene dalla recentissima sentenza del 29 febbraio scorso delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la n. 5072 che porta definitiva chiarezza in un ambito, quello dell'abusiva proliferazione di contratti a termine, particolarmente delicato.

La Corte di Giustizia già in *Marshall*²⁴⁵ aveva affermato che la predeterminazione di un limite massimo per il risarcimento contrasta con il diritto dell'Unione, mentre in *Von Colson*²⁴⁶ aveva negato la sussistenza di un vincolo comunitario a sanzionare la mancata assunzione per ragioni discriminatorie con l'obbligo di concludere il contratto ma, al contempo, aveva dichiarato il contrasto con il diritto dell'Unione di norme nazionali che limitino il risarcimento a una misura meramente simbolica, chiarendo, altresì in seguito che *"l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata"*²⁴⁷. È evidente che la collocazione del principio di uguaglianza fra i principi fondamentali dell'Unione ed il suo intimo rapporto con la dignità umana inducono a verificare se ed in qual modo prima di procedere alla ricerca del risarcimento economico del danno subito, possa ottenersi l'integrale *restituito in integrum* del diritto leso.

Certo è che, al di là del dato compensativo che solitamente accompagna le indennità risarcitorie secondo l'esperienza domestica, sicuramente le direttive 2000/43 e 2000/78 annettono ad esse una funzione dissuasivo-punitiva, come si evince dall'inserimento del risarcimento del danno fra le sanzioni²⁴⁸. Al contempo, l'art. 18 della direttiva 2006/54, in materia di genere, postula l'introduzione di misure atte a garantire un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, tali, cioè, da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito, e vieta la definizione mediante massimali, salva l'ipotesi in cui il datore di lavoro dimostri che l'unico danno derivante al lavoratore dalla condotta discriminatoria sia stato rappresentato dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda.

Si è discusso sul se la previsione di una tutela risarcitoria con funzione dissuasiva rappresenti per gli Stati una mera facoltà o, piuttosto, un vero e proprio obbligo, perché altrimenti le direttive in

²⁴⁵ Corte Giust. 2.8.93, C-271/91, *Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* cit.

²⁴⁶ Corte Giust. 10.4.84, C-14/87, *Von Colson c. Land Nordrhein-Westfalen*, cit.

²⁴⁷ Corte Giust. 12.12.2002, C-442/00, *Caballero c. Fondo di garanzia salarial*, 2002 I-11915.

²⁴⁸ A. Guariso, *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio: nodi irrisolti dopo il d.lgs. 5/10*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 976. Più in generale, P.G. Monateri, D. Gianti, L. Siquilini Cinelli, *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità civile*, (diretto da P.G. Monateri), Giappichelli, 2013.

materia dovrebbero considerarsi non correttamente trasposte, in quanto la violazione riguarderebbe il loro stesso obiettivo²⁴⁹. Di certo va ricordato che la Corte di Giustizia²⁵⁰, in tema di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, ha anche di recente confermato che precisato che "una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva".

Ciò su cui val la pena soffermarsi anche se brevemente è sul se e con quale grado di adesione le disposizioni interne di diritto antidiscriminatorio abbiano recepito le indicazioni dell'Unione sulle caratteristiche del danno e quale sia stato l'atteggiamento della giurisprudenza.

La Corte di Giustizia²⁵¹, interpellata sull'art. 18 della Direttiva 2006/54/Ce estende la propria interpretazione all'art. 25 ed afferma che lo stesso *"permette ma non impone agli stati membri di adottare provvedimenti che prevedano il versamento di danni punitivi alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso"* (punto 40).

Guardando la vicenda dal punto di vista interno, va rilevato che la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da una condotta discriminatoria trova espresso fondamento normativo; in ogni caso, poiché la discriminazione attiene alla lesione di un bene immateriale riconducibile a diritti fondamentali della persona, in particolare alla *dignità* che intitola il Capo I della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, il danno in questione deve ritenersi riconducibile alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., secondo l'interpretazione offertane dalle Sezioni Unite civili²⁵².

Per la risarcibilità *ex lege* si può richiamare, in primo luogo, il d. lgs. 145/2007, attuativo della direttiva 2002/73 in materia di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, che ha inserito la risarcibilità del danno non patrimoniale ai commi 9 e 10 dell'art. 4 legge 125/1991 nonché il successivo Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, il d.lgs. 198/2006; la legge 67/2006 nella parte relativa alle azioni civili contro le discriminazioni per ragioni di disabilità. I riferimenti sono molteplici, dal più risalente, il d.lgs. 286/98 nella parte relativa all'azione civile contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi, fino al d.lgs. 150/2011, che, nell'ambito della semplificazione dei riti civili, ha assoggettato al rito sommario di cognizione le controversie in materia di discriminazione di cui all'art. 4 d. lgs. 215/2003 e all'art. 4 d.l.s. 216/2003, quelle di cui all'art. 3 l. 67/2006 e quelle di cui all'art. 55 *quinquies* d.lgs. 198/2006 e che, all'art. 28, ha ribadito la facoltà, per il giudice, di condannare il convenuto, con l'ordinanza che definisce il giudizio, al risarcimento del danno anche non patrimoniale.

²⁴⁹ Nella prima direzione, A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, 603; in senso opposto, invece, L. Amoriello, *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi dell'Unione in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, in A. Allamprese (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro. Funzione risarcitoria e dissuasiva*, Ediesse, 2015, 163.

²⁵⁰ Fra le altre, Corte Giust. 2 aprile 2013, causa C- 81/12, *Asociatia Accept*.

²⁵¹ Corte di Giust. 17 dicembre 2015, C-407/14 *Camacho c. Securitas Seguridad Espana SA*.

²⁵² S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Nuova giurisprud. civ.*, 2009, I, 102, con nota di E. Navarretta, G. Ponzanelli).

8.2. È stato rinvenuto²⁵³ il possibile fondamento di una connotazione anche dissuasiva del rimedio risarcitorio nella formulazione degli artt. 4, comma 5, d.lgs. 215/2003 e 4, comma 6, d. lgs. 216/2003, oggi abrogati²⁵⁴, ma il cui contenuto è stato ripreso dall'art. 28, comma 6, d.lgs. 150/2011, secondo cui il giudice deve tener conto, nella liquidazione del danno, del fatto che l'illecito possa aver costituito una ritorsione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento. Si osserva sul punto²⁵⁵ che, poiché è difficilmente sostenibile che il danno provocato da una discriminazione per ritorsione sia di per sé maggiore di quello cagionato da una condotta identica, ma perpetrata per ragioni non ritorsive, il maggior apprezzamento richiesto al giudice trae origine dal riconoscimento di una funzione del danno eminentemente sanzionatoria e non semplicemente compensativa.

In realtà, una prospettiva dissuasiva può ritenersi riconducibile alla stessa previsione di una azione giudiziaria a carattere collettivo²⁵⁶, che, nell'ambito delle discriminazioni di genere, affidata alla consigliera di parità, riveste addirittura carattere "pubblico", trattandosi di scelta legislativa interna e non di opzione necessitata delle direttive, scelta che, come noto, riveste rilievo essenzialmente per le discriminazioni indirette; esiste unanimità di vedute circa la possibilità per l'organismo che esercita l'azione collettiva di chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale²⁵⁷. In giurisprudenza, il riconoscimento del pregiudizio agli scopi istituzionali dell'ente e all'azione di contrasto alle discriminazioni dallo stesso propugnata, con il connesso carattere non patrimoniale e dissuasivo del risarcimento del danno, ha ricevuto un significativo avallo anche in sede di costituzione di parte civile della consigliera di parità.²⁵⁸

La quantificazione del danno non può che essere equitativa²⁵⁹ e la dottrina²⁶⁰ ritiene debba aversi riguardo non solo alle conseguenze prodotte nella sfera giuridica della vittima, ma anche ad aspetti inerenti l'agente, come l'eventuale rilevanza penale, il grado di antigiusuridicità, addirittura l'eventuale arricchimento in termini di contenimento dei costi.

Le pronunzie giurisprudenziali susseguitesi nel tempo muovono da una originaria tendenza ad una parametrizzazione sull'occasione perduta dalla vittima annettendo ridotto rilievo all'atteggiamento dell'agente ma talora ancorando la quantificazione al danno alla salute. Così, Trib. Varese del 27 aprile 2012, n. 31, con riguardo ad una aggressione perpetrata per ragioni razziali, ha non solo liquidato il danno biologico, ma altresì condannato gli autori al risarcimento del danno non patrimoniale da discriminazione (si parla di pregiudizio per l'identità culturale e personale) ed ha

²⁵³ L. Amoriello, *op. cit.*, 167.

²⁵⁴ Rispettivamente, art. 34, comma 33, lett. b ed art. 34, comma 34, lett. b, d.lgs. 150/2011.

²⁵⁵ A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, cit., 603 ed altresì, L. Curcio, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 542.

²⁵⁶ Su cui, F. Amato, *azione individuale e azione collettiva*, in M. Barbera (a cura di) *La riforma delle istituzioni e degli strumenti di politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 760; per un caso inerente le azioni collettive non di genere, S. Borelli, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda FIAT/Fabbrica Italia di Pomigliano (FIP) FIOM*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, 369, sulla nota ordinanza di Trib. Roma, III Sez. Lav., 21 giugno 2012.

²⁵⁷ Sulla finalità anche dissuasiva del danno ex art. 37, comma 3, d. lgs. N. 198/2006, O. La Tegola, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere*, in F. Carinci – A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Utet, 2010, 460.

²⁵⁸ Mi riferisco a Cass. Pen. Sez. VI, 16 aprile 2009, n. 16031, in *Notiz. Giurisprud. Lav.*, 2009, 305) che ha ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile della consigliera regionale di parità *jure proprio*, quale soggetto danneggiato dal reato, in relazione ad un caso di maltrattamenti posti in essere nei confronti di un gruppo di lavoratrici da parte di un preposto del datore di lavoro.

²⁵⁹ Sul danno non patrimoniale, L. Scarano, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Giappichelli, 2013.

²⁶⁰ Sul punto, L. Amoriello, *op. cit.*, 171, nonché, A. Guariso, *Il diritto antidiscriminatorio tra solennità dei principi e modestia dei rimedi*, in nota a Trib. Varese 2 luglio 2008, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 2008, 947.

quantificato lo stesso parametrandolo proprio su quello alla salute dando conto, in motivazione, degli elementi considerati e, cioè, <<le modalità del fatto; la preordinazione dell'illecito; l'odiosa ostentazione delle finalità razziali; il fatto che l'offesa sia avvenuta in 'gruppo', con modalità aggressive, quindi in cui la vittima era nella totale signoria degli aguzzini; il tipo di lesioni inferte (al capo), indicative di una intenzione esplicita ed espressa nel senso di cagionare i danni effettivamente provocati>>.

Spesso le decisioni giurisdizionali, sulla scia della legittimazione della costituzione di parte civile cui si è fatto cenno, hanno valorizzato il danno non patrimoniale *jure proprio* subito dall'organismo rappresentativo; fra queste, Trib. Bergamo, 8 agosto 2012, n. 791 che ha censurato come discriminatoria (diretta, ex art. 2, comma 1, lett. a, d. lgs. 216/2003) la condotta di un avvocato il quale aveva dichiarato reiteratamente nel corso di una intervista radiofonica la propria intenzione di non assumere collaboratori omosessuali.

La pronunzia va ricordata soprattutto per aver qualificato espressamente come sanzione il danno risarcito alla associazione ricorrente per i diritti in questione, affermando, altresì, l'ammissibilità del risarcimento all'ente anche nel caso in cui non vi siano vittime identificabili. Il Tribunale, poi, nella decisione, integralmente confermata dalla Corte d'appello di Brescia²⁶¹, richiama la giurisprudenza dell'Unione sulla inidoneità dei risarcimenti solo simbolici e, ai fini di un risultato adeguatamente dissuasivo, affianca il risarcimento del danno con l'ordine di pubblicazione della pronunzia²⁶².

Fra le più recenti decisioni, Cass. Sez. Lav., 30 dicembre 2014, n. 27481 in materia di abusiva stipulazione di contratti a termine nella pubblica amministrazione che richiama proprio la giurisprudenza UE in tema di discriminazione sia con riferimento alla prova che alle caratteristiche del danno non patrimoniale.

Come è evidente, oggi l'insegnamento fondamentale viene dalle Sezioni Unite (sentenza 5072/16) che segnatamente si occupa del risarcimento del danno da compatibilità comunitaria.

Senza poterne approfondire l'esame in questa sede, è opportuno soltanto richiamare l'attenzione sull'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 32 comma 5 L.183/2010, che, con riguardo all'indennità, agevola il lavoratore pubblico nella prova in ipotesi di danno da abusivo ricorso al contratto a tempo determinato, pur consentendogli di provare l'eventuale ulteriore danno da perdita di *chances*, opportunità che distingue la sua posizione rispetto a quella del lavoratore privato, sebbene quest'ultimo abbia diritto alla conversione del rapporto di lavoro, aspetto, questo, osserva lo Corte, che solo apparentemente pone il dipendente pubblico in una posizione deteriore.

La Corte a Sezioni Unite, si pone in perfettamente linea con l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Comacho*²⁶³. Nella sentenza, che richiama le misure fortemente dissuasive di contrasto al reiterato ricorso ai contratti a termine e da conto della giurisprudenza della

²⁶¹ Su cui, G. F. Aiello, *Dichiarazioni alla radio su ipotetiche politiche di assunzione discriminatorie: il confine tra atti di autonomia negoziale e libera manifestazione del pensiero*, Nota a Papp. Brescia, 11 dicembre 2014, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*; 2015, 9, 759.

²⁶² Sulla necessaria attivazione di una finalità *general – preventiva* e deterrente rivolta alla generalità dei consociati, finalità cui è sicuramente funzionale la pubblicazione – non ancora sufficientemente valorizzata – della decisione a spese del soccombente su un quotidiano a tiratura nazionale, L. Amoriello, *op. cit.*, 169.

²⁶³ Corte di Giust. 17 dicembre 2015, C-407/14 *Camacho c. Securitas Seguridad Espana SA* cit.

Corte che ha elaborato una autonoma figura di danno (il danno comunitario) da intendere come una sorta di sanzione *ex lege* per il datore di lavoro, omette volutamente di prendere posizione sulla categoria dei “danni punitivi”.

Essa afferma, tuttavia, che ove vi sia l'esigenza di attenersi al principio comunitario della dissuasione è possibile ipotizzare un “*danno presunto*” che “*esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria sì che il danno così determinato può qualificarsi come danno comunitario*”, in tal modo ben orientando l'interprete in relazione al danno da abusiva ripetizione dei contratti a termine ed al contempo dettando principi in una materia tanto sensibile, sicuramente esportabili in un settore, quale quello delle discriminazioni vietate, ascrivibile ad un principio generale del diritto dell'Unione dotato di una forza del tutto peculiare.

Servizi e politiche per il lavoro nell'attuazione del "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità*

Marco Esposito

1. La priorità della riforma dei servizi per l'impiego: i primi passi.	74
2. Insidie, difficoltà e ambizioni di un percorso riformatore.	76
3. Il substrato della riforma: "da dove partiamo".	77
4. Gli impegni della delega e le principali novità introdotte con il d.lgs. n. 150/2015: l'architettura istituzionale e il quadro dei soggetti competenti.	79
5. (Segue) L'accreditamento e la cooperazione pubblico-privato.	81
6. Patto di servizio, assegno di ricollocazione e condizionalità.	82
7. L'aggiornamento della componente informativa.	85
8. Una breve conclusione: "dalle speranze ai progetti, dai progetti alle azioni".	86

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 306/2016

1. La priorità della riforma dei servizi per l'impiego: i primi passi.

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del d.P.R. 26 maggio 2016 n. 108²⁶⁴ – recante lo Statuto dell'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro – l'ambiziosa e ampia riforma dei servizi per l'impiego contenuta nel Jobs Act²⁶⁵ comincia ad assumere una sua prima, reale forma operativa.

Essa trova le sue fonti primarie nella legge delega n. 183/2014 e nel d.lgs. n. 150 di settembre 2015; testi legislativi che – dopo anni di stallo di due importanti progetti di riforma dei servizi per l'impiego e solo piccole manutenzioni dell'elefantiaco nonché effimero modello italiano delle politiche del lavoro²⁶⁶ – hanno condotto in porto una revisione integrale e sistemica di quest'ultimo, a sostegno della presuntivamente inedita fluidità dei flussi occupazionali che lo "Jobs Act" – negli intenti – dovrebbe attivare.

Si tratta di una riforma tanto annunciata quanto reclamata, ben prima che la morsa della crisi rendesse non più rinviabile il ripensamento degli strumenti di accompagnamento al lavoro e di ricollocazione professionale, insieme con quelli di sostegno al reddito. Una lettura condivisa del quadro regolativo e dell'esperienza partiti nel 1997 con il passaggio delle funzioni connesse al collocamento dallo Stato alle Regioni e alle Province – reso vivido nel 2000 con il d.lgs. n. 181, nel 2001 con la riforma costituzionale del Titolo V e apparentemente assestatosi, infine, con il d.lgs. n. 276/2003 – ne dà, infatti, un giudizio piuttosto negativo, non essendosi realizzata un'efficiente pratica amministrativa a sostegno, e promozione, degli scambi di domanda e offerta del lavoro. E quando l'economia italiana ha cominciato a registrare sequenze drammatiche di esuberi aziendali e tassi record di disoccupazione, di giovani e lavoratori anziani, si è trattato "semplicemente" di prendere atto dell'irrazionale conformazione del modello italiano di accompagnamento al lavoro.

Si tratta, quindi, di un capitolo fondamentale della generale riforma, che proprio nell'assetto istituzionale del governo del mercato del lavoro – nonché nei relativi processi di funzionamento –

²⁶⁴ G.U. s. g. n. 143, del 21 giugno 2016.

²⁶⁵ Per "Jobs Act" si intende qui l'intero impianto riformista, come avviato alla fine del 2014, con la l. delega n. 183, e comprensivo degli otto decreti legislativi attuativi della delega stessa.

²⁶⁶ Molti studi hanno ripercorso bene questo altalenante percorso di riforme imperfette, riforme annunciate, riforme fallite; d'altro canto da tempo la dottrina giuslavoristica ha messo bene a fuoco il carattere altamente problematico della normativa in materia di servizi per l'impiego, la cui frequente ineffettività poggia, peraltro, anche sulla sua, in qualche misura ibrida, collocazione ordinamentale tra diritto amministrativo e diritto del lavoro. Tra le principali analisi v.: A. ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, 2009; V. FILI, *L'avviamento al lavoro tra liberalizzazione e decentramento*, Ipsoa, 2002; EAD, *Politiche attive e servizi per l'impiego*, in *Commentario alla riforma Fornero*, a cura di F. CARINCI - M. MISCIONE, *Diritto e pratica del lavoro*, Suppl. al n. 33/2012; F. LISO, *I servizi all'impiego*, in *Percorsi di diritto del lavoro*, a cura di D. GAROFALO, M. RICCI, Cacucci, 2006; S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo*, Giuffrè, 2008; M. NAPOLI, A. OCCHINO, M. CORTI, *I servizi per l'impiego*, Giuffrè, 2010; P. PASCUCCHI, *Le innovazioni in tema di servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità*, in *Redditi e occupazione nelle crisi di impresa*, a cura di G. FERRARO, Giappichelli, 2014; P. A. VARESI, *I servizi per l'impiego*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura G. SANTORO PASSARELLI, Utet, 2014; D. GAROFALO, *Le novità in tema di servizi per l'impiego e di politica attiva del lavoro*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi*, a cura di F. CARINCI, *Adapt Labour Studies*, e.book series, 40/2015; M. RICCI, *I servizi per l'impiego: il quadro legale*, in *Diritto del lavoro e mercato. L'impatto delle riforme del lavoro nell'analisi giuridica dei dati sull'occupazione*, a cura di M. BROLO - M. MARAZZA, *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2015; G. ZILIO GRANDI - M. VITALETTI, *Deleghe per la riforma dei servizi per l'impiego e politiche attive*, in *Rapporto individuale e processo del lavoro*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, Giappichelli, 2014. Per una dettagliata analisi comparata v. A. SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, Maggioli, 2013.

dovrebbe trovare presupposto ineludibile per una realizzazione più moderna delle politiche/tecniche di *Flexicurity*²⁶⁷. Rilievo condiviso è che le tutele del lavoro si contestualizzino nei nuovi contesti economici riposizionandosi dal “contratto” al “mercato” ovvero, meglio, che il diritto del lavoro debba maggiormente rivolgere la propria attitudine regolativa alla dimensione macro dei fenomeni economico-sociali piuttosto che concentrarsi, pressoché in esclusiva, su quella micro delle relazioni all'interno dell'impresa. Operazione in ogni caso da compiersi con maggiore attenzione al contesto internazionale e alla dimensione costituzionale multilivello, sfondo delle vicende riguardanti le transazioni di lavoro.

In questa traslazione – evidentemente anche di valori giuridici di riferimento – la materia delle politiche attive del lavoro rappresenta uno snodo essenziale di verifica della ragionevolezza costituzionale di gran parte delle novità che vengono proposte nell'ampia e ambiziosa delega di fine 2014. Non pare seriamente discutibile, infatti, ed è anzi piuttosto scontato rilevarlo, che la previsione del contratto a tutele crescenti debba trovare forti equilibri endo-ordinamentali in un'adeguata rete di servizi a sostegno dell'occupazione, dell'occupabilità e del reddito delle persone. Politiche passive, certo, ma prima ancora – seguendo una visione aggiornata di *social security*²⁶⁸ – previsione di istituti compensativi della mutevolezza delle carriere e dei percorsi professionali²⁶⁹.

Oggi, più di ieri, il dinamismo dei flussi informativi, la progettazione e l'attivazione di percorsi mirati di collocamento e ricollocazione professionale, la virtuosità della concessione di strumenti di sostegno del reddito e, non ultimo, l'effettività del sistema delle prestazioni – che richiede un equilibrato dosaggio di incentivi all'impiego e disincentivi all'inattività – si impongono come momenti essenziali di realizzazione e garanzia del fondamentale diritto al lavoro prescritto nella nostra Costituzione così come in altre fonti di medesimo rango costituzionale. Ciò, peraltro, considerando l'inevitabile prospettiva di armonizzazione europea, che vede l'Unione attivissima su più versanti. Sia nella fissazione di canoni e coordinate operativi ovvero, a un livello programmatico più generale, nella segnalazione di obiettivi di crescita sociale e occupazionale, sia nel monitoraggio delle iniziative nazionali e nella promozione di pratiche virtuose da porre come modello per i diversi Stati membri. Si tratta di un'esigenza reale, che risponde a ovvie finalità economiche di efficienza distributiva come, non certo meno, a istanze di eguaglianza ed equità; inclusione sociale e tenuta del tessuto civile e democratico dell'Unione stessa. Non è del resto casuale che praticamente negli stessi tempi della riforma italiana sia stato rilanciato il progetto di una “rete europea di servizi pubblici per l'impiego”, con la Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio 15 maggio 2014 n. 573/2014/UE. Il fine è quello di favorire e incoraggiare la cooperazione tra

²⁶⁷ Cfr. sul punto, A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 249/2015; D. GOTTARDI, *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, in LD, 2015, 241 ss., sp. 257; L. ZOPPOLI, *Flexicurity*, voce *Treccani on line*, 2015; A. LASSANDARI, *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi per l'impiego e le politiche attive*, in LD, 2016, 237 ss.

²⁶⁸ Rimarcano tale prospettiva, P. BOZZAO, *I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri*, Editoriale di *federalismi.it*, 8 aprile 2015; E. ALES, *Diritto al lavoro e tutele di welfare*, Relazione al seminario di studi previdenziali “Il sistema previdenziale italiano. Principi, struttura ed evoluzione”, Macerata, 18-19 luglio 2016, dattiloscritto; R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act*, in LD, 2016, 281 ss.. Cfr., per osservazioni su specifiche azioni di *welfare mix*, P. A. VARESÌ, *La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive*, DLM, 2014, 507 ss., sp. 510-518.

²⁶⁹ A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro*; cit.

Stati, soprattutto per la condivisione delle migliori prassi, riconosciute tali a seguito di valutazioni comparative delle misure adottate in ambito nazionale.

2. Insidie, difficoltà e ambizioni di un percorso riformatore.

La riforma del nostro ordinamento sui servizi per il lavoro si inserisce, pertanto, entro un quadro di fondo assai articolato. Un intreccio di diritti, interessi, valori e convenienze da sempre viatico di qualsiasi intervento riformatore; il quale, già di per sé impegnativo nella costruzione delle sue architetture istituzionali, puntualmente si scontra con problemi molto materiali, di ordine organizzativo, finanziario, politico e solo in ultima battuta tecnico-giuridico. Una notazione, quest'ultima, che, pur ovvia, spiega bene – in fin dei conti – le difficoltà del giurista nell'approccio ai temi del funzionamento dei servizi per l'impiego²⁷⁰. Tali e tante sono le variabili di contesto esogene al sistema giuridico stesso, unitamente alla penuria dei tradizionali referenti di armonizzazione interna del sistema medesimo, che facilmente si può incorrere in valutazioni non sempre tecnicamente spendibili per valutare potenzialità o limiti di regole giuridiche ai fini di un loro emendamento/miglioramento ovvero, semplicemente, al fine di una loro analisi critica. In pratica, bisogna fare i conti – triste *impasse* esegetico – con il profondo iato tra il dettato normativo (spesso generico e di mero principio) e le sue prassi applicative.

L'estrema complessità dell'operazione di riscrittura delle regole di governo del mercato del lavoro si è riverberata, del resto, nello stallo di ogni recente progetto di revisione della disciplina promulgata alla fine degli anni '90 e gli inizi del XXI secolo. È da otto anni che si predispongono e si sono lasciate sospese deleghe sulla materia; precisamente dalla legge n. 247 del 2007, che indicava direttrici coerenti con i medesimi obiettivi di semplificazione, programmazione e modernizzazione oggi alla base del Jobs Act. Si parlava di innovazioni già al tempo ritenute necessarie e rimaste, invece, disattese: *“potenziare i sistemi informativi e di monitoraggio; valorizzare le sinergie tra servizi pubblici e agenzie private, tenuto conto della centralità dei servizi pubblici, al fine di rafforzare le capacità d'incontro tra domanda e offerta di lavoro (...); programmare e pianificare le misure per la riqualificazione di lavoratori anziani, valorizzando il momento formativo; promuovere il “patto di servizio” come strumento di gestione adottato dai servizi per l'impiego per interventi di politica attiva del lavoro; rivedere e semplificare le procedure amministrative”*. Oggi finalmente siamo giunti a una regolamentazione di dettaglio, la quale interviene esattamente sugli snodi che tanti anni fa si erano già puntualizzati: è un buon risultato ma il ritardo deve far riflettere, perché esso in qualche modo si proietta sulla lentezza e sulle difficoltà cui sta andando incontro l'attuale riforma. Difficoltà correlate a due tratti ricorrenti delle normative rivolte alle vicende dell'accompagnamento, dell'ingresso e della transizione nel mercato del lavoro; vale a dire: la loro sperimentabilità e un tasso altamente variabile di effettività.

A tal riguardo, significativamente, nella letteratura sulle esperienze applicative delle diverse riforme intervenute in materia (a partire dal d.lgs. n. 469 del 1997) lo stato di realizzazione dei

²⁷⁰ Difficoltà ben rese da A. DONINI, *Effettività dei servizi per l'impiego: forme e garanzie nella ricerca di lavoro*, in LD, 2016, 297 ss., sp. 304-306.

servizi per l'impiego è stato definito “a macchia di leopardo”²⁷¹, avuto riguardo principalmente alla sua dimensione territoriale. Ciò a dire che in passato il medesimo *framework* regolativo ha trovato, regione per regione, realizzazioni anche molto differenziate: a conferma di quanto una regolamentazione per principi in sé non garantisca affatto il successo – certo lo si può dire anche per il fallimento – delle azioni che si intraprendono in quest'ambito.

La lunga premessa sin qui svolta è utile a comprendere quanto questa costola dello Jobs Act richieda particolari sforzi nella fase di attuazione operativa. Metter mano alla materia delle politiche attive impone la considerazione di tutte le variabili cui abbiamo fatto cenno, di alcune precondizioni essenziali: a partire dalla cornice istituzionale in cui quel disegno riformatore va a inserirsi sino ad arrivare al tema delle risorse e dei finanziamenti. Giusto per dare un'idea – per quel che concerne il primo versante segnalato – basti considerare l'innesto del nuovo apparato istituzionale in seno alle competenze, amministrative e legislative, delle Regioni come configurate dalla vigente Costituzione nonché di quel che rimane delle Province ormai in via di dissolvimento; il tutto nel cono di una imminente, possibile riforma del Titolo V della Costituzione²⁷², che affida allo Stato la competenza esclusiva in materia di “tutela e sicurezza del lavoro” e di “politiche attive”.

Le riflessioni che seguono scontano pertanto un assetto – allo stato – meramente prospettico del quadro legislativo di riferimento.

3. Il substrato della riforma: “da dove partiamo”.

Su un punto, però, ci si può consentire un'affermazione netta: la delega e la decretazione delegata tendono a superare proprio le criticità emerse nel previgente regime legale e regolamentare. Il disegno riformatore può essere apprezzato proprio perché affronta integralmente tutti i nodi, e i non pochi limiti, emersi nella pratica del precedente assetto normativo. A partire dalla configurazione dei soggetti che governano il mercato del lavoro ovvero che in esso a vario titolo operano e del loro coordinamento.

Si tratta di un ambito che è stato foriero di inefficienze e lentezze; ambito sin troppo articolato, composto da una molteplice varietà di soggetti²⁷³. Soggetti pubblici, parapubblici e privati: il tentativo di tenerli tutti insieme ha drenato energie e tempo prezioso. Al fondo la stessa dicotomia di competenze legislative inaugurata con la l. cost. 3/2001 ha prodotto rallentamenti per azioni più decisive: inevitabilmente – a prescindere dalla virtuosità di singole realtà regionali – si sono

²⁷¹ Da ultimo v. S. DESTEFANIS- M. ESPOSITO- V. LUCIANI, *Domanda e offerta di competenze al tempo del Jobs Act. Aspetti economici e giuridici*, in *Riv. ec. Mezz.*, 2015, 3-4, pp. 427 ss.; tra i primi a utilizzare tale immagine per definire l'assetto dei centri per l'impiego F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, 607. Utili per avere un quadro dell'assetto organizzativo e dei vari modelli regolativi dei servizi per l'impiego sul territorio nazionale, nel previgente assetto, sia la ricerca ISFOL, *Monitoraggio dei Servizi per l'Impiego 2008*, Roma, 2009 sia quella del Ministero del Lavoro, *Indagine sui Servizi per l'impiego*, Roma, 2013.

²⁷² Il testo di legge è stato pubblicato nella G.U. s.g., del 15 aprile 2016; ora si attende il referendum confermativo, che si terrà nell'autunno di questo stesso anno.

²⁷³ Varietà ad ogni modo ineludibile e per certi versi finanche provvida se si pensa al monismo del collocamento negli anni '70; considerata, quindi, l'opportunità di coinvolgere anche soggetti più radicati nei mercati del lavoro regionali. Sul pluralismo delle competenze in merito al funzionamento del mercato del lavoro v. già R. DE LUCA TAMAJO, *I protagonisti della gestione del mercato del lavoro*, in AA.VV., *Stato, Regioni, parti sociali e mercato del lavoro*. Atti del convegno di Bologna 1987, Napoli, Jovene, 1989, pp. 103-108.

cumulati ritardi e, da un lato, l'approssimazione e l'alluvionalità della definizione statale dei “livelli essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali garantiti su tutto il territorio nazionale”²⁷⁴, dall'altro, la “leggerezza” dell'intervento regionale sulla “tutela e la sicurezza del lavoro”. In media sono così trascorsi almeno sei/sette anni dal d.lgs. 276/2003 per il completamento della cornice normativa di riferimento da parte delle Regioni²⁷⁵ (con qualche strascico in sede giurisdizionale costituzionale); e il critico snodo normativo ha coinvolto tutta la partenza del sistema. Se non fosse bastato, in molti casi le burocrazie regionali e provinciali – escludendo alcune meritevoli ma isolate esperienze amministrative – hanno finito con il dilatare ancora di più i tempi della piena operatività.

Una vicenda esemplare è quella del sistema dell'accreditamento regionale, vale a dire il nucleo essenziale del coordinamento tra funzioni amministrative pubblicistiche e attività dei privati²⁷⁶. L'accreditamento è esattamente il procedimento che verifica l'idoneità di un soggetto – in genere privato, ma anche pubblico secondo alcune normative regionali: è il caso della legislazione lombarda – a operare nell'ambito della rete dei servizi per l'impiego territoriali, a supporto e integrazione della stessa azione regionale. Il ritardo della sua partenza – apertamente riconosciuto in importanti contesti istituzionali²⁷⁷ – ha seriamente compromesso il partenariato pubblico/privato, leva invece forte per una maggiore efficienza dei servizi per il lavoro: nei fatti l'interrelazione è stata in numerosi contesti locali del tutto inesistente. Laddove giova ricordare che proprio sull'apertura ai privati originariamente la Corte di Giustizia puntò il dito nel richiedere il superamento del nostro precedente regime delle attività di collocamento. Il riferimento è alla storica pronuncia c.d. “Job Centre II” dell'11 dicembre 1997 (C-55/96)²⁷⁸, da cui provenne una severa censura al monopolio pubblico italiano nell'ambito delle attività di intermediazione. La realtà ha rivelato, però, che questo ideale indirizzo non ha trovato compiuta accoglienza a livello regionale.

Ovviamente il legislatore nazionale ha contribuito “alla fonte”. Di per sé problematica la coesistenza di tante competenze e tanti attori, la funzionalità dell'assetto avrebbe richiesto snodi di raccordo e di interrelazione assolutamente efficienti: operativi, prima ancora che politico-istituzionali. Ma questi – basti pensare alla sequenza delle varie banche dati sulle politiche del lavoro – hanno funzionato anche meno.

²⁷⁴ Cfr. sui c.d. LEP dei servizi per l'impiego v. E. ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del “livello essenziale della prestazione”*, DLM, 2003, 9; e per una recente e particolare prospettiva P. A. VARESÌ, *I livelli essenziali concernenti i servizi per l'impiego e la sfida della “garanzia per i giovani”*, GDLRI, 2014, 185 ss.

²⁷⁵ P. A. VARESÌ, *I servizi per l'impiego nella legislazione regionale*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI), vol. VI, Cedam, 2012.

²⁷⁶ M. MAROCCO, *Servizi per l'impiego e accreditamenti regionali*, Giuffrè, 2011.

²⁷⁷ Ci si riferisce alle dichiarazioni del Ministro del lavoro Poletti e dei rappresentanti della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome rese – tra febbraio e marzo del 2015 – nelle audizioni parlamentari programmate per l'“*Indagine conoscitiva sulla gestione dei servizi per il mercato del lavoro e sul ruolo degli operatori pubblici e privati*” deliberata nel giugno 2014.

²⁷⁸ I passaggi centrali della sentenza sono i seguenti: a) l'attività di collocamento è assimilabile a un'attività economica; b) «il mercato delle prestazioni di collocamento dei lavoratori è estremamente vasto e altamente diversificato. La domanda e l'offerta di lavoro su tale mercato comprendono tutti i settori produttivi e si riferiscono a una gamma di attività lavorative che va dalla manovalanza non qualificata sino alle qualifiche professionali più elevate e rare. In un mercato così esteso e differenziato, per di più soggetto, a causa dello sviluppo economico e sociale, a grandi mutamenti, gli uffici pubblici di collocamento rischiano di non essere in grado di soddisfare una parte rilevante di tutte le domande di prestazioni».

La storia recente dei servizi per l'impiego appare, allora, contraddistinta da un indubbio sovraccarico funzionale in capo alle amministrazioni pubbliche. Una sorta di solipsismo funzionale, che le ha rese poco dialoganti con la restante parte degli operatori e con le stesse imprese. Sovente, assorbiti da carichi meramente burocratici, i centri per l'impiego – assente una seria programmazione regionale – sono rimasti fermi al palo proprio nell'attivazione degli strumenti più innovativi di politica attiva. Questo è un ulteriore ambito di criticità: clamoroso, ad esempio, è quanto poco o niente si sia fatto nella predisposizione dei "patti di servizio", le convenzioni tra utenti-disoccupati e amministrazione pubblica, indirizzate a definire i reciproci impegni nelle attività di reinserimento al lavoro.

4. Gli impegni della delega e le principali novità introdotte con il d.lgs. n. 150/2015: l'architettura istituzionale e il quadro dei soggetti competenti.

Partendo proprio dal versante dei soggetti, indubbiamente rappresenta una novità significativa l'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro²⁷⁹, partecipata da Stato, regioni e province autonome, vigilata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con il coinvolgimento delle parti sociali nella definizione delle linee di indirizzo generali dell'azione dell'Agenzia stessa.

Prima che vedesse luce lo schema di decreto legislativo sulle politiche attive, poi tradotto nel d.lgs. n. 150/2015, era parso che il legislatore avesse inteso far proprio il modello definito "*one stop shop*": in pratica quello che vede un solo soggetto referente unitario delle misure di politica del lavoro. La stessa espressione "Agenzia", del resto, ha evocato un'eccellenza in questo campo – l'Agenzia federale tedesca, gestore unico delle politiche attive e passive del lavoro – ma sin da subito si è compreso che inevitabilmente la previsione doveva fare i conti (per contingenti ragioni sia di ordine costituzionale sia di ordine organizzativo-amministrativo) con le plurime e diversificate competenze in materia, che conferiscono quindi alle previsioni sull'ANPAL il sapore di una "progettualità forte" diluita in compromessi e resistenze politiche che lasciano dubbi – allo stato – sull'efficienza prospettica di tale soggetto²⁸⁰. Al quale pure si attribuiscono compiti fondamentali di programmazione, gestione e regolamentazione, in un contesto potremmo dire "condominiale", che vede al centro il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e alla periferia le Regioni e le Province autonome; nonché – parallelamente – l'INPS, per la parte delle politiche passive. Con il che il progetto di "*one stop shop*" pare ancora tutto da realizzare: di sicuro sul delicato piano operativo dell'interrelazione tra tutti questi soggetti, che conservano – quanto e più di prima – piani di azione congiunta.

Il Ministero del Lavoro, più che l'Agenzia invero, diventa il centro della c.d. *Rete dei servizi per le politiche del lavoro*²⁸¹, costituita da: l'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro, appunto; b) le strutture regionali per le Politiche Attive del Lavoro configurate dal decreto stesso; c) l'INPS, in relazione alle competenze in materia di incentivi e strumenti a sostegno del reddito; d) l'INAIL, in relazione alle competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle

²⁷⁹ Sull'Anpal v. B. BERTARINI, *L'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro: prime osservazioni*, in *LPA*, 2015, 3-4, pp. 367 ss.

²⁸⁰ L. OLIVIERI, *Agenzia per il lavoro: flebile coordinamento e incertezze sull'erogazione dei servizi*, www.bollettinoadapt.it, 16 giugno 2015; perplessità mosse anche da D. GOTTARDI, *Riforme strutturali* cit., 257. Cfr., inoltre, per ulteriori e più aggiornati spunti critici, A. LASSANDARI, *cit.*, sp. 240-251. Di tenore diverso il favorevole commento di M. MAROCCO, *La nuova governance sulle politiche attive del lavoro*, in *GDLRI*, 2016, 203 ss.

²⁸¹ Il Ministero del lavoro è tenuto a definire le linee di indirizzo triennali e gli obiettivi annuali in materia di politiche attive oltre che i livelli minimi dei servizi da garantire su tutto il territorio nazionale, previa intesa in Conferenza Stato-Regioni e Province autonome.

persone con disabilità da lavoro; e) le Agenzie private per il lavoro e gli altri soggetti autorizzati all'attività di intermediazione; f) i fondi interprofessionali per la formazione continua; g) i fondi bilaterali; h) ISFOL e Italia Lavoro S.p.A.

L'ANPAL sta compiendo i primi passi e la pubblicazione del d.P.R. n. 108/2016 dovrebbe imprimere una nuova velocità. Transitoriamente o, per meglio dire, provvisoriamente, con una disposizione che ha anticipato la pubblicazione dello stesso decreto n. 150 – contenuta nel d.l. sul riordino delle autonomie locali, il n. 78/2015 conv. in l. n. 125/2015 (art. 15 *“Servizi per l'impiego”*) – è stata affidata, allo scopo di garantire livelli essenziali di prestazioni in materia di servizi e misure di politica attiva del lavoro, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e alle regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, la definizione, con accordo in Conferenza Stato-Regioni, di un piano di rafforzamento dei servizi per l'impiego ai fini dell'erogazione delle politiche attive. Sempre allo stesso fine, in una logica di coordinamento amministrativo, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali sta già stipulando, con ogni regione e con le province autonome di Trento e Bolzano, una convenzione finalizzata a regolare i relativi rapporti e obblighi in relazione alla gestione dei servizi per l'impiego e delle politiche attive del lavoro nel territorio della regione o provincia autonoma. Alla data del 15 luglio 2016²⁸² la gran parte delle Regioni ha sottoscritto con il Ministero le convenzioni c.d. di I livello, per la gestione dei servizi per l'impiego e le politiche attive del lavoro; solo in alcune di queste convenzioni risultano, però, già previste alcune funzioni di coordinamento dell'ANPAL. Viceversa procedono con lentezza le convenzioni di II livello, cioè quelle operativamente finalizzate a garantire la continuità di funzionamento dei servizi per l'impiego e l'erogazione delle misure regionali di politica attiva del lavoro.

Il meccanismo della convenzione rimarrà lo strumento operativo privilegiato anche a regime, con la partenza piena dell'ANPAL; il livello territoriale resta pertanto, sul piano squisitamente amministrativo, uno snodo funzionale primario. Anche formalmente sopravvive l'antica nomenclatura, essendo imposto alle Regioni e alle Province autonome l'impegno di assicurare l'esistenza di *«uffici territoriali aperti al pubblico»* denominati, per l'appunto, *“Centri per l'impiego”* (art. 11, d.lgs. n. 150/2015). Tutto ciò, nuovamente, con buona pace del c.d. *“one stop shop”*.

Il legislatore sembra però edotto del rischio delle inefficienze che potrebbero scaturire da questa (ancor troppo) frastagliata geografia di soggetti gestori e, prima ancora, programmatori; con apprezzabile intento si prevede, infatti, la possibile attivazione da parte dell'ANPAL di un meccanismo di compensazione sussidiaria, nei termini di una definizione e gestione *«di programmi per il riallineamento delle aree per le quali non siano rispettati i livelli essenziali delle prestazioni in materia di politiche attive del lavoro o vi sia un rischio di mancato rispetto dei medesimi livelli essenziali e supporto alle regioni, ove i livelli essenziali delle prestazioni non siano stati assicurati, mediante interventi di gestione diretta dei servizi per l'impiego e delle politiche attive del lavoro»* (art. 9, co. 1, lett. l), d.lgs. n. 150/2015).

In ogni caso, anche quando la riforma sarà a pieno regime, regioni e province autonome mantengono le competenze in materia di programmazione di politiche attive del lavoro; da continuare a condividere con quelle del Ministero del lavoro.

²⁸² Ampia e utile documentazione sull'avanzamento e i contenuti delle Convenzioni di I e II livello si rinviene nell'apposita sezione del sito di Italia/lavoro (Progetto ACT).

5. (Segue) L'accreditamento e la cooperazione pubblico-privato.

La riforma ha tracciato ulteriori direttive – sempre nell'ottica del superamento delle criticità prima evidenziate – per migliorare l'efficienza del sistema delle politiche attive. Specificamente ha indicato la «*valorizzazione delle sinergie tra servizi pubblici e privati nonché operatori del terzo settore, dell'istruzione secondaria, professionale e universitaria, anche mediante lo scambio di informazioni sul profilo curriculare dei soggetti inoccupati o disoccupati, al fine di rafforzare le capacità d'incontro tra domanda e offerta di lavoro*». A tal fine viene sottolineata l'esigenza di definire «*criteri per l'accreditamento e l'autorizzazione dei soggetti che operano sul mercato del lavoro e i livelli essenziali delle prestazioni nei servizi pubblici per l'impiego*».

All'ANPAL compete l'istituzione di un albo nazionale dei soggetti accreditati a svolgere funzioni e compiti in materia di politiche attive del lavoro, così come quello valido per gli enti di formazione. Il regolamento per l'accreditamento è affidato a un successivo decreto del Ministro del lavoro, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni e Province autonome (art. 11, d.lgs. 150/2015). In fase di prima applicazione, e sino alla definizione dell'albo, restano valide le procedure di accreditamento predisposte dalle regioni e province autonome; a regime, Regioni e Province definiscono i propri regimi di accreditamento, secondo le linee del decreto di cui si è detto.

Nella prospettiva di un maggior coinvolgimento dei privati spicca la previsione di specifiche procedure di accreditamento dei soggetti abilitati a operare con lo strumento dell'assegno di ricollocazione, istituto di cui tra breve parleremo a proposito delle novità sugli strumenti attivi per l'inserimento e il reinserimento nel mercato del lavoro. Per il resto il modello proposto non sembra troppo lontano da quello già tracciato con il d.lgs. n. 276/2003; i cui articoli 4, 6 e 7 sono, del resto, espressamente, richiamati.

Il coinvolgimento dei privati, quindi, continua a muoversi lungo itinerari piuttosto tradizionali, non emergendo particolari novità²⁸³. Per assistere a un reale cambiamento di tendenza dovremmo pertanto necessariamente aspettare e verificare le attribuzioni che si concederanno – nel decreto sull'accreditamento, prima, e a livello regionale, poi – ai soggetti privati nell'ambito dei servizi e delle misure di politica attiva. La cui gestione, infatti, secondo quanto previsto, potrà essere svolta direttamente dalle amministrazioni pubbliche (regioni e province autonome) ovvero «mediante il coinvolgimento dei soggetti privati accreditati sulla base dei costi standard definiti dall'ANPAL» (art. 18, co. 2, d.lgs. n. 150/2015).

Per la verità il tenore della norma ora citata è piuttosto curioso e ambiguo, là dove si chiude con una formula che assicura comunque – non potrebbe essere diversamente, in effetti – lo spazio di azione dei privati. Non dunque una mera possibilità, come l'«*ovvero*» potrebbe lasciar intendere: infatti l'opzione per così dire politica dovrà esercitarsi «*garantendo in ogni caso all'utente facoltà di scelta*». Analogamente si scrive quando, disciplinando l'assegno di ricollocazione, si lascia al relativo titolare la «*scelta*» tra centri per l'impiego e altri operatori (art. 23, co. 4, d.lgs. n. 150: v. *infra* par. 6). Addirittura nella versione originaria del decreto, come risultava nello schema approvato a giugno 2015, si parlava di un coinvolgimento dei privati secondo meccanismi di «quasi mercato».

²⁸³ Per un'analisi delle possibili modalità di cooperazione pubblico/privato cfr. G. FALASCA, *I servizi privati per l'impiego*, Giuffrè, 2006. V. più di recente, proprio con specifica attenzione alla riforma, le osservazioni di V. FERRANTE, *Le politiche attive del lavoro fra decentramento e accentramento: un dolce girotondo?*, in *LD*, 2016, 267 ss., sp. 274-278.

Pare, allora, che il versante delle sinergie pubblico/privato continui a non assurgere a pilastro essenziale del funzionamento dei servizi per il lavoro e invero si intuiscono, anche in un progetto così innovativo, riserve di fondo su tale coinvolgimento. Non per caso, nell'attuale fase transitoria, sono diverse le realtà territoriali che ancora non riconoscono ruoli primari ai soggetti accreditati.

6. Patto di servizio, assegno di ricollocazione e condizionalità.

Nella prospettiva strettamente giuslavoristica è il capitolo descritto nelle lettere p) e q) dell'art. 1, co. 4 della legge n. 183/2014 quello su cui l'attenzione deve essere fortemente portata. Ci si riferisce ai principi e ai criteri relativi alla introduzione di: «principi di politica attiva del lavoro che prevedano la promozione di un collegamento tra misure di sostegno al reddito della persona inoccupata o disoccupata e misure volte al suo inserimento nel tessuto produttivo, anche attraverso la conclusione di accordi per la ricollocazione che vedano come parte le agenzie per il lavoro o altri operatori accreditati, con obbligo di presa in carico, e la previsione di adeguati strumenti e forme di remunerazione, proporzionate alla difficoltà di collocamento, a fronte dell'effettivo inserimento almeno per un congruo periodo, a carico di fondi regionali a ciò destinati, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica statale o regionale»; nonché «di modelli sperimentali, che prevedano l'utilizzo di strumenti per incentivare il collocamento dei soggetti in cerca di lavoro e che tengano anche conto delle buone pratiche realizzate a livello regionale».

Questa parte della delega aveva trovato già parziale recepimento nella prima *tranche* di disciplina delegata, con la previsione del “contratto di ricollocazione” ex art. 17 del d.lgs. n. 22/2015²⁸⁴. Lo strumento in parola – rivolto a coloro che fossero risultati disoccupati ai sensi dell'art.1, co. 2 lett. c), d.lgs. 181/2000²⁸⁵ – si configurava in prima battuta come un avanzamento e un affinamento operativo del patto di servizio, per un verso, e, per altri versi, generalizzava, sul piano nazionale, modelli regionali virtuosi di attivazione dei soggetti disoccupati. Rispetto al patto di servizio, però, il contratto di ricollocazione poggiava su un fascio di obblighi e diritti molto più puntuale, in ragione del quale è spiegata la concessione di un contributo (c.d. dote), un *voucher* spendibile dal disoccupato presso i soggetti accreditati ai servizi per il lavoro²⁸⁶. L'istituto presentava molti tratti di interesse ma oggettivamente la sua solitaria, isolata collocazione²⁸⁷ nel decreto sugli strumenti

²⁸⁴ Sull'istituto si erano già appuntati numerosi commenti, alcuni dei quali particolarmente accurati e strutturati. V. infatti G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto*, RDSS, 2015, 547 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il contratto di ricollocazione: prime interpretazioni e valutazioni di sistema*, www.bollettinoadapt.it; M. VITALETTI M.), *Luoghi e ricerca del lavoro. Note sul sostegno alla mobilità territoriale nelle politiche per l'occupazione*, in *Diritto del lavoro e mercato. L'impatto delle riforme del lavoro nell'analisi giuridica dei dati sull'occupazione* a cura di M. BROLLO - M. MARAZZA, *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, 2015; P. ICHINO, *Che cos'è il contratto di ricollocazione e come funziona*, Guida al lavoro, 1, 2014. Più di recente, cfr. l'estesa analisi di L. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2016, 141-194, analisi arricchita dall'esperienza politico-amministrativa dell'Autrice.

²⁸⁵ Cioè lo stato di colui che sia “privo di lavoro” e “immediatamente disponibile” allo svolgimento e alla ricerca di un'attività lavorativa secondo le modalità definite dai servizi competenti (art. 1, c. 2, lett. c.), d.lgs. 181/2000: oggi abrogato e sostituito dall'art. 19 d.lgs. 150/2015).

²⁸⁶ Il contratto di ricollocazione prevedeva: il diritto del soggetto a un'assistenza appropriata nella ricerca della nuova occupazione, programmata, strutturata e gestita da parte del soggetto accreditato; il dovere, in capo al disoccupato, di rendersi parte attiva rispetto alle iniziative proposte dal soggetto accreditato e, conseguenzialmente, il diritto-dovere a partecipare alle iniziative di ricerca, addestramento e riqualificazione professionale, mirate a sbocchi occupazionali coerenti con il fabbisogno espresso dal mercato del lavoro, organizzate e predisposte dal soggetto accreditato.

²⁸⁷ La “solitudine” del contratto di ricollocazione è stata subito colta da G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs act* cit., 547.

di sostegno al reddito, avulsa dalla cornice generale delle politiche attive, ha subito gettato ombre sulle possibilità di una reale praticabilità dello strumento. L'attivazione del quale presupponeva una puntuale e funzionale regolamentazione del processo di accreditamento e richiedeva – in capo al soggetto in cerca di lavoro – la “definizione del profilo personale di occupabilità” (c.d. profilazione), procedura che era ancora in corso di definizione nell'apposito decreto in materia di politiche attive per l'impiego: il più volte richiamato d.lgs. n. 150, approvato poi di lì a pochi mesi.

Come è noto il legislatore delegato ha deciso di tornare sui suoi passi riscrivendo l'istituto, che assume oggi il nome di “assegno di ricollocazione” (art. 23, d.lgs. n. 150/2015). Lo scarto semantico è comprensibile – si punta ad esaltare la prestazione concessa al disoccupato – ma francamente non condivisibile. Punto di forza dell'art. 17 – integralmente abrogato – era proprio il richiamo a un *contratto*, comportante l'insorgenza di obbligazioni, diritti e responsabilità²⁸⁸ e, in ipotesi di possibili inadempimenti imputabili alle parti, di una possibile tutela giudiziale ovvero amministrativa. Peraltro la nuova definizione – orientata più verso la prestazione economica che verso la misura proattiva – potrebbe ingenerare equivoci sulla natura dell'istituto e, di conseguenza, sui suoi possibili canali di finanziamento. Finanziamento che potrebbe certo insistere sul Fondo Sociale Europeo solo inquadrando l'assegno come misura attiva di occupabilità, non invece se lo si intendesse come una prestazione di sostegno al reddito. Da questo punto di vista è stato opportuno – ma evidentemente si è al contempo ridotta l'estensione dello strumento – restringere i destinatari, rispetto alla versione originaria (molto aperta) dello schema di decreto, ai soli percettori del nuovo trattamento di disoccupazione (la Naspi) da almeno quattro mesi: sì che non dovrebbero esserci equivoci sulla natura non previdenziale ovvero assistenziale dell'istituto, giacché con tutta evidenza la prestazione connessa all'assegno affianca o, meglio, accompagna – con funzione propria e distinta – la prestazione in senso stretto assicurativa già in godimento del disoccupato.

La nuova definizione, in altri termini, formalmente sembra ridimensionare i tratti più “moderni” e virtuosi della misura; la cui anima, d'altro canto, sopravvive pienamente, ricalcando gli elementi della nuova fattispecie quelli già propri del contratto, giusto con maggiore dettagli in merito ai compiti del soggetto erogatore del servizio di ricollocazione.

Se l'assegno di ricollocazione appare tra le *star* della riforma, è viceversa più interessante – se non altro perché è strumento organizzativo di portata generalizzata, non collegato a specifici canali economico-finanziari – l'analisi dei nuovi contenuti del patto di servizio, patto ora arricchito dell'attributo «personalizzato» (art. 20, d.lgs. 150/2015). Il che lascia auspicare, in coerenza con le finalità di una migliore attivazione dei disoccupati e di un maggior dinamismo dei centri per l'impiego sottese alla riforma, in una realizzazione davvero utile e mirata, non dunque meramente burocratica, di questo essenziale momento di incontro tra il disoccupato e i centri per l'impiego.

Il patto di servizio personalizzato ha quali elementi essenziali: l'individuazione di un responsabile delle attività; la definizione del profilo personale di occupabilità secondo le modalità tecniche predisposte dall'ANPAL; la definizione degli atti di ricerca attiva che devono essere compiuti e la tempistica degli stessi; la frequenza ordinaria di contatti con il responsabile delle attività; le modalità con cui la ricerca attiva di lavoro è dimostrata al responsabile delle attività. È necessario

²⁸⁸ Giustamente si rimarca il profilo della responsabilità nel saggio critico di S. B. CARUSO, M. CUTTONE, *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 283/2015.

che nel patto sia riportata la disponibilità del dipendente a partecipare a proposte e laboratori per il rafforzamento di competenze nella ricerca attiva del lavoro (ad esempio la stesura di un curriculum vitae o la preparazione per sostenere colloqui di lavoro), o ad altre iniziative formative, di riqualificazione o, comunque, di politica attiva. Infine, è di fondamentale importanza che il soggetto si renda disponibile ad accettare un'offerta congrua di lavoro (art. 25, d.lgs. 150/2015). Un'offerta è definita "congrua" in base ai parametri stabiliti al Ministero del Lavoro, su proposta dell'ANPAL. In ogni caso, però, essa può ritenersi tale solo tenendo conto della coerenza con le esperienze e le competenze precedentemente maturate, della distanza dal domicilio e dei tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico e, infine, della durata della disoccupazione e dell'ammontare della retribuzione oggetto della proposta. Quest'ultima deve essere almeno superiore del 20 per cento rispetto all'indennità percepita nell'ultimo mese precedente, da computare senza considerare i fondi di solidarietà. Infatti tali fondi, eventualmente, possono prevedere che le prestazioni integrative corrisposte possano continuare ad applicarsi anche in caso di accettazione di offerta congrua di lavoro.

La mancata partecipazione alle iniziative sopra citate, così come il rifiuto della congrua offerta, preclude la possibilità di fruire degli ammortizzatori sociali e dell'assegno di ricollocazione. Ciò perché la stipula del patto personalizzato e la dichiarazione di immediata disponibilità sono oggi, ancor più di ieri, presupposti fondamentali per l'accesso alle politiche attive del lavoro e alle misure di sostegno al reddito al fine di evitare abusi del sistema. E sono a tal punto collegate politiche attive e passive che, anche qualora un soggetto presenti domanda di ASpl (Assicurazione Sociale per l'Impiego), NASpl (Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego), DIS-COLL (Disoccupazione per i collaboratori) nonché per l'indennità di mobilità, essa equivarrà a dichiarazione di immediata disponibilità del lavoratore, e sarà inserita nel Sistema informativo delle politiche attive e dei servizi per l'impiego. I beneficiari di prestazioni a sostegno del reddito, che non abbiano riottenuto una occupazione, saranno quindi chiamati a stipulare il Patto di servizio personalizzato.

Infine, i lavoratori titolari di strumenti di sostegno del reddito in costanza del rapporto di lavoro potranno essere chiamati a svolgere attività di servizio nei confronti della collettività nel territorio del Comune di residenza (art. 26, d.lgs. 150/2015). L'utilizzo dei lavoratori in tali attività non determinerà l'instaurazione di un rapporto di lavoro. A questi lavoratori spetterà un importo mensile, pari all'assegno sociale, erogato dall'INPS.

L'operatività dell'assegno di ricollocazione e l'effettività del patto di servizio trovano sostegno nelle previsioni che riguardano il rafforzamento della *condizionalità*²⁸⁹ contemplata per l'accesso e la conservazione degli strumenti di sostegno al reddito. Ambito nevralgico e contraddistinto da un alto tasso di ineffettività, si profila oggi viceversa, positivamente, un apparato di sanzioni molto più puntuale, chiaro e coordinato rispetto alla precedente disciplina per l'inosservanza degli impegni sottostanti la presa in carico del disoccupato da parte dei centri per l'impiego (artt. 21 e 22 d.lgs. n. 150). Condivisibilmente, si esplicita il carattere disciplinare per i funzionari pubblici competenti – oltre ai profili di responsabilità contabile – della mancata adozione dei provvedimenti di decurtazione, sospensione e decadenza dal trattamento di disoccupazione (art. 21, co. 11). L'esplicitazione delle conseguenze dell'inosservanza delle procedure amministrative collegate al

²⁸⁹ Per una valutazione e una sistemazione aggiornata dell'applicazione del principio di condizionalità v. già L. CORAZZA, *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, in *GDLRI*, 2013, 489 ss.

patto di servizio personalizzato dovrebbe aprire una stagione di maggior rigore e garantire effettività ai circuiti di attivazione dei soggetti disoccupati: ciò ovviamente sempre che le amministrazioni si adoperino anzitutto ponendo le condizioni per la praticabilità di questo nuovo apparato sanzionatorio. In effetti sarebbe stato opportuno – per quanto indubbiamente pleonastico in una chiave di rigore organizzativo – rimarcare che la diligenza e l'impegno dei centri per l'impiego si giocano per intero proprio su: la definizione dei nuovi strumenti di contatto con l'utenza, la definizione del profilo professionale del disoccupato, la concreta organizzazione delle attività di formazione e di orientamento. Al contrario l'art. 20, co. 4 del decreto n. 150 già contempla che, nel caso in cui siano decorsi sessanta giorni dalla propria registrazione e il disoccupato non sia stato convocato dai centri per l'impiego, sorge il diritto a richiedere all'ANPAL, tramite posta elettronica, le credenziali personalizzate al fine di accedere direttamente alla procedura telematica di profilazione predisposta dall'ANPAL per ottenere l'assegno di ricollocazione. La disposizione purtroppo rischia di deresponsabilizzare i centri per l'impiego, lasciando altresì intendere il carattere un po' troppo standardizzato della costruzione del profilo del soggetto in cerca di occupazione, tale da poter essere totalmente informatizzato: ciò risulta oggettivamente distonico con l'attributo di "personalizzato" con cui si è inteso definire il nuovo patto di servizio introdotto dalla riforma stessa.

7. L'aggiornamento della componente informativa.

Non poteva mancare, infine, l'attenzione ai sistemi informativi. La delega sottolinea l'obiettivo di una loro valorizzazione per la gestione del mercato del lavoro e il monitoraggio delle prestazioni erogate. A tal fine si è indicata l'opportunità di istituire anche il *"fascicolo elettronico unico contenente le informazioni relative ai percorsi educativi e formativi, ai periodi lavorativi, alla fruizione di provvidenze pubbliche e ai versamenti contributivi"* nonché di integrare il sistema informativo con la raccolta sistematica dei dati disponibili nel collocamento mirato nonché di dati relativi alle buone pratiche di inclusione lavorativa delle persone con disabilità e agli ausili e adattamenti utilizzati sui luoghi di lavoro.

Ancora una volta l'iter di approvazione del decreto fornisce utili indicazioni per comprendere il senso e la portata dell'esito normativo finale. Due sono gli articoli di riferimento, gli attuali 13 e il 14 del d.lgs. 150: «Sistema informativo unitario delle politiche del lavoro», «Fascicolo elettronico del lavoratore e coordinamento dei sistemi informativi». Bisogna considerare che nell'originaria formulazione, l'art. 13 dello schema di decreto era rubricato «Sistema informativo *unico* delle politiche del lavoro», qui si prevedeva una reale unificazione – sotto l'egida gestionale dell'ANPAL in raccordo con ISFOL e INPS – delle banche date esistenti (percettori ammortizzatori sociali; comunicazioni obbligatorie) anche valorizzando e riutilizzando le «componenti informatizzate realizzate dalle regioni e dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali». Dopo il passaggio, a fine luglio del 2015, in conferenza permanente Stato-Regioni-Province autonome il sistema è rinominato *unitario*, e la modifica sul piano terminologico corrisponde a un'impostazione che tradisce le resistenze, a livello locale, verso l'abbandono del vecchio sistema policentrico, che molte disfunzioni ha provocato.

Indubbiamente vi è una razionalizzazione rispetto al passato, ma tre nodi informatici – quanti

sono quelli richiamati dall'art. 13²⁹⁰ – rimangono comunque tanti per una connessione efficiente; specie se non vi è adeguato dialogo tra i diversi centri amministrativi, come ancora, allo stato, si deve registrare. Almeno, però, unitario è il momento della registrazione del disoccupato, il quale accede ai servizi per l'impiego registrandosi telematicamente al Portale unico delle politiche per il lavoro (art. 19).

8. Una breve conclusione: “dalle speranze ai progetti, dai progetti alle azioni”.

Il piano sostanziale della riforma dei servizi per l'impiego appare, dunque, piuttosto completo; lo sfondo di insieme risulta razionale nelle sue componenti essenziali. Se un appunto si può fare, esattamente sul versante della solidità sistemica, c'è da dire che non si comprende lo spezzettamento dei temi delle politiche attive e passive in ben quattro degli otto decreti attuativi del Jobs Act (il 22, il 148, il 150 e il 151), specie se consideriamo, ad esempio, la stretta e diretta appartenenza dei temi del collocamento dei disabili – contenuti nel d.lgs. n. 151 – alla cornice dei servizi per il lavoro. E lo stesso può dirsi in merito alla regolazione della condizionalità; anche essa dispersa, specificamente, tra i decreti 22, 148 e 150.

Indubbiamente si poteva approfittare della convergenza e provare a stendere una sorta di Testo unico delle politiche del lavoro, che sarebbe stato il prodotto di un gran lavoro di razionalizzazione; né più e né meno di quanto fatto per le tipologie contrattuali con il d.lgs. n. 81/2015. La realizzazione di un tale testo unico era certo ancora più immediata e lineare, considerando che le discipline dei servizi al lavoro e del sostegno al reddito dei disoccupati sono state praticamente riscritte per intero nel 2015, nei fatti quasi contestualmente.

Il mancato testo unico può però considerarsi un “peccato veniale” se si dimostrerà comunque convergenza e capacità di raccordo nella pratica operativa e nella messa in opera della riforma. Questi momenti rappresentano la sfida reale di tutte le innovazioni descritte, a partire: dall'adeguatezza dei finanziamenti che verranno destinati alle misure di attivazione dei disoccupati, e al personale nonché alla strumentazione dei centri per l'impiego; da stringenti raccordi funzionali tra i soggetti coinvolti nella Rete dei servizi e da efficiente monitoraggio dei risultati di tutti gli operatori. Valori e interessi in gioco sono troppo importanti; siamo in un ambito dove è maggiormente possibile recuperare fiducia e coesione sociale: qui – come detto in apertura – risiede la credibilità di tutto il Jobs Act.

La lezione dei ritardi e degli errori passati dovrebbe indurre a un'azione politico-amministrativa più rigorosa, continua e responsabile; per evitare che la riforma giunga, nella realtà, a esiti inversamente proporzionali all'ampiezza delle proprie ambizioni. L'auspicio è che i tempi lenti e alquanto contorti dell'avvio dell'Anpal – pur degni di affidabilità e per certi versi forieri di qualche positivo risultato – siano solo fisiologici rispetto alla partenza e non la cifra di questa parte del Jobs Act.

²⁹⁰ Il nodo di coordinamento nazionale, quelli dei coordinamenti regionali e il portale unico per la registrazione alla Rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro.

Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. Le "epoche" della vita scientifica di Carnelutti.	89
2. Il lungo e complesso itinerario dell'a. nel diritto del lavoro.	92
3. Gli studi sul rapporto di lavoro.	94
3.1. Gli infortuni sul lavoro.	94
3.2. Un surrogato della legge sul contratto di impiego.	96
4. L'attenzione al metodo e la diversità della sua impostazione rispetto ai giuslavoristi precedenti a Barassi.	97
4.1. ...e a quella dello stesso Barassi.	100
5. La responsabilità dell'imprenditore senza colpa e il rischio professionale.	102
6. La disciplina del recesso.	102
7. La sostituzione dello schema della locazione con quello della vendita di energie.	103
8. Gli studi in materia di diritto sindacale.	103
8.1. Lo sciopero come diritto pubblico subbiiettivo, come inesecuzione collettiva e come indamepimento nel diritto privato.	103
8.2. Intervento del terzo, arbitrato e contratto collettivo.	104
8.3. La "critica" di Romagnoli.	105
9. L'esperienza corporativa: il contratto collettivo come atto normativo e la negazione del conflitto collettivo.	106
10. Il problema dell'inderogabilità del contratto collettivo come atto di autonomia privata e il potere sindacale dopo la caduta dell'ordinamento corporativo.	109
11. La rifondazione costituzionale del diritto del lavoro e la "critica" di Carnelutti del sistema sindacale disegnato dalla Costituzione.	110
12. Il metodo delle origini " e "le variazioni " di politica del diritto di Carnelutti (ovvero da Sraffa a Capograssi incrociando Bottai).	114
13. Due ultime notazioni.	115

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 307/2016

14. Congedo.

117

1. Le "epoche" della vita scientifica di Carnelutti.

Mi sono reso conto che per descrivere il profilo giuslavoristico della complessa figura di Francesco Carnelutti, e cioè il contributo che egli ha dato al diritto del lavoro, risulterebbe incompleta un'indagine che si limitasse a esaminare soltanto i suoi scritti senza considerare i contesti, come si dice oggi, lungo i quali si sono dispiegate la lunga vita e l'opera scientifica del nostro autore.

Bisogna infatti tenere presente che l'operosità scientifica anche in materia di lavoro di Carnelutti dura un sessantennio circa e cioè dal 1904 al 1965, anno della sua morte, e attraversa tre epoche della nostra storia molto diverse in particolare rispetto alla regolazione del rapporto di lavoro e alle normative in materia di diritto sindacale²⁹¹.

La prima va dall'ultima decade del secolo XIX fino all'avvento del fascismo²⁹².

La seconda è quella del Corporativismo attuato in Italia dal Fascismo²⁹³ e la terza inizia con la libertà riconquistata e ha le sue basi nella Costituzione Repubblicana²⁹⁴.

È noto che agli inizi del secolo XX la diffusione dell'industria²⁹⁵ e il consolidamento del movimento operaio contribuirono a determinare i primi conflitti sociali, destinati a inasprirsi anche a causa della grande depressione economica che aveva determinato un aumento dei prezzi del pane e dei generi di prima necessità. I tumulti e le insurrezioni popolari alimentate confusamente da idee socialistiche e anarchiche in diverse città italiane furono aspramente repressi e, in particolare, la cd. "rivolta dello stomaco" venne domata a cannonate a Milano dal gen. Bava Beccaris nel governo del generale Pelloux²⁹⁶.

²⁹¹ Cfr. in generale, Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, Feltrinelli, Roma, 1968 e ss.; si vedano, inoltre, Colarizi, *Storia del Novecento Italiano*, Bur, Milano, 2013, e Chabod, *L'Italia contemporanea (1918-1948), Lezioni alla Sorbona*, Einaudi, Torino, 1961.

²⁹² In particolare, ex multis Gentile, *Le origini dell'Italia contemporanea. L'età giolittiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Id., *L'Italia giolittiana 1899-1914*, Il Mulino, Bologna, 1990; Id. (a cura di), *L'Italia giolittiana (la storia e la critica)*, Laterza, Roma-Bari, 1977; Cammarano, *Storia dell'Italia liberale. 1861-1901*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Seton Watson, *L'Italia dal liberalismo al fascismo*, Laterza, Roma-Bari, 1999; Gaeta, *La crisi di fine secolo e l'età Giolittiana*, Tea, Milano, 1996; Romanelli, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Il Mulino, Bologna, 1990; Aquarone, *L'Italia giolittiana*, Il Mulino, Bologna, 1988; Id. *Alla ricerca dell'Italia liberale*, Mondadori, Milano, 2003; Romagnoli, *Le origini del pensiero giuridico sindacale*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 123 e ss.

²⁹³ Oltre agli Autori citati in nota 1 v. anche Gentile, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2015; G. Gentile, *Fascismo e cultura*, F.lli Treves, Milano, 1928, p. 58. Come è noto, la base normativa dell'ordinamento corporativo è la l. 3 aprile 1926 n. 563 dovuta ad Alfredo Rocco: v. il suo discorso a Perugia il 30 agosto 1925, *La dottrina politica del fascismo*, in *Scritti e discorsi politici*, vol. III, *La formazione dello Stato fascista*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 1103; tra i primi Carnelutti, *Sindacalismo*, in *Dir. lav.*, 1927, I, pp. 4 e ss.; Bottai, *L'ordinamento corporativo italiano*, in *Dir. lav.*, I, 1927, p. 371; v. successivamente Spirito, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*; Volpicelli, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi (Ferrara 5-8 maggio 1932)*, Tip. del Senato, Roma, 1932, Vol. I, Relazioni; Romagnoli, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in *Lavoratori e sindacati*, cit., pp. 187 ss.;

²⁹⁴ Cfr. Colarizi, *Storia politica della Repubblica. 1943 - 2006*, Laterza, Roma - Bari, 2007; Ginsborg, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi*, Einaudi, Torino, 2006; Lanaro, *Storia dell'Italia repubblicana. Dalla fine della guerra agli anni novanta*, Marsilio editori, Venezia, 1993; tra i lavoratori v. F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961 p. 177; Romagnoli, fino al 1969, *Il contratto collettivo difficile*, in *Lavoratori e sindacati*, cit., p. 213.

²⁹⁵ V. anche per un quadro sintetico della situazione dell'impresa nell'Italia dell'epoca, Romeo, *La rivoluzione industriale dell'età giolittiana*, in Caracciolo (a cura di), *La formazione dell'Italia industriale (1969)*, Laterza, Roma-Bari, 1977; Musso (a cura di), *Storia del lavoro in Italia. Il Novecento. 1896-1945. Il lavoro nell'età industriale*, Castelvichi Editore, Roma, 2015; Id. *Storia del lavoro in Italia dall'Unità ad oggi*, Marsilio Editori, Venezia, 2002; Castronovo, *L'industria italiana dall'800 a oggi*, Mondadori, Milano, 2003; Id. *Storia economica d'Italia, Dall'ottocento ai giorni nostri*, Einaudi, Torino, 2006; G. Pino, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *Pol. dir.*, 1984, p. 207.

²⁹⁶ V. per tutti Valera, *I cannoni di Bava Beccaris*, Giordano Editore, Milano, 1966.

I fatti di Milano suscitarono una vastissima eco nel Paese. E se da un lato radicali, democratici e i socialisti condannarono la repressione sanguinosa dei moti e la sommarietà dei processi istruiti dai tribunali militari, dall'altro lato, moderati, reazionari e anche vaste fasce di ceto medio, spaventate dall'esplosione della collera popolare, approvarono la repressione, auspicando una svolta conservatrice ancora più netta.

Anche la Chiesa era già intervenuta sulla questione sociale attraverso la nota enciclica di Leone XIII, *Rerum Novarum* del 1891, dando corpo e sostanza alla dottrina sociale della Chiesa il cui caposaldo è l'accordo e l'armonia delle parti.

D'altra parte dopo la caduta del governo Pelloux si registrò una rapida ascesa del movimento sindacale: le camere del lavoro nate a Milano nel 1891, si moltiplicarono in molte città italiane²⁹⁷ fino alla costituzione del 1906 della CGdL. Il partito socialista fondato nel 1892, si rafforzò diventando una componente rilevante del sistema politico italiano, certamente riformatrice.

Lo stesso Giolitti, nel 1903 nominato Presidente del Consiglio, se ne rese conto a tal punto che offrì a Turati, leader del partito socialista, di entrare nel Dicastero.

L'invito fu rifiutato perché Turati, pur essendo alla guida dell'ala riformista facente capo alla rivista *Critica sociale*, insieme con Anna Kuliscioff e Claudio Treves²⁹⁸, era fortemente condizionato alla sua sinistra da una schiera importante di massimalisti, brillanti oratori e pubblicisti come Arturo Labriola ed Enrico Ferri e alla sua destra da una piccola pattuglia di revisionisti favorevoli, sulle orme di Eduard Bernstein, ad una rilettura critica delle opere di Marx, adeguata alle mutate esigenze del capitalismo moderno.

E tuttavia Turati, pur non entrando nel governo, non rifiutò la collaborazione al Ministero nella politica di riforme su diverse questioni come le pensioni di invalidità, il riposo settimanale e festivo²⁹⁹, la regolazione del lavoro dei fanciulli e delle donne³⁰⁰, l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro³⁰¹, l'avvio della nazionalizzazione delle Ferrovie³⁰².

E in questo scenario caratterizzato da forti tensioni politiche ancor prima della mediazione riformatrice di Giolitti, si inseriscono gli interventi di molti giuristi che auspicavano l'intervento dello

²⁹⁷ Cfr., in generale Perna, *Breve storia del movimento sindacale*, Ediesse, Roma, 1994; A. Pepe, *Classe operaia e sindacato. Storia e problemi (1890-1948)*, Bulzoni, Roma, 1982; Ricci, *La struttura organizzativa del movimento sindacale dalle origini al 1940*, Franco Angeli, Milano, 1986; Craveri, voce *Sindacato dei lavoratori (storia)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, Giuffrè, Milano; Guidotti, voce *Camera del lavoro*, in *Enc. dir.*, V, 1959 Giuffrè, Milano;

²⁹⁸ Valiani, *Gli sviluppi ideologici del socialismo democratico in Italia*, Opere nuove, Roma, 1956; Vigezzi, *Giolitti e Turati. Un incontro mancato*, in collana *Opere di cultura storica e letteraria*, Ricciardi, Milano, 1976.

²⁹⁹ La legge sarà del 7 luglio 1907, n. 489.

³⁰⁰ Legge "Orlando" dell'8 luglio 1904, n. 407, anche se la principale è la legge del 19 giugno 1902, n. 242 e molto tempo dopo delle donne riorganizzata poi in testo unico RD. n. 818/1907.

³⁰¹ Come è noto la legge è la 80/1898 ma ve ne sono diverse: sugli infortuni dei ferrovieri RD 7 maggio 1903, n. 209, sugli infortuni per la gente di mare l. 29 giugno 1903, n. 243 e per gli infortuni degli operai RD 31 gennaio 1904, n. 51 e RD 13 marzo 1904, n. 141, per il regolamento esecutivo.

³⁰² L. 22 aprile 1905, n. 137.

Stato per fare cessare lo stato di guerra tra capitale e lavoro³⁰³ e reclamavano l'esigenza di eliminare la conflittualità sociale attraverso la cd. legislazione sociale³⁰⁴.

In quel contesto, ovviamente, le opinioni erano diverse e in primo luogo i cd. "socialisti della cattedra" come Cimballi, Salvioli, Gianturco, Vadalà Papale, sottolineavano la disarmonia esistente tra vita reale e diritto e richiedevano una revisione radicale del codice e, quindi, un "codice sociale"³⁰⁵.

Vi erano anche i cosiddetti riformisti o solidaristi come Vivante e, accanto a lui, Sraffa, Messina, Redenti e lo stesso Carnelutti, che dei primi si considerava allievo attraverso la Rivista del diritto commerciale, i quali non si spinsero a richiedere un nuovo codice, ma ritenevano che le cd. leggi sociali dovessero essere interpretate all'interno del sistema del codice civile. Secondo questo indirizzo metodologico, i fatti e i valori emergenti dalla nuova società non dovevano essere ignorati, ma dovevano essere inseriti nel sistema.

In quel coro non possono non essere ricordate le voci di Polacco e Chironi. Secondo Polacco³⁰⁶ *"La legislazione civile doveva intervenire sulle questioni sociali sia respingendo le tesi dei fautori di uno stato passivo e muto sia le oscure proposte della sociologia"*, che Polacco considera *"nuova scienza caratterizzata da una babelica confusione di lingue"*.

D'altra parte lo stesso Polacco³⁰⁷ aveva definito le clausole generali "organi respiratori del codice" perchè riconosceva ad esse la funzione di armonizzare con il sistema del codice le mutate condizioni sociali.

Sulla stessa linea si colloca Chironi³⁰⁸, e tra i cosiddetti *timidi*, così denominati da Tortori³⁰⁹, possono essere ricordati De Logu³¹⁰ e Brugi. Il primo critica il termine codice privato sociale perchè confonde concetti privatistici e pubblicistici intrinsecamente diversi tra loro, e Brugi³¹¹, ritiene che una riforma parziale del diritto civile non poteva certo abbandonare istituti consolidati a scelte

³⁰³ V. sul punto: Vivante, *I difetti sociali del codice di commercio.. prolusione romana 1898*, pubblicata nella sua stesura completa *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Critica sociale*, 1902, pp. 345 e ss., la rivista diretta da Turati e ora in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 2012, pp. 11 e ss. e p. 19: *"Anche in Italia sta per finire lo stato di guerra che si apriva ad ogni istante fra padroni e operai. Una legge che obbliga gli imprenditori ad assicurare i loro operai contro gli infortuni, pone a carico del profitto industriale l'onere di risarcire le vittime del lavoro e tutta dominata dalla sua funzione sociale passa sopra ai geniali ma insufficienti principi della libera concorrenza e della libera previdenza"* e ancora ivi, pp. 25 e 35: *"Il sindacato deve espellere senza misericordia gli operai non sindacati per non essere a sua volta espulso dall'opificio"* *"il sindacato costringendo l'operaio ribelle alla disciplina del Sindacato agisce nella sfera contrattuale"*; *"Grande è l'autorità del sindacato col mettere in opera le sole armi che il contratto collettivo gli porge. Ma un gran numero di socialisti in Italia respinge il riconoscimento giuridico delle Leghe o dei Sindacati per cui tanto progredi l'ordinamento fuori del nostro Paese..... Si rifiuta il dono per diffidenza del donatore, ma la diffidenza è fuori di posto"*.

³⁰⁴ Modica, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, in *Il circolo giuridico*, XXVII, 1896, pp. 113, 119-120.

³⁰⁵ Cfr. in argomento Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, Giuffrè, Milano, p. 136.

³⁰⁶ *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile (prelezione letta a Camerino, il 22 gennaio 1885)*, Camerino, Savini, 1885.

³⁰⁷ Polacco, *Le cabale del mondo legale 1908*, in *Opere minori*, Modena Università degli Studi, 1928, vol. I, p. 60;

³⁰⁸ Chironi, *Della responsabilità dei padroni e rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, in *Studi senesi*, I, 1884, fasc. 3, pp. 231 e ss.

³⁰⁹ Tortori, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, p. 573.

³¹⁰ De Logu, *Codice privato e codice sociale*, in *Antologia giuridica*, V, 1891, pp. 11 e ss.; Id., *Le riforme parziali del codice civile italiano e il diritto romano*, in *Antologia giuridica*, III, 1889; v. invece in senso contrario successivamente Gianturco, in note 55-58.

³¹¹ Brugi, *La riforma della nostra legislazione civile*, in *Antologia giuridica*, III, 1889, p. 194.

politiche contingenti tanto che, secondo questo autore, non erano prevedibili mutamenti radicali ma un nuovo adattamento del diritto romano alla nostra società³¹².

E sulla loro scia Barassi affermava che il sistema del codice derivante dal diritto romano era immutabile e intoccabile, mentre le cd. leggi sociali appartenevano al diritto pubblico e costituivano il transeunte.

In questo variegato panorama di opinioni, il giovane Carnelutti subì, per sua stessa ammissione (e lo ripeterà più volte), non l'influenza di Polacco, con il quale pure si era laureato, definendosi "allievo riconoscente ma infedele", bensì le suggestioni metodologiche della Rivista di diritto commerciale fondata da Vivante e Sraffa³¹³.

Tali influssi offrirono a Carnelutti l'opportunità di cimentarsi proprio sul tema dell'interpretazione della legge sugli infortuni sul lavoro³¹⁴, che sarà poi ripubblicato nei due volumi degli Studi sugli infortuni sul lavoro nel 1913, quando il nostro divenne professore di diritto commerciale a Catania, proprio con il sostegno determinante di Sraffa.

Come ricorda Ascarelli³¹⁵, *"la rivista di diritto commerciale era il punto di incontro di romanisti, civilisti, e commercialisti in uno sforzo comune di effettivo rinnovamento del nostro diritto delle obbligazioni. E l'aspirazione all'unificazione del diritto privato non era disgiunta dal desiderio di acquistare una maggiore consapevolezza dello svolgimento del nostro diritto commerciale e di ritrovare nell'intimità della storia il sistema del diritto vigente"*.

E per comprendere ancora meglio il metodo cui si ispira Carnelutti, mi sembra opportuno ricordare quanto scrive Vivante nella parte finale della sua mirabile prolusione romana, vera e propria requisitoria contro il Codice di commercio, in occasione della sua chiamata a Roma, rivolta agli studenti: *"In questa solenne occasione ho preferito far la critica del codice e vi ho svelato gli arcaismi del suo sistema.... Ma serbiamo la critica per i giorni solenni. Il compito nostro sarà più modesto perché io devo esporvi il diritto vigente.... Imparando sul serio il sistema del diritto vigente riuscirete a formarvi delle convinzioni giuridiche, una virtù che manca in genere agli avvocati e talvolta anche ai magistrati del nostro paese..... E quando vi sarete creati con lo studio un sistema di convinzioni giuridiche troverete un valido presidio alla vostra morale professionale.... Nei tecnicismi c'è una forza, purtroppo quasi vergine ancora, per rinvigorire il carattere morale del nostro paese"*³¹⁶.

2. Il lungo e complesso itinerario dell'a. nel diritto del lavoro.

Come si è detto, il contributo di Francesco Carnelutti al diritto del lavoro è stato costante e rilevante.

³¹² V. in argomento Cazzetta, *op. ult. cit.*, pp. 102, 103.

³¹³ V. in particolare Grossi, *Scienza giuridica italiana, Un profilo storico, 1860-1950*, Giuffrè, Milano, che definisce la rivista *"un progetto, una officina, molteplici esperimenti"*, pp. 94 e ss.

³¹⁴ Carnelutti, Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni, in *Riv. dir. comm.* 1904, I, pp. 202-226.

³¹⁵ Ascarelli, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in *Problemi giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 987.

³¹⁶ In *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 2012, pp. 23, 24.

Costante perché durante l'arco della sua lunga vita di studi il nostro a. si è interessato sempre a temi del diritto del lavoro.

Rilevante perché ha preso in esame materie importanti della nostra disciplina, dagli infortuni sul lavoro, al diritto di sciopero e il contratto di lavoro, alle massime delle camere di commercio definite dall'a. un surrogato della legge sul contratto di impiego, al licenziamento, ai numerosi contributi in materia di diritto corporativo e, infine, agli scritti del periodo repubblicano.

Come si tenterà di dimostrare, nei confronti della disciplina del contratto di lavoro allora nascente il nostro a. ha un atteggiamento di attenzione e di vero ricercatore³¹⁷ mentre nei confronti del diritto sindacale, anch'esso nascente, il nostro a. assume un atteggiamento didascalico, proprio di chi ha già pronta la soluzione dei problemi assai nuovi e complessi sollevati dall'emersione dei fenomeni dei gruppi e dei contratti collettivi.

In particolare Carnelutti manifesterà sempre un'avversione alla soluzione dei conflitti con forme di autotutela e cioè dello sciopero, che definisce "guerra", e per questa ragione preferisce la soluzione dell'arbitro o del giudice mentre colloca il contratto collettivo e lo sciopero nel dominio del diritto pubblico.

A questo proposito è agevole riscontrare una notevole continuità delle sue tesi con gli scritti del periodo corporativo e di sostanziale adesione alla legislazione corporativa tanto che egli può essere considerato quasi un precursore di quella esperienza.

E coerentemente con questa iniziale convinzione, nei suoi scritti del periodo repubblicano di forte e aspra critica al riconoscimento da parte della Costituzione del diritto di sciopero egli può essere considerato un nostalgico del corporativismo.

Ovviamente si tratta di contributi significativi che rispecchiano una personalità complessa e sempre incline a confrontarsi dialetticamente con la realtà presa in esame e con gli autori di opinione diversa dalla sua.

E al riguardo val la pena richiamare quanto ha scritto Rescigno di Carnelutti in età matura: "*Diritto civile e diritto commerciale passano attraverso un esame duro, tagliente dell'intera produzione scientifica: rimane ammirevole la capacità di C. - attraverso letture che sicuramente non sono esaustive dell'intero contenuto dei libri, e spesso sono frammentarie se non approssimative- di cogliere di ciascun libro, la sostanza i pregi e i limiti*"³¹⁸.

Infine due note: ho ritenuto preferibile citare passi piuttosto lunghi dei suoi contributi, anziché limitarmi ad indicare due righe dei suoi scritti, per evitare il rischio di sovrapporre la mia valutazione al pensiero dell'a. Come accennato la personalità scientifica di C. è complessa e piena di sfumature e sfaccettature, non sempre univocamente interpretabili.

In secondo luogo va precisato che nel contesto normativo e culturale dell'Italia della fine del secolo XIX le leggi sul lavoro venivano definite tutte "sociali" e intervenivano per realizzare obiettivi

³¹⁷ V. sul punto Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 139: "Carnelutti è un osservatore umile e disponibile di fatti e di norme, misurato ed equilibrato, non ancora il futuro autore di monologhi degli anni trenta in pagine prive di annotazioni quasi come le tavole mosaiche".

³¹⁸ Rescigno, *Carnelutti e il diritto civile del 900*, in *Studi in onore di Mario Talamanca*, Jovene, Napoli, 1997, p. 58 e precedentemente Id., *Francesco Carnelutti e il diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 593.

circoscritti, anche di ordine pubblico, con tecniche diversificate e costituivano tasselli di quello che solo successivamente sarebbe divenuto un settore normativo a sè.

3. Gli studi sul rapporto di lavoro.

Se passiamo ad esaminare gli studi in tema di contratto di lavoro, spicca l'Introduzione agli studi sugli infortuni del 1913, dove l'a. scrive: *"La scienza giuridica, soprattutto in Italia è imperturbabilmente borghese; i problemi giuridici del lavoro la lasciano quasi indifferente"*³¹⁹.

L'affermazione ad una prima lettura sembra indicare un'inclinazione del nostro a. analoga a quella dei giuristi appartenenti al socialismo giuridico, come Cimbali, Salvioli, Gianturco, Vadalà Papale. Come si è detto, questi autori richiedevano qualche anno prima una nuova codificazione ispirata ai principi di socialità e di solidarietà perchè a loro avviso non erano sufficienti adeguamenti e modificazioni, ma era necessario sostituire al principio romano dell'individualismo il principio moderno della socialità.

3.1. Gli infortuni sul lavoro.

In realtà, se si prosegue nella lettura dell'introduzione, l'a. arriva a una conclusione non coincidente con quella degli autori prima citati.

Ma è bene rileggere quello che scrive l'a.: *"La verità dell'affermazione di Alberto Lotmar che il contratto di lavoro abbia oggi almeno tanta importanza quanto la vendita, trova facile conferma nella lettura di qualunque repertorio di giurisprudenza o di legislazione. Questa massa informe di materiali giuridici nuovi bisogna elaborare; su questa nuova plaga di terreno ancora vergine bisogna che il giurista passi l'aratro e il sarchio. Tutte le leggi estravaganti, tutte le norme costituite o che stanno per costituirsi debbono essere coordinate fra loro, ricondotte ai principi, ricollegate ai presupposti; tutti i fenomeni giuridici venuti fuori in questo campo richiedono analisi e classificazione. Anche a tenere conto soltanto delle leggi ormai formate in Italia, non si può dire affatto che il rapporto di lavoro sia specialmente regolato da un solo articolo del codice civile, e per il resto non trovi disciplina fuori dai principi generali: la legge sui probiviri, la legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, la legge sulla risicoltura, la legge sul riposo festivo, la legge sul lavoro notturno nei panifici, la legge sugli infortuni, i vari regolamenti per la prevenzione di questi, la legge sulle casse di maternità, il codice di commercio medesimo integrano il regolamento di quel rapporto disciplinando variamente la forma del contratto, la capacità dei soggetti, i requisiti dell'oggetto, il contenuto delle obbligazioni reciproche, il modo e il tempo e il luogo della prestazione di lavoro, le modalità della prestazione della mercede, la estinzione del rapporto e le conseguenze particolari di questa. Presto, dalla legge sul contratto di impiego altre norme saranno costituite, altre lacune saranno colmate"*³²⁰.

E ancora: *"Uno studio sistematico, su queste basi, del diritto del lavoro non risponde soltanto ad un'ideale estetico di sintesi e di armonia, giova alla migliore interpretazione delle norme speciali e*

³¹⁹ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Athenaeum, Roma, 1913, I, Introduzione, p. XII.

³²⁰ Carnelutti, *ibidem*.

al migliore svolgimento dei germi in queste contenuti per la formazione compiuta e moderna del diritto privato"³²¹.

Vale la pena dunque di uno studio sistematico di queste norme singolari³²².

Da queste pagine risulta evidente l'attenzione del nostro autore al sistema, ma emerge anche l'esigenza di non considerarlo immobile e impermeabile, bensì aperto all'apporto delle leggi speciali³²³.

Non a caso Grossi esprime un giudizio di eccellenza sull'Introduzione di Carnelutti dove il "*sapere tecnico si eleva a momento di interpretazione di tutto un colossale processo storico*"³²⁴. E sulla distinzione tra legge generale e legge speciale, Carnelutti chiarisce in modo esemplare in cosa si concreti veramente l'interpretazione del testo normativo: "il suo rapporto con la coscienza giuridica contemporanea deve fornire i criteri per guidare l'interpretazione. E quando parlo di coscienza giuridica.....intendo riferirmi al diritto che vive nella coscienza collettiva, sia o non sia scritto sulle pagine dei codici e con essa si trasforma e si evolve, che si manifesta quotidianamente nelle ricerche degli studiosi e nelle aspirazioni della giurisprudenza, che si rivela nelle insufficienze della legge scritta e nei suoi contrasti coi bisogni sociali, al diritto latente (definizione di Brugi) che sta, indipendentemente dalle norme dei codici, nell'intimo della vita sociale"³²⁵.

E Carnelutti conclude: "detto ciò in diritto costituendo riconosco che posta la questione di fronte alle parole dell'art. 4 la legge su gli infortuni è legge d'eccezione"³²⁶.

³²¹ Carnelutti, *ult. op. cit.*, p. XIII: "Ciò che nocque, più di ogni altra cosa, al progresso di questa interpretazione, fu l'isolamento dell'istituto dal complesso organismo del diritto privato. Gli errori spesso grossolani, spesso disastrosi che io mi sono studiato di combattere sul concetto di operaio, di imprenditore, di apprendista, sulla revisione dell'inabilità, sulla funzione dei libri paga, sulla responsabilità dell'imprenditore che non ha assicurato, sulla prescrizione dell'azione contro di lui e tanti altri possono essere facilmente evitati con la semplice coordinazione della responsabilità per l'infortunio professionale ai principi del contratto di lavoro o a quelli del contratto di assicurazione".

D'altra parte Carnelutti mette in evidenza (*ult. op. cit.*, p. XIV) come la evoluzione degli istituti giuridici avvenga in gran parte per la pressione di istituti di diritto speciale su istituti di diritto comune; le nuove norme si affermano quasi sempre modestamente sotto forma di eccezioni di scarso rilievo: bisogna che il giurista, il quale vigila lo svolgersi progressivo dei principi..... frughi con pazienza in questi angoli reconditi, tra le pieghe delle leggi speciali per trovarvi i germi pieni di vigore. Sotto questo aspetto il diritto commerciale ha fornito e fornirà alla teoria del diritto privato generale elementi preziosi. E così io penso che giovi, sotto identico profilo la coordinazione al diritto comune di questi speciali istituti del diritto del lavoro

³²² Carnelutti, *ult. op. cit.*, p. XV: "La legge degli infortuni vi è quasi tutta percorsa nelle sue vie maestre e nei suoi aspri sentieri : la teoria dei soggetti, attivo e passivo (operaio e imprenditore) la teoria del presupposto della responsabilità (lesione per causa violenta in occasione del lavoro) la teoria dell'oggetto della responsabilità (misura dell'indennità) la teoria della successione nel diritto all'indennizzo (diritto dei superstiti) la teoria dell'attuazione della responsabilità(assicurazione)".

³²³ Grossi valorizza questo profilo nell'analisi di Carnelutti quando sottolinea, in *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 126: "la coscienza che l'esigua legge speciale non sia un miserabile e disprezzabile rimedio isolato improvvisato da un legislatore incolto, ma la tessera di un mosaico in via di composizione che unito ad altre tessere è capace di rivelare un paesaggio nuovo".

³²⁴ Grossi, *ult. op. cit.*, p. 125.

³²⁵ Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, pp. 202 e ss., ora in *Infortuni su lavoro (studi)*, cit., p. 10 e aggiunge, p. 40 "che il giudice incalzato dalla vis rerum non esita: cerca nell'analogia, nell'uso nell'equità, nella presunta volontà delle parti la regola che non esiste nel contratto e la applica: i massimari di giurisprudenza sono diventati veri codici del lavoro".

³²⁶ Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge*, cit., p. 11.

La distinzione tra diritto costituendo e *jus positum* a proposito della giurisprudenza dei probiviri, divulgata dal notissimo Massimario di Redenti³²⁷ e rispetto alla quale, il nostro a., attento al diritto vivente e ai fatti della vita, ha cura di precisare "che quei giudici (ossia i probiviri), assai più che interpretare il diritto positivo attuale, vadano e debbano andar cercando e applicando il diritto nuovo, il diritto latente, che si forma di giorno in giorno nella vita industriale sempre più complessa e più evoluta", ma " non è la stessa cosa di un interprete del diritto positivo, che non può precorrere le mutazioni della legge "³²⁸.

In ogni caso, pur riconoscendo che la legge sugli infortuni sia eccezionale, il nostro a. non esita ad escludere l'interpretazione restrittiva³²⁹, non solo nel caso degli apprendisti o nel sistema dell'assicurazione operaia, ma in generale quando afferma nel saggio sull'interpretazione in materia di infortuni che "l'interpretazione estensiva della legge non è un sentimentalismo. È il corretto adempimento della funzione dell'interprete, il quale non deve arrestarsi alla sterile constatazione dell'indole derogatoria della legge di fronte al diritto comune ma deve indagarne più addentro l'intimo significato in rapporto alla tendenza del suo tempo"³³⁰.

Queste parole richiamano alla mente quanto ha scritto Natalino Irti in memoria di Francesco Carnelutti: "il metodo di indagine - ragionato ed enunciato come naturalistica obbiettività - si stempera e si disperde in un'inesauribile fantasia costruttiva..... La fantasia carneluttiana è in una straordinaria capacità di combinazioni, di segreti rapporti, di audaci accostamenti, di inattese soluzioni"³³¹.

3.2. Un surrogato della legge sul contratto di impiego.

Un altro importante contributo dove rileva ugualmente l'attenzione del nostro a. per il metodo si ritrova in un saggio dal titolo significativo: "Un surrogato della legge sul contratto di impiego".

In questo articolo vengono prese in esame "le norme" raccolte dalle camere di commercio, che offrivano alle parti un contratto tipo, o meglio un regolamento parziale tipico, che certamente non aveva autorità di regolamento legale "ma per la posizione dell'ente che lo suggerisce e per l'elaborazione di cui è frutto, può esercitare e ha esercitato influenza grande sui contraenti e serve di pungolo e di indirizzo alle parti nel regolamento del rapporto che stanno per contrarre"³³². Carnelutti del resto considerava, sia pure dubitativamente, il suddetto processo surrogativo del regolamento "non solo sintomo del bisogno di un regolamento legale ma del bisogno che il regolamento procedesse in tutto o in parte da fonti che non fossero le fonti legislative vere e proprie"³³³.

³²⁷ Redenti, *Introduzione*, in *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Pubblicazione del Ministero dell'agricoltura, industria e commercio, Roma, 1906, ora ristampato a cura e con introduzione di Caprioli, *Redenti giurista empirico*, Giappichelli, Torino, 1992; Id., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, pp. 356 e ss.

³²⁸ Carnelutti, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, p. 99.

³²⁹ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, cit., vol. I, *Gli apprendisti nella legge sugli infortuni*, p. 102.

³³⁰ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, cit., vol. I, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, cit. p. 45.

³³¹ Irti, *In memoria di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 476 ma vedi anche Id., *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 151 e ss e già in *Quadrimestre*, 1984, p. 223.

³³² Carnelutti, *Un surrogato della legge sull'impiego privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, pp. 275, 279.

³³³ Carnelutti, *ult. op. cit.*, p. 281: "Forse da un lato quel che si continua a chiamare con frase discretamente efficace se non esatta il contratto collettivo, e dall'altro le forme di regolamenti anomali ibridi sul tipo di quello del quale ora discorriamo preludono a un vero e proprio decentramento legislativo della massima importanza".

È vero che lo stesso autore conclude dicendosi soddisfatto di avere illustrato la genesi del fenomeno, ma il richiamo a fonti diverse da quelle legislative manifesta un'attenzione al dato giurisprudenziale e a quello del contratto collettivo come fonti alternative alla legge.

Impostazione che sarà poi raccolta e sviluppata, molti decenni dopo, da una ricerca finanziata dal CNR e promossa da Giugni sulla formazione extra-legislativa del diritto del lavoro³³⁴.

Scrive il nostro a. *"il diritto tende a fissarsi anche prima e senza la sua espressione legislativa. Quando il congegno legislativo è troppo lento altri se ne sostituiscono liberi, agili e vivi"*³³⁵.

Per Carnelutti la regolazione del rapporto di lavoro non può essere una un'esercitazione di logica astratta, *"ma deve tenere conto dei bisogni della vita. E l'espressione genuina di questi bisogni è data dalle reciproche aspirazioni degli interessati. Di fronte a questi fenomeni il compito del giurista è assai più quello di cogliere, dalle manifestazioni nuove, i principi di diritto che vanno maturando. In ciò sta anche la divisa più cara di questa Rivista (diritto commerciale): essa tiene più forse che a interpretare le leggi ad interpretare la vita"*³³⁶.

Questo può considerarsi il manifesto metodologico cui si ispira Carnelutti nei suoi primi studi che egli stesso denomina "di battaglia".

In altre parole, in questo periodo, per Carnelutti i principi di diritto devono essere tratti dalla realtà anziché da formule astratte scollegate dalla realtà dei fatti

4. L'attenzione al metodo e la diversità della sua impostazione rispetto ai giuslavoristi precedenti a Barassi.

È ora possibile trarre qualche rilievo, pur sempre provvisorio e mai definitivo, perché il pensiero di Carnelutti è complesso e pur essendo in taluni casi costante, risente moltissimo del contesto in cui l'a. scrive.

In primo luogo, va sottolineato un diverso approccio con il diritto privato del nostro a. rispetto ai giuristi del cd. socialismo giuridico prima citati, e cioè il recupero nel sistema del diritto privato delle leggi del lavoro, rispetto all'esigenza manifestata dai primi della redazione di un nuovo codice sociale.

È opportuno però aprire una parentesi e chiarire che la letteratura prebarassiana sul contratto di lavoro si contraddistingue per l'eterogeneità culturale e scientifica dei contenuti, contrassegnati, talvolta, da un unico tratto comune e cioè la critica del diritto vigente, dei suoi ritardi e incongruenze rispetto ai mutamenti della realtà industriale, al quale contrapporre un intervento radicale, con la formulazione di discipline completamente nuove rispetto a quelle del codice.

³³⁴ Aa. Vv., *La disciplina dei licenziamenti nell'industria italiana 1950-1964*, Gruppi di studio Università di Bari e Bologna; Aa. Vv., *Sulla formazione extralegislativa del diritto del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 1968.

³³⁵ Carnelutti, *Un surrogato*, cit., p. 282. Non mi sembra condivisibile quindi il giudizio espresso da Tarello in *Riv. dir. proc.*, 1986, pp. 498 e ss., sul presunto metodo formalistico e dogmatico di Carnelutti, almeno con riferimento al periodo ed agli scritti in esame.

³³⁶ Carnelutti, *Un surrogato*, cit., p. 283.

Basta leggere gli scritti di Jannaccone³³⁷, Modica³³⁸, Betocchi³³⁹, Salvioli³⁴⁰, Cogliolo³⁴¹, Tartufari³⁴², Vadalà Papale³⁴³ per rendersi conto dell'assoluta eterogeneità dei contributi, già rilevata da Gioele Solari nel 1906³⁴⁴ e, più di recente, da Ungari³⁴⁵.

Qualche notazione particolare merita il contributo di Gianturco³⁴⁶ il quale, pur avendo scritto molto poco di diritto del lavoro, dimostra una particolare sensibilità alla questione sociale e chiarisce nella sua prolusione napoletana che *"il diritto deve cercare nella solidarietà umana e non nella lotta di classe le regole della vita sociale allo scopo di ristabilire l'armonia per la grande strada del progresso e della fratellanza umana"*³⁴⁷.

Discorso richiamato e apprezzato, dopo la morte di Gianturco, da Alfredo Rocco³⁴⁸, forse in modo strumentale perchè, come ha chiarito Pietro Rescigno, il privato sociale di Gianturco non ha nulla a che spartire con l'ideologia corporativa³⁴⁹. E tuttavia va ricordata, insieme a Treggiari³⁵⁰ e Gaeta³⁵¹, la contrarietà di Gianturco a risolvere il conflitto collettivo con lo sciopero, definito *"una vera iattura per gli operai in Italia, dove l'industria è ancora bambina"*. Per Gianturco la soluzione era l'arbitrato, promosso e anzi imposto dallo Stato³⁵².

I contrasti tra i giuristi cosiddetti novatori o neoterici o socialisti e gli ortodossi si acuirono fino alla presentazione e alla mancata approvazione del progetto di legge del 26 novembre 1902 sul contratto di lavoro Cocco-Ortu e Baccelli³⁵³.

³³⁷ Jannaccone, *Contratto di lavoro*, voce in *Enc. giur. italiana*, vol. III, parte 3.

³³⁸ Modica, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione. Studio storico critico comparato*, in *Il circolo giuridico*, 1896, pp. 107, 125.

³³⁹ Betocchi, *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Stab. Tip. N. Jovene & C., Napoli, 1897.

³⁴⁰ Salvioli, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti e operaie*, Palermo, 1890; Id., *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il nuovo diritto*, Alberto Reber, Palermo, 1906.

³⁴¹ Cogliolo, *Voti circa la costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Atti del IV congresso giuridico di Napoli*, 1899.

³⁴² Tartufari, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo* (discorso letto per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'università di Macerata), Tip. Bianchini, Macerata, 1893, p. 39.

³⁴³ Vadalà Papale, *Diritto privato e codice privato sociale*, in *La scienza del diritto privato*, 1893, I, pp. 7-39; Id., *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Relazione al IV congresso giuridico nazionale*, in *Atti*, Napoli, 1897, vol. II pp. 9 e ss.

³⁴⁴ Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, ed. postuma Giuffrè, Milano, 1980, a cura di Paolo Ungari.

³⁴⁵ Ungari, *In memoria del socialismo giuridico: la scuola del diritto privato sociale*, in *Pol. dir.*, 1970, I, pp. 241- 268 e II, *Crisi e tramonto del movimento*, pp. 241-268.

³⁴⁶ Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale, Prolusione alla R. Università di Napoli*, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, La libreria dello Stato, Roma, 1947, pp. 262-269.

³⁴⁷ Gianturco, *Sul contratto di lavoro*, Napoli, 1902, ora in *Opere giuridiche*, cit., p. 270.

³⁴⁸ Gianturco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi 50 anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 297.

³⁴⁹ Rescigno, *Due centenari*, e Treggiari, *Un profilo biografico*, ambedue in *Emanuele Gianturco, Nuovi studi per i centenari*, a cura di Ferdinando Treggiari, Pisani Teodosio Edizioni, Avigliano, 2013, pp. 9 e ss., spec. 13.

³⁵⁰ Treggiari, *Un profilo biografico*, cit., p. 17.

³⁵¹ Gaeta, *Sciopero e pacificazione sociale tra otto e novecento: un viaggio in compagnia di Emanuele Gianturco*, in *Emanuele Gianturco*, cit., pp. 79.

³⁵² E secondo Gaeta, dopo la prima guerra mondiale il tema dell'arbitrato obbligatorio diventa una comune invocazione, op. cit., p. 96.

³⁵³ Nel 1901 fu istituita la Commissione Chimirri con il compito di predisporre un disegno di legge sul contratto di lavoro ma non conseguì alcun risultato e il disegno di legge Cocco Ortu-Baccelli del 1902 sul contratto di lavoro non fu neppure discusso in Parlamento. Solo nel 1905 il Consiglio superiore del lavoro, a seguito della mancata approvazione del progetto di legge Cocco Ortu-Baccelli, fu dell'opinione che sarebbe stato più produttivo affrontare il problema, anzichè nel suo complesso, per categorie e così fu presentata alla Camera una proposta di legge per regolare solo il rapporto di impiego privato dall'on. Luzzatti il 12 dicembre 1912 e su di essa Orlando presentava il 24 aprile 1913 la nota relazione nella quale opportunamente sottolineava come il progetto, per la natura

Emblematico, fra i critici delle lacune del codice sulla disciplina del contratto di lavoro è Tartufari³⁵⁴ che, nello scritto del 1893 paradossalmente, ripropose almeno in parte le critiche di Polacco del 1887³⁵⁵ *"alla ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta delle opere"*. Dico paradossalmente perché la critica dei due autori, pur essendo simile, ha origini profondamente diverse.

Nel contributo di Polacco si avverte l'ansia del sistema e l'istanza di una teorizzazione più raffinata, contraria ad assimilazioni improprie tra locazione di cose e locazioni di opere. In Tartufari, che scrive sei anni dopo, si coglie la contrarietà all'interpretazione estensiva delle norme della locazione di cose alla persona del lavoratore, perché questo a. sottolinea la peculiarità del contratto di lavoro: *"in nessun altro caso la prestazione oggetto del contratto si presenta così strettamente connessa alla persona che ne è il subbietto, e in nessun altro caso la persona medesima entra in modo così diretto nell'adempimento degli obblighi contrattuali onde (si riscontra) fra locatore e conduttore una personale dipendenza del primo verso il secondo congiunta ad una morale ed economica padronanza di questo su quello che negli altri contratti è affatto sconosciuta"*³⁵⁶.

E tuttavia la lucida e anticipatrice analisi di Tartufari non risultò vincente, perché non riuscì ad individuare nel sistema principi unitari, ma concluse la sua denuncia con la richiesta di un intervento legislativo che non sarà approvato nel 1902, ma vedrà la luce solo molti anni dopo e limitato solo agli impiegati.

E questo aiuta a comprendere perché i più convinti sostenitori della riforma del codice civile, dopo la mancata approvazione del progetto di legge Cocco Ortu-Baccelli, si convertirono gradualmente all'impostazione proposta da Barassi.

inderogabile di alcune norme, ovviamente poste a tutela della parte debole e cioè dell'operaio, costituisse una novità assoluta nel diritto privato dell'epoca, dominato dal principio dell'uguaglianza delle parti, e costituisse perciò un *vulnus "alla libertà, intesa nel suo triplice senso di libertà giuridica, economica, e politica"*: cfr. Orlando, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 151.

Anche Turati presentava una relazione al consiglio superiore del lavoro, pubblicata in *Ministero agricoltura, Atti consiglio superiore del lavoro XVIII sess. nov. 1912*, Roma, 1913, p. 166, assolutamente favorevole all'approvazione di questa legge perché, coerentemente con una logica ed un disegno riformatore, si rendeva conto che in quel contesto l'alternativa era il nulla e non una legge sul contratto di lavoro.

Turati aveva ben presente la diversa capacità di aggregazione degli operai e parimenti lo stato di disorganizzazione e di frammentazione del ceto impiegatizio: *"I commessi di negozio sono sparpagliati in mille botteghe e subiscono più facilmente le rappresaglie dei padroni, difficilmente possono fare con successo uno sciopero che sarebbe pure un'arma difensiva non indifferente"* (replica alla relazione, p. 16).

Secondo Turati (*ibidem*), questa legge doveva assolvere ad una funzione di uniformità della disciplina simile a quella che avevano avuto le norme proposte dalle camere di commercio rispetto agli usi e alle consuetudini e all'equità del giudice, ma si rendeva conto dell'impossibilità di disciplinare nella legge il contratto di lavoro di tutte le categorie di impiegati privati e di coagulare una materia così mobile entro la formula ferrea di un articolo di legge. Non a caso, nel progetto di legge sul contratto di impiego privato, modificato secondo i voti del consiglio superiore, non compare la definizione di impiegato. V. invece, in senso fortemente critico, Romagnoli, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 189 e ora in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 77 considera questa legge classista.

³⁵⁴ Tartufari, *op. cit.*, pp. 26, 27.

³⁵⁵ Polacco, *Appunti sulle locazioni*, in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 1887, p. 409.

³⁵⁶ Tartufari, *op. cit.*, p. 11. V. il particolare apprezzamento di Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit. p. 58.

Rispetto ai pre-barassiani, altro spessore presentano i contributi di Messina³⁵⁷, di Redenti³⁵⁸, in parte di Galizia³⁵⁹ e, come si è visto, quelli di Carnelutti, che però sono successivi alla prima edizione dell'opera di Barassi del 1901 e si muovono secondo una lunghezza d'onda parzialmente diversa.

Infatti la tesi di questo a. e anche quella di Galizia³⁶⁰ sulla funzione e la rilevanza del concordato di tariffe e poi del contratto collettivo sono sostanzialmente diverse da quella di Carnelutti.

Come è noto, Messina è cauto nel richiedere l'intervento del legislatore perché crede che sia più efficace per tutelare i diritti dei lavoratori l'organizzazione dei soggetti collettivi e la pressione di una coalizione nei confronti del datore di lavoro. In particolare il saggio di Messina riesce a superare la figura del contratto plurisoggettivo perché individua nel gruppo un contraente unico che ha un interesse collettivo e quindi risolve in qualche misura il problema dell'efficacia *ultra partes*, anche se è perfettamente consapevole dell'inidoneità del contratto collettivo a risolvere senza l'ausilio della legge il problema cruciale della sua efficacia reale e, conseguentemente, della sua inderogabilità da parte del contratto individuale.

4.1. ...e a quella dello stesso Barassi.

Dalle pagine dell'Introduzione agli studi sugli infortuni risulta evidente anche la diversità del metodo di Carnelutti, a mio avviso assai più moderno dell'approccio di Barassi, sul rapporto tra leggi speciali e diritto privato³⁶¹.

Per Barassi, in particolare nella prima edizione della sua monografia del 1901 esiste una netta distinzione tra diritto privato e leggi sociali, perché, come si è già rilevato il primo è immutabile mentre le leggi sociali costituiscono il transeunte e devono considerarsi norme di diritto pubblico

E nega la necessità di un dialogo tra giuristi economisti e sociologi.

Viceversa per Carnelutti le leggi sociali vanno collocate entro il sistema e il sistema non può essere più costruito senza fare riferimento ad esse perché solo se inserite nel sistema, servono a rimediare alla deficienza di regolamento espresso dal codice civile ed allo squilibrio tra la libertà del lavoratore e quella dell'imprenditore nel determinarsi al rapporto³⁶².

³⁵⁷ Messina, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, e ora in *Scritti giuridici*. IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 3.

³⁵⁸ Redenti, *Introduzione al Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., e Id., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, p. 358.

³⁵⁹ Galizia, *Il contratto collettivo di lavoro*, Pierro, Napoli, 1907, p. 107, riproposto in versione anastatica con presentazione di Mario Napoli, Wolters Kluwer-Ipsa, Milano, 2000.

³⁶⁰ Messina, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.* 1904, I, ora in *Scritti giuridici*, IV *Scritti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1948, 29 e Mengoni, *Il contributo di Giuseppe Messina allo sviluppo del contratto collettivo nel diritto italiano*, in *Scritti in onore di salvatore Pugliatti*, vol.II, *Diritto commerciale e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 445; Galizia, *Il contratto collettivo di lavoro*, cit.

³⁶¹ In una prospettiva attuale e diversa, sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali v. Irti, *I frantumi del mondo*, in *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 151 e ss.

³⁶² Carnelutti, *Sul contratto di lavoro relativo a pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, pp. 416 e ss.

E tuttavia, come ha sottolineato Mengoni³⁶³, Barassi nella seconda edizione della sua opera (1915- 1917), sollecitato da una critica di Carnelutti³⁶⁴, modifica in parte il suo pensiero sul rapporto di estraneità della legislazione sociale rispetto al diritto privato.

Barassi ammette che il sovrapporsi "*al concetto atomistico proprio del diritto privato di una considerazione d'ordine prettamente sociale non conferisce carattere di diritto pubblico alle norme imperative con cui essa si fa valere nel rapporto di lavoro*".

Ciò detto, va riaffermato che la monografia di Barassi sul contratto di lavoro nel diritto positivo italiano del 1901 (I ed.)³⁶⁵ è risultata vincente rispetto agli apporti dei suoi predecessori perché ha utilizzato categorie esistenti nel sistema del codice come la *locatio operarum* e la *locatio operis* e ha messo in evidenza la grande elasticità e adattabilità di questi istituti, tale da renderli sempre accetti³⁶⁶.

Barassi ha il merito, - o, a seconda dei punti di vista, il demerito - di avere individuato i criteri distintivi tra *locatio operarum* e *locatio operis* nella subordinazione, e cioè nella direzione del lavoro da parte del conduttore d'opera, che è sicuramente un criterio elastico con le sue luci e le sue ombre, e nell'assunzione del rischio a carico dell'imprenditore.

Una critica serrata a questa impostazione è stata condotta da Spagnuolo Vigorita³⁶⁷, che ha sottolineato "*il vizio costruttivo non tanto delle singole soluzioni ma piuttosto dell'impostazione metodologica che accomuna (e confonde) tutte le soluzioni*".

Si tratta di chiedersi, di fronte a queste esatte osservazioni, se la stratificazione di leggi successive per scopi specifici e diversi avrebbe comunque consentito la formazione di uno statuto epistemologico della nostra disciplina e se tale processo di formazione sarebbe stato più agevole o più veloce di quello storicamente ottenuto mediante l'individuazione di una fattispecie unitaria, pur con le inevitabili forzature.

D'altra parte la subordinazione sarà accolta dal codice civile del '42 come dato di qualificazione del tipo legale, anche se Barassi è rimasto del tutto estraneo alla redazione del libro V e il nuovo codice civile ha trasformato in archetipo quello che per Barassi era un sottotipo³⁶⁸.

E al di là di questi rilievi sul tipo contrattuale, un interrogativo di maggior rilievo nell'interpretazione del diritto del lavoro, analogo a quello che Ascarelli³⁶⁹ si poneva per il diritto commerciale, come singolare conseguenza dell'unificazione del diritto privato nel codice del 1942, riguarda il ruolo che la "civilisation" del diritto del lavoro in generale e del rapporto di lavoro in particolare, operata dal nuovo codice, ha avuto nell'interpretazione della dottrina lavoristica successiva alla caduta dell'ordinamento corporativo.

³⁶³ Mengoni, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione*, in *La nascita del diritto del lavoro*, a cura di Mario Napoli, Vita e pensiero, Milano, 2003, pp. 13 e ss.

³⁶⁴ Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge su gli infortuni* pubblicato per la prima volta nella *Riv. dir. comm.* 1904, II, p. 98.

³⁶⁵ Napoli, (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro, Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

³⁶⁶ V. in arg. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit. p. 140 e adesivamente Grossi, *op. ult. cit.*, p. 60.

³⁶⁷ Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro: Problemi storico critici*, Morano editore, Napoli, 1967, p. 58.

³⁶⁸ Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2 ed., 1915-17, I, p. 767. Sul punto v. anche Mengoni, *op. ult. cit.*, p. 20.

³⁶⁹ Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Id., Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 109.

A questa domanda si potrebbe rispondere sinteticamente che, sul piano dell'interpretazione, la civilisation del diritto del lavoro ha dato forza e ragione a quella parte della dottrina secondo la quale "per il diritto del lavoro il problema è di correggere la logica tradizionale del contratto non di rifiutarla"³⁷⁰.

5. La responsabilità dell'imprenditore senza colpa e il rischio professionale.

Non sarebbe completo il discorso sulle opere di Carnelutti in tema di contratto di lavoro se l'indagine si fermasse ad osservazioni sul metodo dei suoi studi sugli infortuni, senza segnalare il merito degli importanti, e a quell'epoca nuovissimi, istituti regolati dalla legge sugli infortuni e sistemati da Carnelutti come la responsabilità senza colpa e il correlativo rischio professionale.

Tali istituti per il giurista del lavoro attuale sono ormai acquisiti, ma al tempo di Carnelutti incontrarono forti resistenze, perché infrangevano il principio della responsabilità soggettiva per colpa³⁷¹.

E, come si è visto, proprio in questa materia le *diversità di metodo* tra Barassi e Carnelutti si attenuano e non impediscono di segnalare talune convinzioni complementari tra i due autori.

La distinzione tra *locatio operarum* e *locatio operis* ha la sua importanza nel dialogo tra i due giuristi laddove Carnelutti giustamente rivendica alla legge sugli infortuni la funzione di integrare il deficiente regolamento del contratto di lavoro statuito dal codice³⁷².

E sul titolo in base al quale deve essere prestata l'attività di lavoro per l'applicazione della legge sugli infortuni, dopo l'iniziale indifferenza si afferma la tesi, per merito di Carnelutti negli studi sul concetto di operaio e sui criteri di interpretazione della legge, che l'esistenza del contratto di lavoro e non la *locatio operis* sia il requisito dell'obbligo di assicurazione³⁷³.

Barassi accetta tale impostazione quando afferma che l'obbligo di assicurare l'operaio, nei casi voluti dalla legge, "penetra nel contenuto del contratto di lavoro, è cioè obbligazione contrattuale"³⁷⁴. È questa un'acquisizione relevantissima per un'epoca nella quale l'obbligo del padrone era solo quello di corrispondere la mercede.

Ovviamente il rapporto assicurativo presuppone un valido contratto di lavoro.

6. La disciplina del recesso.

Degno di menzione, a mio avviso è anche lo scritto sul licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato perché tiene conto del contesto dell'epoca che, ai sensi dell'art. 1628 c.civ. 1865, vietava di obbligare la propria opera in perpetuo.

³⁷⁰ Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 6; critica questa impostazione Romanoli, *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2009, p. 390.

³⁷¹ Sul tema degli infortuni sul lavoro v. l'indagine storica di Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986.

³⁷² Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, cit., I, *Introduzione*, p. VIII.

³⁷³ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, cit., I, *Sul concetto di operaio nella legge degli infortuni*, pp. 57 e in part. p. 61.

³⁷⁴ Barassi, *Il contratto di lavoro nell'ordinamento positivo italiano*, II ed., 1915-17, p. 707.

In altri termini, Carnelutti valorizza la temporaneità e (oggi diciamo) la natura di contratto di durata, della locazione delle opere e quindi, individua, per analogia a quanto previsto per la locazione delle cose dall'art. 1609 c.civ. del 1865, la disciplina del recesso che opera ex nunc ed è preceduta dall'obbligo del preavviso.

Non sembra quindi che il nostro a. tenga conto degli ammonimenti di Polacco (maestro ma non troppo di Carnelutti) che, si è già detto, criticava l'ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta di opere. E non tiene conto neppure della proposta di Barassi che fondava sulla fiducia il potere di recesso del datore di lavoro. In realtà la proposta di Carnelutti ha il limite di porre sullo stesso piano il datore di lavoro e il prestatore di lavoro.

Ciononostante questa tesi segnerà per molto tempo la disciplina del recesso dal contratto di lavoro, e sarà accolta anche dall'art. 2118 del codice civile del 1942³⁷⁵.

7. La sostituzione dello schema della locazione con quello della vendita di energie.

Per completezza, accanto alle luci che rifulgono negli Studi sugli infortuni non si può fare a meno di individuare qualche ombra come la tesi, rimasta invero isolata, secondo cui le energie umane prestate dal lavoratore nel contratto di lavoro fossero cose equiparabili all'energia elettrica.

Nell'ansia di superare il peso della tradizione che, a suo dire, rallentava lo svincolo del contratto di lavoro dalla locazione, Carnelutti sostituisce allo schema della locazione quello della vendita, senza avvedersi che questo schema, al pari della locazione, avrebbe separato il lavoro dal suo autore e certo non sarebbe risultato più favorevole per il lavoratore³⁷⁶.

8. Gli studi in materia di diritto sindacale.

Nel campo del diritto sindacale i temi affrontati da Carnelutti sono ovviamente lo sciopero e il contratto collettivo e, il nostro a., si dimostra sin dall'inizio critico rispetto alla liceità civile dello sciopero mentre crede fermamente nell'intervento del terzo e dell'arbitrato obbligatorio come mezzo di composizione del conflitto.

8.1. Lo sciopero come diritto pubblico subbiettivo, come inesecuzione collettiva e come indamamento nel diritto privato.

Già nel 1907 Carnelutti esprime con chiarezza il suo pensiero³⁷⁷: *“A proposito del diritto di sciopero, si può parlare come di un vero diritto pubblico subbiettivo, riconosciuto sulla stessa linea del diritto di riunione, di associazione di stampa, da quando lo sciopero cessò di essere considerato reato. Ma tutt'altra cosa è nell'orbita del diritto privato e contrattuale: qui esso è inconcepibile, non potendosi pensare, dato l'ordinamento atomistico del contratto di lavoro, se non a singole*

³⁷⁵ V. in senso critico, Romagnoli, *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2009, pp. 373 e ss. e in part. 394, ove afferma: *“la licenza di licenziare d'una volta è il bottino di uno scippo dottrinale legalizzato”*.

³⁷⁶ Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, pp. 354 e ss. e in part. 388. V. anche la valutazione critica di Romagnoli, *Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, I, p. 424, e, più recentemente, Id., voce *Diritto del lavoro*, in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 428.

³⁷⁷ Carnelutti, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro* in *Riv. dir. comm.*, 1907, pp. 87, 94. Inoltre, per Carnelutti lo sciopero sospende e non estingue il rapporto di lavoro. In altri termini il datore di lavoro è costretto a riammettere gli scioperanti se nel corso dello sciopero non li abbia regolarmente licenziati, salvo che il licenziamento sia abusivo. E per Carnelutti lo sciopero deve considerarsi abusivo, qualora a fronte di uno sciopero legittimo, il padrone licenzi per puro spirito di rappresaglia. E in tal caso, il datore di lavoro è obbligato al risarcimento del danno.

inesecuzioni dei singoli rapporti, mentre sciopero significa inesecuzione collettiva. Nè dal fatto che il diritto pubblico riconosca la liceità della inesecuzione collettiva può essere tratta la conclusione aberrante che cotesta sospensione sia sempre legittima di fronte al diritto privato.

Siamo in pieno dominio delle norme ordinarie sull'esecuzione dei contratti: il debitore inadempiente non potrà invocare per esimersi dalla responsabilità che il caso fortuito o la forza maggiore da un lato o l'inadempimento del creditore dall'altro".

Nel primo caso, lo sciopero è legittimo perché la sua inesecuzione è involontaria per essere determinata dallo sciopero degli altri. Nel secondo caso, lo sciopero è ugualmente legittimo quando è determinato dall'inadempimento dell'imprenditore.

Al di là di questi due casi, per Canelutti *"lo sciopero costituisce inadempimento dato l'ordinamento legislativo atomistico del contratto di lavoro.*

Si può anche non condividere il ragionamento di Canelutti, ma secondo le norme del tempo non è infondato³⁷⁸.

In altri termini e brevemente, lo sciopero non rientrava nell'area del diritto privato perché rilevava come libertà con il codice Zanardelli, che aveva depenalizzato lo sciopero, ma rimaneva inadempimento sul piano del contratto, e poi con l'ordinamento corporativo, cessa di essere anche una libertà e torna ad essere reato.

Come si vedrà, solo con la Costituzione, lo sciopero diventa diritto, e la dottrina in misura largamente prevalente lo qualifica come diritto a titolarità individuale³⁷⁹ e ad esercizio collettivo e, conseguentemente cessa di essere inadempimento.

8.2. Intervento del terzo, arbitrato e contratto collettivo.

Ma tornando a Canelutti bisogna sottolineare che il nostro a. compie nello scritto "sui criteri di interpretazione della legge" una diagnosi corretta del fenomeno sindacale e propone soluzioni tendenti a garantire l'ordine sociale piuttosto che la libertà e l'autonomia dei gruppi collettivi.

Infatti, egli prende atto che *"traverso la disparità economica delle parti la libertà contrattuale ha mutato il regolamento bilaterale in regolamento unilaterale del rapporto "* e tuttavia, a fronte di questa disparità, rileva che: *"il movimento professionale sorge, si allarga si afferma, il gruppo*

³⁷⁸ cfr Castelvetti, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 168, che richiama le opinioni diverse di Redenti, secondo il quale lo sciopero non poteva determinare il licenziamento ricorrendo alla clausola generale della buona fede, o di Messina, secondo il quale lo sciopero poteva considerarsi un rischio di impresa.

³⁷⁹ V. ad es. F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, pp. 177 e ss., Mengoni, *Lo sciopero nel diritto civile*, in AA.VV., *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 4; Viceversa qualifica lo sciopero come diritto a titolarità collettiva, Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, p. 221.

*riassorbe l'individuo come soggetto contraente e si sostituisce a lui; il regolamento collettivo zampilla dalla duplice fonte dell'arbitrato e del contratto e disegna nell'avvenire lontano il nuovo equilibrio dei contraenti senza intervento della legge*³⁸⁰.

E pur riconoscendo nel movimento associativo dei lavoratori l'unico rimedio per ristabilire l'equilibrio tra le parti, l'a. sottolinea che la sostituzione della volontà sociale alla volontà privata come fonte del regolamento del rapporto individuale è *"un ricostituente troppo energico della volontà dell'operaio e assomiglia assai al provvedimento di chi per sottrarre una persona alle violenze dell'altra, la piglia e la porta in prigione"*³⁸¹.

E *"davvero il regolamento legale imperativo del rapporto è legittimo solo per quei punti che impegnano un vero interesse sociale, per il resto almeno nella genesi è eccessivo"* e conclude *"tra le altre forme di ricostituzione, che direi artificiale, dell'equilibrio tra i contraenti la più importante forse, certo logicamente e storicamente la più spontanea, è l'intervento nel regolamento del rapporto di un terzo il quale si trovi in condizioni favorevoli da poter premere sull'imprenditore per ottenere migliori condizioni al lavoratore"*³⁸².

Nel ragionamento di Carnelutti i migliori rimedi per superare il conflitto sono il conciliatore e l'arbitro, ossia, come egli stesso afferma, *"vietare il dibattito spontaneo e diretto tra le parti e con ciò le forme di coazione di cui tale dibattito si giova. Cioè vietare lo sciopero. Ecco come l'istituto della conciliazione e dell'arbitrato obbligatorio abbiano come rovescio della medaglia il divieto più o meno netto dello sciopero"*³⁸³.

Il nostro a., con notevole espediente dialettico, considera l'arbitrato obbligatorio un male, ma un male minore dello sciopero³⁸⁴.

E poi seguono una serie di osservazioni "pedagogiche" che si concludono con queste parole: *"Quando i gruppi professionali saranno così consolidati ed evoluti da misurare le conseguenze del conflitto e da stabilire subito il risultato di esso, la lotta per la formazione del contratto, lo sciopero e la serrata diventeranno un ricordo...."*

*I contraenti non avranno più bisogno delle stampelle perché cammineranno da soli. La contrattazione collettiva diventerà seria e quieta come la contrattazione di borsa. Questo è l'avvenire*³⁸⁵.

8.3. La "critica" di Romagnoli.

Secondo Romagnoli *"l'uso insistito di queste metafore esprime la divisa mentale di chi guarda la realtà non come un processo in evoluzione con il quale interagire per aiutarlo a svilupparsi, ma*

³⁸⁰ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro, Criteri di interpretazione della legge*, pp. 38-39 E sia pure con un interrogativo non considera utile in materia di lavoro l'astensione del legislatore *"chi si sente nell'attesa del nuovo equilibrio di lasciar correre l'acqua per la china omettendo quella progressiva formazione di norme legali, a volte dispositive a volte imperative integranti il regolamento contrattuale singolare del rapporto di lavoro, che ottengono una ricostituzione artificiale, bensì, ma provvida dell'equilibrio tra i contraenti?"*

³⁸¹ Carnelutti, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, p. 416 e ss e in part. 418.

³⁸² Carnelutti, op. ult. cit., pp. 418, 419.

³⁸³ Carnelutti, *Le nuove forme di intervento dello Stato nei conflitti collettivi di lavoro* in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, I, p. 412.

³⁸⁴ Carnelutti, op. ult. cit., p. 412.

³⁸⁵ Carnelutti, op. ult. cit., p. 413 e nello stesso ordine di idee precedentemente Id., *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private* in *Riv. dir. comm.*, 1909, pp. 416 e ss. e in part. 424.

come una devianza da correggere, come la rottura di un equilibrio preesistente che con la cura si può ricostruire"³⁸⁶.

Osserva ancora come per Carnelutti il pluralismo sociale debba essere istituzionalizzato e non debba essere competitivo.

Ed infine censura Carnelutti per la sua visione statica e non dinamica della contrattazione collettiva³⁸⁷.

Considerando il contesto storico in cui si muoveva Carnelutti la critica di Romagnoli appare troppo severa. Infatti la valorizzazione del contratto collettivo come fonte regolativa diversa dalla legge (da preferire al comando legislativo, perchè pur condividendone i caratteri della generalità e dell'astrattezza non ne ha la rigidità³⁸⁸) deve essere considerata sicuramente un passo avanti nella diversificazione e nella pluralità delle fonti.

È vero, come si è già rilevato, che si riscontra una notevole continuità tra il pensiero di Carnelutti e l'ideologia corporativa ma sarei cauto nel generalizzare la tesi della continuità tra pensiero tardo liberista del periodo precorporativo e ideologia corporativa³⁸⁹. La legge del 1926 ha stabilito una vera e propria cesura con l'ordinamento del lavoro del periodo liberista perchè ha modificato il dna del diritto del lavoro: ha inciso profondamente nella regolazione delle relazioni industriali; ha privato i sindacati della libertà e dell'autonomia considerandoli struttura dello Stato e ha modificato addirittura il nome del diritto del lavoro in diritto corporativo³⁹⁰. Come del resto la Costituzione e prima ancora il decreto legislativo luogotenenziale del 1944 segneranno una cesura dell'ordinamento democratico rispetto a quello corporativo anche in materia di lavoro.

Può invece essere condiviso il giudizio di Romagnoli quando afferma che Carnelutti perfeziona un modello che anticipa, a mio avviso, in parte, la legificazione "cingolata", di Alfredo Rocco³⁹¹.

9. L'esperienza corporativa: il contratto collettivo come atto normativo e la negazione del conflitto collettivo.

Nel 1927 dopo la promulgazione della legge del 1926 Carnelutti invia alla rivista "Il diritto del lavoro" fondata da Giuseppe Bottai un articolo dal titolo "Sindacalismo" che inizia così: "*In linea*

³⁸⁶ Romagnoli, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.* 1996, p. 429.

³⁸⁷ Romagnoli, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, cit., p. 431. Come lo stesso Romagnoli riconosce in nota 42, a quell'epoca in Italia, prima della mediazione di Giugni, non era conosciuta l'opera di Kahn-Freund e, quindi, non può essere imputata a Carnelutti la mancata conoscenza di questo autore.

³⁸⁸ Carnelutti, *Sul contratto di lavoro*, cit. p. 418.

³⁸⁹ Romagnoli, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, ora in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, sottolinea una certa continuità tra l'ideologia del tardo liberismo e l'ideologia giuridica corporativa. Diversamente Giugni, nell'*Introduzione* alla sua raccolta di saggi *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 12, evidenzia come il recupero del passato, obliterato dal ventennio corporativo, fosse ricco di speculazioni ed intuizioni. E aggiunge che non si trattava di un diritto che nasce ma di un diritto pervenuto a giovinezza se non a maturità, negli anni che corrispondevano all'età giolittiana e alla breve ma intensa stagione di libertà sindacale che ad essa si era accompagnata.

³⁹⁰ Nell'ordinamento corporativo i sindacati cessano di essere associazioni volontarie e private ma diventano soggetti pubblici. Pertanto, il contratto collettivo è ormai dominio definitivo del diritto pubblico perché è diventato un atto normativo, sia pure *sui generis*. Come è noto, sarà inserito tra le fonti del diritto del codice del 1942 dopo la legge e i regolamenti, e per le norme corporative l'art. 13 delle preleggi vieta l'applicazione analogica. Lo sciopero la serrata tornano ad essere reati. Il conflitto è giudicato dalla magistratura del lavoro.

³⁹¹ Romagnoli, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, cit. p. 431.

di massima non ci sono cose nuove da dire".

In questo articolo, l'a. tiene a sottolineare che le idee che ora manifesta sono risalenti e *"non procurate oggi per comodità"*³⁹² e afferma *"dopo un'evoluzione ultrasecolare attraverso una guerra e due rivoluzioni, il processo di depurazione del sindacalismo è compiuto. Noi abbiamo oggi, in Italia del sindacalismo puro"*³⁹³.

E per Carnelutti *"la logica del sistema porta inevitabilmente il contratto collettivo a spiegare la sua efficacia rispetto a tutti gli appartenenti alla categoria e così i sindacati a comandare veramente ai terzi"*³⁹⁴,

E ancora: *"il diritto del lavoro oggi, in Italia è una cosa assai più vasta e complessa che non fosse ieri o che non sia in altri paesi. Una volta il diritto del lavoro era soltanto una parte del diritto privato: riguardava quella che noi giuristi chiamiamo ancora la locazione delle opere.... Oggi il diritto del lavoro è penetrato nel cuore del diritto pubblico cioè nel diritto costituzionale. Ora ci siamo accorti che occupa una nuova forma o terza dimensione del diritto..... che regola i rapporti tra le classi: così accanto al diritto interindividuale e al diritto internazionale si mostra un terzo piano del diritto, il diritto intersindacale. Or questo è, almeno in gran parte diritto del lavoro" e "queste nuove formazioni della storia integrano ma non distruggono i due monumenti più insigni della nostra civiltà giuridica, che sono la proprietà e il contratto"*³⁹⁵.

E in questo modo il nostro a. distingue un diritto del lavoro privato, riferito al contratto individuale di lavoro e alle sue trasformazioni, e un diritto del lavoro pubblico, legato alla conflittualità dei gruppi e all'intervento ordinante dello Stato.

D'altra parte Carnelutti cessa di essere un anticipatore ma diventa un sostenitore del sistema corporativo quando afferma che la legge 3 aprile 1926, avendo vietato il pluralismo sindacale e lo sciopero, ha fatto cessare il disordine e ha instaurato il regno del diritto³⁹⁶.

E tuttavia le tesi sostenute da Carnelutti non bastano ai cd. "Puri del regime" come Volpicelli o Costamagna.

Il primo considera il corporativismo di Carnelutti uno strumento di difesa della costruzione privatistica che ha le sue fondamenta nella proprietà e nel contratto³⁹⁷, inficiata dal dualismo tra individuo e società³⁹⁸.

³⁹² Carnelutti, *Sindacalismo*, in *Dir. lav.*, 1927, I, p. 4.

³⁹³ Carnelutti, *Sindacalismo. cit.*, p. 7.

³⁹⁴ Carnelutti, *Sindacalismo cit.*, p. 8.

³⁹⁵ Carnelutti, *Sindacalismo cit.*, p. 9.

³⁹⁶ Carnelutti, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, Edizioni Diritto del lavoro, Roma, 1930, vol. I, pp. 35 e ss.

³⁹⁷ Volpicelli, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi* (Ferrara 5-8 maggio 1932), Tip. del senato, Roma, 1932, Vol. I, Relazioni.

³⁹⁸ Volpicelli, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno*, cit., Vol. III, Discussioni, pp. 86-88.

Il secondo³⁹⁹ denuncia la insufficienza rivoluzionaria di parecchi giuristi – come il nostro a. – che insistono nell'interpretare la legislazione corporativa partendo dal diritto privato⁴⁰⁰.

In realtà come ricorda Romagnoli, Giuseppe Bottai, promotore culturale del corporativismo, era ben consapevole della debolezza scientifica dei suoi interpreti e giudicava controproducenti gli estremismi dei cd. giuristi politici nel pretendere la fascistizzazione della scienza giuridica senza che essa fosse ancora completata a livello legislativo⁴⁰¹.

Certo il corporativismo di Carnelutti non esclude la rilevanza del contratto di lavoro individuale ma è incompatibile con la presenza e autonomia dei gruppi e con il conflitto sociale, necessariamente sterilizzato dall'intervento dello Stato. E come il nostro autore ha affermato, questo è il vero diritto del lavoro.

Nella Teoria del Regolamento collettivo, cui antepone il titolo di Lezioni di diritto industriale, Carnelutti chiarisce due punti importanti, che poi continueranno a costituire croce e delizia per il contratto collettivo di diritto comune.

Il contratto collettivo che l'a. denomina "proprio" può avere effetti reali e non solo obbligatori come il concordato di tariffe, solo per effetto di una disposizione di legge che regoli il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale.

Per Carnelutti *"senza una nuova disposizione di legge il regolamento collettivo non può essere costituito nè possono essere raggiunti gli effetti essenziali che consistono nella subbiezione dei singoli alle sue norme sebbene non siano concorsi affatto alla sua formazione e nonostante la loro contraria volontà"*. E la nuova norma in Italia è stata emanata con la legge 3 aprile 1926⁴⁰².

In secondo luogo Carnelutti, pur riconoscendo che *"il contratto collettivo è un accordo fra portatori di opposti interessi diretto alla composizione del conflitto"*, afferma che *"la dinamica del contratto collettivo è diversa da quella del contratto individuale perché i sindacati non contrattano in forza di diritti soggettivi ma di pubblici poteri; il contratto non genera la modificazione di un rapporto giuridico tra loro esistente, ma il regolamento di rapporti tra soggetti diversi da quelli che lo hanno concluso. Il contratto collettivo è precisamente l'accordo di due o più sindacati opposti per regolare i rapporti di lavoro della categoria alla quale i sindacati appartengono"*. E segue la frase rimasta scolpita nel tempo: *"Pertanto il contratto collettivo è un ibrido che ha il corpo del contratto e l'anima della legge; attraverso il meccanismo contrattuale gioca una forza che trascende il diritto soggettivo e si sprigiona in un movimento che va oltre il rapporto giuridico tra le parti"*⁴⁰³.

³⁹⁹ Costamagna, *Il valore del contratto collettivo e la dogmatica giuridica tradizionale*, in *Mass. giur. lav.*, 1935, p. 71.

⁴⁰⁰ V. sul convegno ferrarese del 1932 le opportune precisazioni di Irti, *Un inquieto dialogo sul corporativismo*, in *La cultura del diritto civile*, Utet, Torino, 1990, in cui l'a. esamina il dialogo critico di Cesarini-Sforza alle relazioni di Volpicelli, già citata, e di U. Spirito, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*, a proposito di proprietà e impresa.

Di recente Gaeta, *«La terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*, Atti delle Giornate di Studio AIDLASS di Napoli, 16-17 giugno 2016, dattiloscritto, pp. 12-13.

⁴⁰¹ Così Romagnoli, *op. ult. cit.*, p. 195 e nota 19, dove opportunamente riporta il pensiero di Lorenzo Mossa, *"mai come oggi, col crescente monopolio della vita sociale da parte dello Stato l'opera del giurista è stata necessaria.... La necessità di rinnovare la sua funzione non si raggiunge con la critica ignorante o l'accusa sterile"*: Mossa, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Arch. st. corp.*, 1930, p. 259.

⁴⁰² Carnelutti, *Teoria del regolamento collettivo*, cit., p. 52.

⁴⁰³ Carnelutti, *ivi*, p. 108.

10. Il problema dell'inderogabilità del contratto collettivo come atto di autonomia privata e il potere sindacale dopo la caduta dell'ordinamento corporativo.

Come si è già rilevato queste affermazioni consentono di misurare la distanza della concezione del contratto collettivo di Carnelutti dal primo e organico studio di Messina del 1904 che non a caso si chiama di tariffe, per la derivazione germanica del termine tariffa, e perché la determinazione dei minimi di tariffa era il principale obbiettivo di quel contratto.

Per Messina diversamente da Carnelutti questo istituto gravitava completamente nell'area del diritto privato e coerentemente con questa impostazione⁴⁰⁴ non riesce a superare il limite dell'efficacia obbligatoria del contratto collettivo e conseguentemente non può affermare l'invalidità delle clausole del contratto individuale difformi, ma soprattutto non riesce a fondare l'efficacia sostitutiva delle clausole del contratto collettivo: invece entrambi gli effetti saranno riconosciuti dall'art. 2077 c.c. al contratto collettivo corporativo.

Del resto, pur nella cornice completamente diversa della libertà di organizzazione sindacale e del diritto di sciopero, sono note le difficoltà che hanno accompagnato i tentativi di fondare l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune da parte del contratto individuale.

Non sono valsi i riferimenti all'irrevocabilità del mandato collettivo (artt. 1723 e 1726)⁴⁰⁵, nè il richiamo all'art. 1374 c.c.⁴⁰⁶. Come è noto, la giurisprudenza ha risolto il problema empiricamente, perché ha continuato ad applicare l'art. 2077 c.c., che pure regola il rapporto tra il contratto collettivo corporativo, atto normativo, e il contratto individuale. E da ultimo Mengoni⁴⁰⁷ ha ritenuto di fondare l'inderogabilità delle clausole del contratto collettivo sul testo del nuovo art. 2113 c.c.

Liberato dai vincoli del corporativismo, il potere sindacale, attraverso l'unità di azione fra le associazioni sindacali storiche e il doppio livello di contrattazione, ha garantito alla classe lavoratrice un grado di benessere crescente e, in certi periodi storici, ha svolto anche una funzione di supplenza sindacale.

Inoltre, con l'esperienza della concertazione il sindacato non ha svolto soltanto una funzione di tutela degli interessi collettivi in una sfera di diritto privato ma, pur rimanendo soggetto privato, ha partecipato alla funzione pubblica nella cura dell'interesse generale, con pari dignità del Governo e delle associazioni degli imprenditori⁴⁰⁸.

Certamente non è agevole assolvere nel lungo periodo, in un regime di anomia, alla funzione pubblica da parte di un soggetto che vuole rimanere privato, per il semplice motivo che non esiste svolgimento di funzione e quindi esercizio di potere senza assunzione di responsabilità.

⁴⁰⁴ Giugni, Intervista in RIDL, 1992, I, p. 423 ha definito il concordato di tariffe duramente dogmatico ma con tutto un retroterra di rilevazione empirica e quindi di conoscenza precisa della realtà fattuale.

⁴⁰⁵ F. Santoro-Passarelli, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. e giurisprudenza*, 1950, p. 299 e ora in *Saggi di diritto civile*, cit., pp. 217 e ss.

⁴⁰⁶ Giugni, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AA.VV., *Il contratto collettivo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, ora in *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 151.

⁴⁰⁷ Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e Valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 247.

⁴⁰⁸ AA.VV., *Parlamento e concertazione*, in *Quaderni di Arg. Dir. Lav.*, Cedam, Padova, 1999, e vedi in particolare l'introduzione di Franco Carinci, pp. 7 e ss.

E, d'altra parte, l'auspicata verifica elettorale della rappresentanza sindacale, regolata dalla legge può assolvere alla funzione di rappresentare tutti i lavoratori di un determinato gruppo individuato dallo stesso contratto soltanto in presenza di una divisione netta di competenze tra sindacato e soggetto politico.

In caso contrario, a mio avviso, l'esito naturale è il sistema corporativo della Camera delle Corporazioni, cui implicitamente allude Canelutti nel suo articolo sul Sindacalismo⁴⁰⁹: *"Il Parlamento deve radunare i portatori di tutti gli interessi e questi portatori devono essere capaci di difenderli. Non si può ottenere questa scelta finchè i cittadini non si ripartiscono in gruppi secondo la omogeneità degli interessi. Finora invece, allo scopo di fare la scelta, noi li abbiamo divisi per ragione di territorio. Il collegio elettorale e per nove decimi un raggruppamento illogico ed inerte. Il gruppo dinamico, atto a operare la selezione dei capaci e a combinare la rappresentanza degli interessi non può che essere il sindacato"*.

L'alternativa tra le due risposte alla crisi della società capitalistica, e cioè il corporativismo e il pluralismo liberale, è delineata anche dalla dottrina anglosassone⁴¹⁰.

Nel sistema del pluralismo liberale la rappresentanza di interessi non sostituisce ma si affianca alla tradizionale rappresentanza politica generale: *"La coesistenza tra le due forme di rappresentanza è garantita dalla mancata istituzionalizzazione dei gruppi di interessi e quindi dalla reciproca autonomia degli stessi dallo Stato e viceversa. La conflittualità tra i diversi interessi e i diversi gruppi che ne sono portatori e tra gli stessi e lo Stato non è dirompente per la connessione sociale, da un lato, perché nessuno dei gruppi è autorizzato ad interpretare la volontà generale.... dall'altro perché il ruolo di interprete della volontà generale, proprio per il permanere della rappresentanza politica rimane comunque affidato all'insieme delle istituzioni pubbliche"*⁴¹¹.

Ciò non significa affatto che il legislatore non possa regolare con legge la rappresentanza sindacale in conformità a quanto disposto dall'art. 39 Cost., o che ogni regolamentazione del fenomeno sindacale presenti rischi di corporativismo.

Esemplari in questo caso sono state la genesi e la funzione dello Statuto dei lavoratori, nato non per regolare i soggetti del sistema di relazioni industriali bensì il funzionamento di quest'ultimo e, in particolare, per sostenere l'attività del sindacato in azienda. Come è noto, lo Statuto ha rafforzato il sindacato maggiormente rappresentativo per rendere effettivo l'esercizio dei diritti sindacali e non anche per garantire l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi e, per questa ragione, non ha certamente istituzionalizzato la rappresentanza sindacale.

11. La rifondazione costituzionale del diritto del lavoro e la "critica" di Canelutti del sistema sindacale disegnato dalla Costituzione.

Negli ultimi scritti⁴¹² in materia di lavoro, Canelutti in più occasioni assume un atteggiamento

⁴⁰⁹ Canelutti, *Sindacalismo*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, I, p. 4 e in part. p. 8.

⁴¹⁰ Kahn-Freund, *Labour and the law*, Stevens & Sons, London, 1972; Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, 1924, tr. it. Il Mulino, Bologna, 1981.

⁴¹¹ Così M. G. Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 16.

⁴¹² Canelutti, *Stato moderno: stato corporativo*, in *Pagine libere*, editrice Gismondi, Roma, 1949, p. 213: questo titolo si modifica in *Stato democratico: Stato corporativo*, in Canaletti Gaudenti, De Simone (a cura di), *Verso il corporativismo democratico*, Cacucci, Bari,

fortemente critico nei confronti del nuovo assetto regolativo dello sciopero contenuto nella Carta costituzionale. Presupposto del pensiero dell'a. è che il riconoscimento del diritto di sciopero significa guerra e la guerra, sia pure economica, non può essere consentita all'interno dello Stato perché altrimenti si configurerebbe addirittura una rinuncia della sovranità dello Stato:

*"Un ordinamento giuridico, il quale, come l'ordinamento italiano, riconosce il diritto di sciopero, confessa la sua impotenza a regolare i conflitti di lavoro, posto che regolare un conflitto significa anzitutto evitare e pertanto proibire la guerra tra gli uomini..... La proclamazione del diritto di sciopero implica la tolleranza della guerra entro le frontiere dello Stato e pertanto l'incompletezza del suo apparato giuridico"*⁴¹³ Ma il nostro a., in luogo dello sciopero, continua a prospettare la soluzione dell'arbitrato obbligatorio.

Come forse è noto, queste tesi erano sostenute dall'a. in forte polemica con quelle di Francesco Santoro-Passarelli e tale confronto è richiamato in una nota del saggio *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*⁴¹⁴, che può considerarsi il manifesto della rifondazione del diritto del lavoro del primo periodo post-costituzionale.

E può destare meraviglia che Canelutti sia arrivato a conclusioni così estreme, di esclusione del diritto di sciopero dal nostro ordinamento, avendo egli affermato, alle origini, *"che un regolamento giuridico soddisfacente dello sciopero e dei suoi effetti sul contratto di lavoro non si potrà avere se non lo si cerchi fuori dal campo individualista attuale, con la creazione di norme di diritto materiale e di diritto formale adatte a codesto fenomeno essenzialmente collettivo"*⁴¹⁵.

Tuttavia, è anche vero che Canelutti ha sempre sostenuto l'opportunità dell'arbitrato obbligatorio in luogo dello sciopero, precedendo e assecondando la legislazione corporativa e rinsaldando in essa le sue convinzioni.

E da quella posizione non si è mai distaccato, anche quando la Costituzione aveva creato le norme di diritto materiale e formale atte a regolare codesto fenomeno essenzialmente collettivo e cioè lo sciopero.

La resistenza di Canelutti a prendere atto delle rilevanti novità normative introdotte dalla Costituzione mi ha indotto a riflettere, in ciò stimolato dal vibrante e affettuoso ricordo di Claudio Consolo⁴¹⁶ (probabilmente al di là delle sue intenzioni), sulle implicazioni sottostanti di politica del diritto che hanno segnato la vita di Canelutti come giurista del lavoro teorico e pratico.

1951, p. 247 e ss., ma il testo rimane identico dove il nostro a. afferma, a p. 214: *"Lo Stato moderno, e propriamente lo Stato democratico, o è corporativo e non è"*. E ancora *"se si riconosce il diritto di sciopero e cioè di guerra agli operai deve essere riconosciuto il diritto di serrata e cioè di difendersi agli imprenditori"* (p. 219), *"Peggio....si disconosce all'imprenditore il diritto di difendersi cercando di sostituire gli scioperanti"*; Id., *Diritto o delitto di sciopero*, *Pagine libere*, 1946, pp. 237 e ss. e in *Sciopero e giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pp. 1 e ss. e ancora Id. *Sindacalismo nazionale. La concezione sindacalista di Sergio Panunzio*, *Pagine libere*, 1950, pp. 24-26: *"stiamo scontando le conseguenze di uno Stato che consente anzi consacra nel suo atto costitutivo il diritto di sciopero e con esso il sindacato non tanto fuori dallo Stato quanto contro lo Stato"* e ancora Id., *Discussione sul Corporativismo in Pagine libere*, 1951, pp. 80-82 dove, in polemica con Mortati, afferma che il corporativismo è un metodo, non un programma.

⁴¹³ Canelutti, *Sciopero e giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pp. 1 e ss. e in part. p. 12.

⁴¹⁴ F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961 p.177.

⁴¹⁵ Canelutti, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, cit., p. 87 e in part. p. 100.

⁴¹⁶ Consolo, *Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Canelutti dalla "commerciale" alla "processuale"*, in *Studi Libertini, Impresa e mercato*, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1807 e ss.

È vero che la "Processuale" fondata nel 1924 da Carnelutti, conservava l'*imprinting* e il programma iniziale della Commerciale, ed è vero che la materia trattata, estremamente tecnica, come il processo, costituiva di per sé sicuramente un filtro rispetto agli influssi dell'ideologia in quel momento imperante, ma non si può negare la diversità del "clima socio politico" di quegli anni rispetto a quello dei primi anni del secolo⁴¹⁷.

E, come si è detto precedentemente, negli anni che vanno dal 1927 al 1932 gli scritti di Carnelutti in materia di diritto del lavoro e corporativo e gli interventi ai convegni di studi sindacali e corporativi hanno sicuramente contribuito a rafforzare le sue convinzioni, maturate precedentemente, in materia di contratto collettivo e di sciopero.

Se si ha riguardo alla meta finale del percorso di Carnelutti nella materia del lavoro e al suo inizio di giurista del lavoro alla scuola della Commerciale di Vivante e Sraffa, ho l'impressione che il distacco dall'impostazione "politico sociale di quella Rivista"⁴¹⁸ si fosse consumato già prima dell'avvento della Costituzione e cioè nel periodo corporativo⁴¹⁹.

Con molta coerenza rispetto alle tesi da lui affermate nel periodo corporativo, Carnelutti afferma nel 1949 che la legge Rocco del 1926 aveva nella sua origine *"una linea che fa onore a qualsiasi Stato e a qualsiasi legislazione"*⁴²⁰.

Per Carnelutti *"lo sciopero come la serrata è un vero atto di guerra sociale e la Costituzione riconoscendo il diritto di sciopero ha riconosciuto agli operai il diritto di guerra e la questione è se la guerra, sia pure economica tra gruppi sociali possa essere consentita. Se questa fosse una conseguenza del carattere democratico dello Stato, povera democrazia!"*⁴²¹.

⁴¹⁷ Non è il caso in questa sede di allargare il discorso al processo civile, ma non si può non ricordare che il nostro a. fu in diverse circostanze chiamato a collaborare dal Regime, prima da Alfredo Rocco per la redazione del progetto del codice di procedura civile del 1926 (anche a seguito delle dimissioni di Chiovenda dalla Commissione Reale), non andato in porto per una serie di resistenze di vario tipo. Come ha ben spiegato Tarello, questo progetto temperava la sua vocazione all'autoritarismo nel processo civile con le ragioni, sempre varie e liberali, della vocazione professionale dell'avvocato e comunque divergeva dall'impostazione di Chiovenda, perché identificava il fine del processo nella composizione della lite piuttosto che nell'attuazione del diritto. Ancora Carnelutti, nel 1942, fu chiamato dal Guardasigilli Dino Grandi per la predisposizione del codice di procedura civile insieme a Calamandrei e a Redenti: cfr. Tarello, *Materiali per una storia della cultura giuridica, Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 499 e ss. e in part. pp. 503 e 512 e ss.

⁴¹⁸ Consolo, *op. cit.*, p. 1814.

⁴¹⁹ Come si desume indirettamente da quanto rileva ripetutamente Consolo *"la lunghezza d'onda della Commerciale nella sua prima stagione, p. 11 pur senza monofonie, appariva ben coesa"*, *op. cit.*, p. 1809, nota 2, all'epoca *"recante non piccole venature del tendenziale socialismo giuridico dei fondatori, sotto questo aspetto critici degli asimmetrici vantaggi corporativistici che il codice di commercio riservava ai commercianti"*: Consolo, *op. cit.*, p. 1810 e infine p. 1814.

⁴²⁰ Carnelutti, *Stato moderno: Stato Corporativo*, cit., p. 215.

⁴²¹ Carnelutti, *Stato moderno: Stato Corporativo*, cit., p. 219 e Id. in *Sciopero e giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I pp. 1 ss e in part. p. 12. E sulla base di tali convinzioni, Carnelutti al convegno di studi sindacali del 29 ottobre del 1949 critica polemicamente la visione angusta e microscopica offerta da Santoro-Passarelli dei fenomeni sindacali, definendo il sindacalismo tratteggiato da Santoro *sindacalismo in scatola*.

Cito dagli atti una parte della replica di F. Santoro-Passarelli *"Carnelutti ha parlato di una visione angusta e microscopica dei fenomeni di cui abbiamo parlato tanto Mazzoni che io ed ha affermato che il sindacalismo di cui avevamo tratteggiato alcuni aspetti era sindacalismo in scatola. Ora io penso che abbia avuto ragione di parlare di sindacalismo in scatola perché il sindacalismo di cui ci siamo occupati è precisamente contenuto in quella scatola buona o cattiva, capace o angusta che è la Costituzione"*, v. in *Convegno Nazionale di studi sindacali 28, 29 e 30 ottobre 1949*, Atti ufficiali, Tip. Pinto, Roma, 1949, p. 168.

Come si è detto, il riferimento all'arbitrato obbligatorio diventa l'argomento principe e ricorrente usato dal nostro a. contro l'opportunità di riconoscere il diritto di sciopero, invece accolto dalla Costituzione.

Al contempo Carnelutti ammette l'estrema difficoltà di trovare il giudice e riconosce fondate le osservazioni di Santoro-Passarelli intorno alla difficoltà di costruire l'arbitrato obbligatorio⁴²².

Osserva Cazzetta: *"Carnelutti non cessa di guardare ai nuovi fenomeni con lenti vecchissime: c'è infatti un fitto intreccio nelle pagine di Santoro Passarelli tra analisi di diritto positivo e rinvio al progetto costituzionale, tra confini invalicabili dell'assetto privatistico e rinvio ad un'unitarietà del diritto del lavoro che sta oltre lo stesso diritto privato in quel disegno buono o cattivo che sia tracciato nella Costituzione"*⁴²³.

Non va dimenticato, infatti, che Santoro-Passarelli, passaggio del pensiero dell'a. sovente trascurato dalla dottrina successiva, aveva individuato nell'art. 39 *"una via ulteriore fra la soluzione contrattualistica e la soluzione statualistica e cioè la nostra soluzione costituzionale che mi sembra organica e destinata ad avere per se l'avvenire, superate che siano le difficoltà applicative" che non furono superate (nota mia)*.

In altre parole Santoro riconoscendo alla "scatola" dell'art. 39 Cost., la funzione di comporre libertà sindacale e l'autonomia privata dei sindacati con l'efficacia generale dei contratti collettivi aveva tentato di ricomporre la frattura tra la ricostruzione privatistica e quella pubblicistica della rappresentanza sindacale⁴²⁴, la quale ha sempre caratterizzato e continua a caratterizzare il nostro sistema sindacale.

E solo dopo avere constatato l'inagibilità politica di una legge di attuazione dell'art. 39 comma 4 cost., Santoro-Passarelli si convinse della necessità di ricostruire l'autonomia collettiva in termini esclusivamente privatistici⁴²⁵, per far funzionare il sistema sindacale, suscettibile altrimenti di rimanere bloccato nell'attesa e per l'assenza della legge sindacale⁴²⁶.

Come è stato sottolineato *"nella permanente transitorietà del diritto del lavoro, l'autonomia privata collettiva da strumento di supporto del disegno costituzionale diverrà invece il tassello essenziale per affermare la teoria del contratto collettivo di diritto comune"*⁴²⁷.

⁴²² Carnelutti, *Stato moderno: Stato Corporativo*, cit., p. 220.

⁴²³ Cazzetta, *op. cit.*, p. 270.

⁴²⁴ F. Santoro-Passarelli (congresso internazionale di diritto del lavoro di Trieste del 1951, promosso da Renato Balzarini). Difficoltà applicative che invece non furono e non sono tutt'ora superate: cfr. il progetto di legge sull'attuazione dell'art. 39 di iniziativa del Cnel rimasto inattuato dovuto a Santoro-Passarelli.

Sull'alternativa pubblico privato che ha contrassegnato il dibattito sulla collocazione del diritto del lavoro dopo la caduta dell'ordinamento corporativo cfr. anche Giugni, *Introduzione a Lavoro Legge contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 10 e anche Grandi, *I problemi del lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica: organizzazione sindacale, contratto collettivo, sciopero* in S. Zaninelli (a cura di), *Il sindacato nuovo: Politica e organizzazione del movimento sindacale in Italia negli anni 1943-1955*, Franco Angeli, Milano, pp. 185 e ss.

⁴²⁵ V. F. Santoro-Passarelli, *Esperienze e prospettive dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in Accademia dei Lincei, 1956, n. 37, p. 20 e ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, p. 139 e successivamente in *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 369 e ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, p. 258. V. anche la lettura di P. Rescigno, *Introduzione a Persona e comunità, Saggi di diritto privato II (1967-1987)*, Cedam, Padova, 1988, pp. XXI e XXII.

⁴²⁶ Sul punto v. anche Cazzetta, *op. cit.*, pp. 284, 285.

⁴²⁷ Cazzetta, *op. cit.*, p. 275.

D'altra parte lo stesso Santoro Passarelli riconosce⁴²⁸ di avere modificato il concetto di autonomia collettiva nella nota relazione ai Lincei del 1954 sui rapporti tra sindacati e lo Stato⁴²⁹.

12. Il metodo delle origini " e "le variazioni " di politica del diritto di Carnelutti (ovvero da Sraffa a Capograssi incrociando Bottai).

Il Carnelutti lavorista può essere considerato un interprete riformatore e innovatore all'inizio, mentre già nel 1930 egli stesso afferma che il giurista deve essere conservatore⁴³⁰.

Ma al di là di questi giudizi, che possono risultare parziali e non esaustivi, mi sembra doveroso, in conclusione di questo profilo, richiamare quanto lo stesso Carnelutti ricorda nella sua autobiografia del suo itinerario di giurista:

*"Ho iniziato questo percorso, come modesto operatore del diritto e cioè come osservatore di fatti concreti e di esperienza che costituiscono la radice della costruzione scientifica"*⁴³¹.

E questa, secondo l'a., non può stare senza l'esperienza e viceversa⁴³².

Carnelutti, per chiarire meglio il suo pensiero, porta esempi di scienziati che non avevano mai osservato la realtà del diritto e cita Vittorio Polacco, con il quale il nostro, pure si era laureato, e, d'altra parte, critica i grandi pratici *"che non avevano alcun proprio sistema di concetti e per ciascuna causa si provvedevano con degli acquisti al minuto"*⁴³³.

Insomma il ricambio che si operava tra la pratica e la scienza o tra la realtà e il pensiero si chiama per Carnelutti *"clinica del diritto"*⁴³⁴.

E non possono considerarsi clinici nè il primo nè il secondo esemplare, ma coloro che non sono impantanati nella routine e non hanno trascurato la scienza *"e così si è formato quel tipo di perfetto giurista italiano che ha toccato fra altri con Vittorio Scialoja, con Paolo Emilio Bensa, con Federico Cammeo la sua perfezione"*.⁴³⁵

Queste osservazioni richiamano alla mente quanto il nostro a. già scriveva nel 1909⁴³⁶, ricordando il magistero della Rivista di diritto commerciale, e sono confermate nella sostanza da Carnelutti

⁴²⁸ F. Santoro-Passarelli, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, Relazione e replica al Convegno degli amici del diritto dell'economia ne *Il diritto dell'economia*, 1956, pp. 1213 e in part. 1235 ss., 1325 e ss., ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, I, pp. 227 e ss.

⁴²⁹ F. Santoro-Passarelli, *Esperienze e prospettive dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in *Accademia dei Lincei*, 1956, quaderno n. 37, p. 20 e ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, p. 139.

⁴³⁰ Intervento in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, 1930, vol. II, p. 215; a proposito delle convinzioni politiche di Carnelutti, Consolo, *op. cit.*, p. 1817 le declina, forse per affinità elettiva, in negativo: *"non era nè giolittiano, nè popolare solidarista, nè socialista, nè tanto meno fascista, solo blandamente liberale"*; Romagnoli, in *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, cit., p. 435, lo colloca in una posizione di *"destra convergente ad intermittenza sul centro"*.

⁴³¹ Carnelutti, *Mio fratello Daniele, Avviamento alla clinica*, p. 69.

⁴³² Carnelutti, in *Metodologia del diritto*, Cedam, Padova, 1939, p. 31, tenta di salire più su nella ricerca ma si ferma e avverte l'ostacolo: *"La luce della giustizia è difficile e forse impossibile da scomporre sullo spettro come si fa per la luce solare"* sul punto cfr., Irti, *Introduzione a Metodologia del diritto di Francesco Carnelutti*, ristampa *I classici del diritto*, Cedam, Padova, 1990, p. XVIII.

⁴³³ Carnelutti, *Mio fratello Daniele, Avviamento alla clinica*, p. 72.

⁴³⁴ Carnelutti, *op. ult. cit.*, p. 71.

⁴³⁵ Carnelutti, *op. ult. cit.*, p. 73. Non bisogna dimenticare che, dapprima, Sraffa pp. 66, 67, lo spinse verso il diritto commerciale e, poi, Cammeo verso la procedura civile pp. 84 ss., come Carnelutti ci racconta nella sua autobiografia.

⁴³⁶ Carnelutti, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, cit., p. 275.

nello scritto del 1962⁴³⁷, dove egli riconosce a Capograssi il merito di avergli fornito "*la chiave di lettura della sua avventura intellettuale e cioè la scoperta dell'esperienza giuridica*"⁴³⁸.

Certo il metodo appreso da Sraffa non era poi così distante dall'esperienza giuridica di Capograssi, ma i due personaggi sono diversi per origine e formazione.

Carnelutti ha cura di precisare "*Mi accadde così di fare (nei primi anni del secolo) dell'analisi dell'esperienza giuridica avanti lettera, senza sapere chiaramente quello che facevo*"⁴³⁹.

Sarebbe comunque riduttivo ritenere che l'avvicinamento a Capograssi non abbia influito sulle riflessioni di Carnelutti sul problema del diritto naturale, come risulta nel suo scritto sulla meditazione del problema della scienza del diritto.

Non a caso come osserva condivisibilmente Ascarelli⁴⁴⁰, il giusnaturalismo di Carnelutti può essere risolto storicamente e rivelarsi come frutto della crisi del concettualismo e come strumento di difesa dei valori e interessi ai quali era inteso il concettualismo.

Ma al di là di questi doverosi richiami necessari a definire l'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico del nostro a., a mio avviso ciò che conta in questa rievocazione della sua esperienza giovanile e al di là della valutazione dell'opera di grandi giuristi è la rivendicazione delle sue origini scientifiche.

Carnelutti infatti rivendica di essere stato un allievo riconoscente, ma.....infedele di Polacco, "*perché per Polacco bastava la biblioteca: anzi a rigore bastava il codice civile: tutto ciò che era di là della norma giuridica non tanto non contava quanto non doveva contare*"⁴⁴¹, mentre il nostro a. dichiara che a quel tempo aveva un interesse sempre crescente... per le avventure del diritto e non gli bastava soltanto la biblioteca.

E per l'ennesima volta gli piace riconoscere, non a Polacco il merito di averlo trattenuto agli studi, bensì all'intervento di Sraffa e al richiamo della Rivista di diritto commerciale, la cui influenza sullo sviluppo della scienza italiana del diritto, al principio del secolo - afferma lo stesso Carnelutti- fu addirittura decisiva.

13. Due ultime notazioni.

E tuttavia, a cagione del richiamo insistito a Sraffa e alla Rivista di diritto commerciale, vale la pena formulare due ultime notazioni.

A cinquanta anni dalla scomparsa di Carnelutti si può condividere quanto ha affermato Consolo e cioè che egli non ha avuto dopo la morte un seguito pari alla "risonanza" del suo magistero in vita.

⁴³⁷ Carnelutti, *Meditazione intorno al problema della scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, pp. 373, 388.

⁴³⁸ V. sul punto Rescigno, *op. cit.*, pp. 51-52. Bisogna comunque ricordare che Capograssi aveva recensito nel 1940 la metodologia del diritto di Carnelutti.

⁴³⁹ Carnelutti, *Meditazione intorno al problema*, cit., p. 388.

⁴⁴⁰ Ascarelli, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, cit., p. 999.

⁴⁴¹ Carnelutti, *Meditazione*, cit., p. 388. Come ricorda Caprioli *L'incognita Carnelutti, ovvero il Professor X e le sue albe*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2016, 2, pp. 387-88, l'a. era giunto a riconoscere nel 1925, già "in una sorta di autoritratto" (usando le parole di Caprioli), l'insufficienza dei libri, e cioè della stessa dottrina in sé e per sé considerata, per operare con i concetti ("i libri non bastano", in Le

E secondo Consolo le inesorabili ragioni vanno ricercate nel fatto che *"la dogmatica di Carnelutti.....senza quel ripieno di vita sarebbe divenuta stucchevole"*⁴⁴². *Ma la reale congiunzione così sperimentata era fuori della comune portata: non ebbe eredi o quasi"*.

A questa valutazione, che sconta l'affetto e la comprensibile ammirazione di Consolo per Carnelutti⁴⁴³, si potrebbe forse obiettare che il "ripieno di vita" non basta a spiegare la sua conclusione.

Infatti, bisogna chiedersi perché Sraffa e soprattutto Vivante, considerati dal nostro a. suoi maestri, per non parlare di Ascarelli che di Vivante è stato il vero allievo, (e secondo Consolo anche del nostro a.) sono invece ancora oggi celebrati e ricordati proprio a cagione del metodo da loro professato e praticato⁴⁴⁴?

A mio avviso la risposta a questo interrogativo sta nella seconda notazione: perché i primi hanno conservato e osservato il metodo originario senza variazioni e con coerenza con il manifesto della Rivista di diritto commerciale, seguito all'inizio anche dal nostro a.

Carnelutti, viceversa, nella sua lunga esistenza è arrivato a tutti gli appuntamenti importanti fissati dalla storia per il diritto del lavoro, dominando sempre la scena da protagonista ma, proprio per questo, venendo condizionato in positivo e in negativo dai diversi contesti.

E infatti per quanto riguarda il diritto del lavoro si può dubitare che il nostro sia stato sempre coerente con il metodo appreso alla Commerciale dell'interpretazione della vita.

Come si è detto Carnelutti, pur affermando che nulla era cambiato – e, quindi, ribadendo le sue prime convinzioni – non ha avuto difficoltà ad aderire all'esperienza corporativa perché le soluzioni proposte dalla legge del 1926 convergevano con le sue.

Viceversa, a mio avviso, il nostro ha abbandonato il metodo professato e cioè di interprete della realtà giuridica, quando ha continuato a sostenere tali tesi, direi nostalgicamente, senza tener nel minimo conto il rovesciamento di valori e di diritti attuato dalla Costituzione, in particolare in materia di libertà sindacale e di sciopero, e ancor più quando non ha preso in considerazione il sistema sindacale reale sviluppatosi post e praeter Costituzione.

Basta rileggere quanto scriveva nel 1913: *"il compito del giurista è assai più quello di cogliere, dalle manifestazioni nuove, i principi di diritto che vanno maturando. In ciò sta anche la divisa più*

⁴⁴² Consolo, *Le opere e i giorni*, cit., p. 1815.

⁴⁴³ E il parallelo proposto da Consolo tra l'isolamento prima della morte di Carnelutti e quello di Vivante in nota 17 p. 1815 non mi sembra persuasivo perché le ragioni sono molto diverse. La posizione defilata di Vivante nell'ultima parte della sua vita deriva anche dalla sua confessione religiosa e dalla sostanziale contrarietà al regime e, ciononostante, come risulta da un resoconto di Dino Grandi, fu ancora consultato nel suo ritiro toscano da Vassalli nel 1942 prima della promulgazione del codice civile: Vivante era prima favorevole all'unificazione e poi contrario, come risulta dai numerosi scritti celebrativi in occasione del suo pensionamento di commercialisti vicini al regime come Alfredo Rocco e Alberto Asquini (v. Libertini, *op. cit.*, bibliografia).

⁴⁴⁴ A proposito dell'eredità vivantiana v. Libertini, *Il contributo di Cesare Vivante alla scienza commercialistica*, in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 2012 p. 10, sottolinea come sia rimasta viva per l'impegno di Ascarelli e di Mossa sia nel programma metodologico, sia nell'aver affermato un modello di studio del diritto commerciale ambizioso anche nel porsi sul terreno delle costruzioni dogmatiche.

cara di questa Rivista (diritto commerciale): essa tiene più forse che a interpretare le leggi ad interpretare la vita"⁴⁴⁵, per misurare la notevole distanza che intercorre tra quelle affermazioni e la critica serrata che il nostro ha rivolto all'art. 40 della Costituzione.

E ciononostante è riuscito, insieme a Barassi, che rimane il nostro padre fondatore, a percorrere il lungo itinerario fino alla Repubblica, e a convivere con le diverse esperienze che hanno attraversato la nostra disciplina senza osservare mai il silenzio.

Altri, pur autorevoli giuristi come Redenti e Messina, pur essendo approdati nello stesso periodo "nell'*insula in flumine nata*" del diritto del lavoro, e pur avendo svolto funzioni non secondarie, uno come annotatore della giurisprudenza dei probiviri⁴⁴⁶, l'altro come esperto del Consiglio superiore⁴⁴⁷ del lavoro, ad un certo punto si defilarono per non tornarvi più, probabilmente perché la nostra materia si era trasformata nel diritto corporativo⁴⁴⁸.

14. Congedo.

Si può concludere questa rievocazione di Cernelutti, richiamando un passo dei Colloqui della sera, ripreso anche da Irti, dove il tono non è più quello aspro di critica al riconoscimento del diritto di sciopero, ma sembra quello più distaccato del congedo: "*Luce della notte è il silenzio. In queste brevi pause della nostra vita turbinosa, vorrei che imparassimo ad ascoltare. Anch'io come voi starò in ascolto.....Io non sono che un interprete. L'interprete, se sa interpretare, rende trasparenti le parole altrui*"⁴⁴⁹.

E ancora il tono del disincanto: "*Credo che pochi uomini come me hanno amato il diritto. Se ho avuto un torto è quello di amarlo di un amore esclusivo. Una delle mie deficienze, che era la limitazione della mia cultura, è derivata proprio da questo. Non dico che il diritto non mi abbia ricompensato; ma è stata una strana ricompensa quella di rivelarmi, al fine, la sua miseria. Io non l'ho amato meno per questo.....ma ho perduto sul suo conto le illusioni*"⁴⁵⁰.

E da questa confessione contenuta nella lettera agli amici, sembra che Cernelutti sia approdato alla libertà del Paese, un po' frastornato e senza molta fiducia nel nuovo mondo.

Perché Cernelutti, pur dichiarando di avere molto amato il diritto, afferma che, al fine, il diritto gli ha rivelato la sua miseria?

⁴⁴⁵ Cernelutti, *Un surrogato*, cit., p. 283.

⁴⁴⁶ V. in particolare l'introduzione al Massimario della giurisprudenza dei probiviri di Redenti, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, p. 3, Pubblicazione del Ministero dell'agricoltura, industria e commercio, Roma, 1906, ora ristampato a cura e con introduzione di Caprioli, *Redenti giurista empirico*, Giappichelli, Torino, 1992;

⁴⁴⁷ Relazione svolta alla IX sessione del Consiglio superiore del lavoro (1907) ora in *Giorn. dir. lav., rel. ind.*, 1986, con nota di Romagnoli, pp. 107-8.

⁴⁴⁸ V. sul punto Romagnoli, *Francesco Cernelutti, giurista del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2009 p. 373 e ss. e in part. p. 398 ma v. anche Pera, *Francesco Cernelutti Giuslavorista*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 107 riferisce l'elogio sperticato di Allara a Cernelutti al convegno sulla certezza del diritto del 1956 promosso dalla rivista il diritto dell'economia, "*non è processualista, nè privatista, nè commercialista, è tutto*".

⁴⁴⁹ Cernelutti, *I colloqui della sera*, Edizioni Radio italiana, Torino, 1954, (queste conversazioni vorrebbero essere una pausa nella corsa quotidiana), p. 14.

⁴⁵⁰ Cernelutti, *Lettera agli amici*, scritta molti anni prima di quando apparve in *Riv.dir. proc.*, 1965, pp. 1-3.

L'interrogativo sorge spontaneo ma è destinato a rimanere senza risposta, anche se non nasconde un forte scetticismo nel diritto, che richiama alla mente il suo scritto sulla morte del diritto del 1953⁴⁵¹: *"Il diritto morrà perché è mortale"*. Ancor più amara è un'altra considerazione: *"Il diritto non è fatto che per i mediocri; i buoni non ne hanno bisogno, i cattivi non ne hanno paura"*.

Di fronte a questo scetticismo che si tramuta in pessimismo quasi senza speranza, credo che per i giuslavoristi possa condividersi la valutazione molto semplice ma chiara di Pera⁴⁵², pronunciata al convegno promosso in Udine il 18 novembre 1995 a trenta anni dalla sua scomparsa, e cioè *"che Canelutti resta vivo e attuale nella nostra storia per quanto costruì agli albori"*.

⁴⁵¹ Canelutti, *Morte del diritto*, in AAVV, *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953.

⁴⁵² Pera, *Francesco Canelutti giuslavorista*, cit. p. 111.

Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva*

Maurizio Falsone

1. Una premessa di approccio sulle questioni controverse.	120
2. La prima parte dell'art. 2103 c.c. a cavallo fra potere direttivo e <i>ius variandi</i> .	121
3. I rinvii alla contrattazione collettiva.	123
3.1. Il rinvio al livello di inquadramento e alla categoria legale dei lavoratori nel I e nel II comma dell'art. 2103 c.c. La delega di fatto alla contrattazione collettiva.	123
3.2. Il demansionamento unilaterale di cui al IV comma dell'art. 2103 c.c. e la delega di diritto alla contrattazione collettiva.	126
4. La contrattazione collettiva "disfunzionale" rispetto alla <i>ratio</i> della riforma dell'art. 2103 c.c. Accordi sindacali previgenti e nuovi rinnovi contrattuali.	128
5. La contrattazione collettiva funzionale alla <i>ratio</i> della riforma del <i>jobs act</i> e i limiti posti dal sistema.	131
Bibliografia essenziale.	135

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 308/2016

1. Una premessa di approccio sulle questioni controverse.

“La divisione del lavoro non è un teorema di geometria, ma un fenomeno di vita sociale” (CARNE-LUTTI, 264). Dietro questa asserzione formulata ben prima che il legislatore italiano intervenisse con una regolamentazione (ZILIO GRANDI, GRAMANO, 1) si cela la ragione per cui lo *ius variandi* accompagna la storia del contratto di lavoro sin dalle sue origini (BARASSI, 421 fondava lo *ius variandi* sugli *“usi integrativi del contratto”*, rilevanti sia nel codice civile previgente che in quello attuale ex art. 1374 c.c.) e anche oltre i confini del diritto positivo italiano.

Infatti, l'estensione nel tempo del rapporto di lavoro e il contesto mutevole dell'impresa in cui esso si svolge condizionano il concreto inverarsi e svolgersi dell'oggetto del contratto stipulato e della prestazione di lavoro richiesta, di modo che l'esigenza di individuarli, specificarli e/o modificarli ripetutamente è “universale” ed “omogena” (GIUGNI, 230 e, più recentemente, FERRANTE, *Direzione e gerarchia*, 48 e PANTANO, *Il rendimento*, 50). Anche in giurisprudenza, d'altronde, si afferma che lo *ius variandi* “trova la sua giustificazione in insopprimibili esigenze organizzative e direzionali” (Cass. 7 luglio 1997, n. 6124 =>).

Inoltre, lo *ius variandi* (sull'articolo da premettere a *ius* cfr. GEYMONAT, 305) allude ad una situazione giuridica soggettiva riconosciuta dalla legge e/o dal contratto ad una delle parti di altri negozi di diritto comune caratterizzati dalla loro esecuzione non istantanea. In particolare, lo *ius variandi* caratterizza, in varia guisa, tutti i contratti che hanno ad oggetto una prestazione di *facere* e, *latu sensu*, lavorativa (ad es. contratto di trasporto, appalto, etc.) (GIUGNI, 245). Ciò ha favorito un dibattito dottrinale di natura puramente civilistica (IORIO, BARENGHI, GAMBINI, SCHLESINGER, 24), parallelo a quello più familiare ai giuslavoristi.

Sia la scaturigine di questa fattispecie giuridica nel contesto lavoristico, sia la sua pertinenza alle categorie classiche del diritto privato rappresentano un inevitabile e proficuo punto di osservazione per guardare all'art. 2103 c.c. e, in particolare, alla regolamentazione del potere datoriale di individuare/specificare/modificare le mansioni assegnate al dipendente, con adeguata cognizione di causa. Ciò è vero soprattutto quando l'interprete e l'operatore sono chiamati a rivisitare una disciplina radicalmente riformata.

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 81 nel giugno del 2015, che ha sostituito il testo dell'art. 2103 c.c. con quello, totalmente rielaborato, dell'art. 3 del decreto attuativo del *jobs act*, il dibattito giuslavoristico in materia si è immediatamente riattivato, come è normale. Daremo subito conto delle questioni controverse e delle tesi emergenti, ma intanto possiamo dare per acquisito un dato importante: la nuova disciplina dello *ius variandi* nel rapporto di lavoro concede alla contrattazione collettiva un ruolo centrale, prima inesistente (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 38, 47, 53 e 80) o, quanto meno, misconosciuto (LISO, *Brevi osservazioni*, 4 secondo cui “l'autonomia collettiva non dovrebbe soffrire limiti perché quest'area dovrebbe ritenersi di suo naturale dominio”).

Infatti, se è oggetto di discussione il fatto che, più in generale, il diritto del lavoro riformato nel corso del 2015 conceda o meno maggiori e nuovi spazi effettivi alla contrattazione collettiva (LASSANDARI, 47 e MAINARDI, 14), non pare dubitare che il nuovo art. 2103 c.c. assegni a quest'ultima una nuova specifica funzione, oltre a quella tradizionale di individuazione della retribuzione (ZILIO GRANDI): ovvero il compito di determinare (o incidere sul) “l'area del debito della prestazione” del lavoratore (LISO, *Brevi osservazioni*, 8, BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 56, BALLETTI, 21, GARGIULO, 3, GRAMANO, 537 che icasticamente qualifica la contrattazione collettiva come “oracolo” della

legge). Addirittura, è stato correttamente osservato che “*la crescita dei compiti [della contrattazione collettiva] non [è] più direttamente proporzionale all’avanzare del ruolo del Giudice del lavoro (...) ma al contrario il potere del sindacato (...) aumenta a svantaggio del Giudice*” (PICCININI e BASILICO).

Per questa ragione col presente contributo si cercherà di focalizzare l’attenzione sulle questioni più controverse secondo un ordine dipendente dal ruolo integrativo interpretato (o almeno potenzialmente interpretabile) dalla contrattazione collettiva.

In particolare, si evidenzieranno le potenzialità di questa nuova funzione para-legislativa assegnata alle parti sociali, in ogni direzione, cioè in senso conforme alla *ratio legis* (§ 5) o in senso opposto ad essa (§ 4), quindi, se si preferisce, *in melius* o *in peius* rispetto al nuovo assetto predisposto dal legislatore.

2. La prima parte dell’art. 2103 c.c. a cavallo fra potere direttivo e *ius variandi*.

Secondo la nuova disciplina dello *ius variandi* il lavoratore deve essere adibito 1) alle mansioni per le quali è stato assunto oppure 2) alle mansioni corrispondenti all’inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito o, ancora, 3) a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte (art. 2103 I comma c.c.).

Inoltre, prosegue il legislatore del *jobs act*, in caso di “*modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*” o in altre ipotesi previste dai contratti collettivi, questi può essere assegnato 4) a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale (art. 2103 II e IV comma c.c.).

Infine, a conferma di quanto già si intuisce in virtù del I comma della disposizione, può verificarsi il caso dell’assegnazione 5) a mansioni superiori (art. 2103 VII comma c.c.) (su cui CASIELLO, 105).

I casi di variazione *in peius* di cui al VI comma, invece, non rientrano nel nostro orizzonte di studio poiché, fondandosi su un patto di demansionamento, peraltro da sottoscrivere in sede assistita, non accedono al tema dello *ius variandi* - necessariamente unilaterale - ma a quello, affatto diverso, della novazione oggettiva (su cui PANTANO, 85).

È opportuno rammentare che l’ambito di applicazione dell’art. 2103 c.c., anche nella nuova formulazione, non è onnicomprensivo.

Esistevano ed esistono ancora discipline diverse e speciali quali, in particolare, l’art. 52 d. lgs. 165/2001 per il settore del pubblico impiego, gli artt. 334 e 905 cod. nav. per il personale navigante, l’art. 22 d.lgs. 367/1996 per i lavoratori degli enti lirici, l’art. 3 r.d. n. 148/1931 per il rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri (BILLÌ), che pone una disciplina suppletiva in mancanza di quella dei contratti collettivi e la cui abrogazione è attualmente prevista nello schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale in attesa di approvazione definitiva.

Tornando alla disciplina generale del codice civile, sotto il profilo ricostruttivo, possono farsi due considerazioni.

In primo luogo risulta definitivamente confermata, anche nel diritto positivo, la già acquisita tesi ampiamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza del carattere unilaterale dell’atto con cui si esercita lo *ius variandi* (*ex plurimis* PERULLI, 288, CIUCCIOVINO, 752). Vediamo perché.

Come è noto, in passato era stata avanzata, con scarsa fortuna, l'ipotesi opposta che l'art. 2103 c.c., nella versione statutaria, avesse reso necessario il consenso del lavoratore (SUPPES, 35, GRANDI, 251).

Tale teorica non era, in verità, campata in aria, anzi *“aveva il pregio di risultare fondata su un rigoroso uso della strumentazione di esegesi giuridica”* (BROLLO, *La mobilità*, 18). In effetti, è noto che qualunque modificazione sostanziale delle obbligazioni sorte dal contratto di lavoro, normalmente, debba essere concordata ai sensi dell'art. 1372 c.c., da cui scaturisce il principio dell'intangibilità del contratto.

Per questo alcuni autorevoli sostenitori della tesi maggioritaria poi recepita dal sistema giuridico hanno riconosciuto, schiettamente, di *“aderire all'interpretazione dominante (...) di un carattere unilaterale della determinazione, senza la necessità di un consenso del lavoratore”*, anche se essa risultava essere *“frutto di un'operazione fortemente segnata dalla politica del diritto”* (BROLLO, *La mobilità*, 28).

Non è possibile in questa sede intrattenersi sulle ragioni avanzate dai due fronti opposti, ma è sufficiente prendere atto che fino al 2015 la ricostruzione teorica prevalente non poteva contare su argomenti schiacciati, o quanto meno, chiaramente fondati sul diritto positivo.

Ebbene, con la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. il dato legislativo a suggello della teoria dominante è ora ricavabile nel raffronto fra i primi quattro commi, da un lato, e il VI comma della disposizione codicistica, dall'altro: infatti, se solo in riferimento alle fattispecie previste da quest'ultimo comma è espressamente contemplata la necessità di un accordo fra le parti, è, *a contrario*, inevitabile dedurre che lo *ius variandi* regolato nella prima parte della disposizione sia esercitabile con atto unilaterale.

La seconda osservazione di natura ricostruttiva riguarda invece la fonte dello *ius variandi*.

Esso, infatti, è considerato, da alcuni, un potere eccezionale del creditore di mutare la prestazione convenuta (*ius variandi* in senso stretto), da altri, un potere direttivo normale con cui si specifica il contenuto del debito.

In entrambi i casi l'art. 2103 c.c. svolge la funzione di regolare il potere di modifica delle mansioni, sia se inteso come *species* del potere direttivo di cui all'art. 2094 c.c., sia se inteso come potere eccezionale riconosciuto implicitamente attraverso la disposizione sulla disciplina delle mansioni.

Anche in questo caso è inutile e fuor di luogo approfondire il dibattito sul punto, ma è opportuno, anche ai fini che si preciseranno in seguito, evidenziare un aspetto.

La tesi dello *ius variandi* come specificazione del normale potere direttivo del datore di lavoro presentava già in passato un profilo critico, perché rischiava di entrare in collisione con la regola della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.): se il datore di lavoro, per il fatto stesso della stipula del contratto di lavoro, può modificare le mansioni del lavoratore, cioè l'obbligazione principale di una delle parti, è chiaro che l'oggetto dell'accordo rischia di essere difficilmente identificabile (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 33; BETTINI, 51, secondo cui il parametro dell'equivalenza era un parametro sufficiente a fare salva la determinabilità dell'oggetto).

Questo rischio, già paventato soprattutto dopo la diffusione di una interpretazione elastica/dinamica del concetto di equivalenza, si fa oggi estremamente più elevato (BALLETTI, 22), perché, come

abbiamo accennato e come vedremo meglio *infra*, il perimetro di riferimento entro cui può muoversi il datore di lavoro non solo è molto più ampio di prima (art. 2103 II comma c.c.) ma risulta anche incerto *ex ante*, perché dipende dagli inquadramenti cangianti elaborati dalla contrattazione collettiva o dal datore di lavoro (art. 2103 I comma c.c.) e dalle altre ipotesi eventualmente previste dalla stessa fonte negoziale gestita dalle parti sociali (art. 2103 IV comma c.c.). In pratica, saremmo di fronte ad un contratto caratterizzato da una inusuale aleatorietà (sulla questione della indeterminatezza dell'oggetto cfr. ALPA, 698 ss., IRTI e GABRIELLI).

In questo contesto, allora, sembra più aderente al nuovo dettato normativo, la tesi della natura eccezionale dello *jus variandi* che, in quanto tale, può condurre, entro limiti prefissati dalla legge e dal sistema (su cui *infra*), alla modifica dell'oggetto del rapporto di lavoro, senza per ciò solo provocare una inusuale novazione contrattuale unilaterale (già GIUGNI, 238 secondo cui "*lo jus variandi, in realtà, ha mantenuto i caratteri di un istituto eccezionale*").

Peraltro, accogliere oggi la teoria opposta dello *jus variandi* quale normale specificazione del potere direttivo non è più la *conditio sine qua non* per mettere al sicuro la (rassicurante) teoria della unilateralità del potere datoriale, poiché, come abbiamo visto, essa è oggi sufficientemente fondata sul piano del diritto positivo.

Le conseguenze pratiche di questa ipotesi ricostruttiva, vanno certamente meglio approfondite: basta però sottolineare che una disposizione che regola un potere unilaterale eccezionale, rispetto ai principi di diritti comune, richiede una interpretazione restrittiva e rigorosa ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, come quelle che cercheremo di formulare nei paragrafi che seguono.

3. I rinvii alla contrattazione collettiva.

3.1. Il rinvio al livello di inquadramento e alla categoria legale dei lavoratori nel I e nel II comma dell'art. 2103 c.c. La delega di fatto alla contrattazione collettiva.

Come abbiamo visto, il I e il II comma dell'art. 2103 c.c. non fanno più riferimento al precedente limite dell'equivalenza professionale, ma a quello del livello di inquadramento e della categoria legale.

La novità è stata sufficientemente enfatizzata in dottrina e consiste, in pratica, nel passaggio da un criterio di raffronto di tipo sostanziale/effettivo fra le mansioni assegnate prima e quelle assunte dopo l'esercizio dello *jus variandi* ad un criterio di tipo formale se non, addirittura, "aprofessionale" (fra gli altri BALLETTI, 25, ZOLI, FERRANTE, 33), fondato su un classico procedimento di sussunzione fra fattispecie concreta (la nuova mansione assegnata) e fattispecie astratta (la classificazione formale della mansione) (AMENDOLA, 8).

È stato osservato giustamente che i primi due commi dell'art. 2103 c.c. non rinviavano espressamente alla contrattazione collettiva quale fonte di individuazione del livello di inquadramento (LISO, *Brevi osservazioni*, 7); eppure un rinvio, mediato e parziale, è deducibile dal riferimento, in entrambi i due commi suddetti, alla categoria legale di inquadramento, i cui requisiti di appartenenza, ai sensi dell'art. 2095 II comma c.c., devono essere determinati anche dai contratti collettivi (oltre che da eventuali leggi speciali).

Questo profilo ambiguo della disposizione non ha impedito di affermare che la funzione integrativa della norma legale svolta dalla negoziazione delle parti sociali è di fatto implicita o, addirittura, "*inevitabile*" (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 52). Eppure, secondo altra dottrina, non è

possibile escludere che questa parte di disciplina delle mansioni sia completata attraverso inquadramenti predisposti unilateralmente dall'azienda (BALLETTI, 21, MISCIONE, 438).

A parere di chi scrive, è vero che la disciplina integrativa dell'art. 2103 c.c. può avere fonte, ai soli fini dei primi due commi della disposizione, in un regolamento unilaterale (aziendale), ma in tal caso bisogna operare una distinzione, considerato che gli atti di organizzazione datoriale, compresi quelli di inquadramento e classificazione, beneficiano di un regime di forma libera. Se la disciplina datoriale si è perfezionata in una forma tale da permetterne una conoscenza preventiva e *a posteriori* da parte dei soggetti interessati ed anche ad uso processuale, questa potrà ben svolgere la sua funzione integrativa/para-legislativa, viceversa, ove la disciplina datoriale non presenti una forma degna di conoscenza adeguata presso i terzi, la norma del codice civile non potrà che essere integrata attraverso un giudizio equitativo, o comunque non formale, simile a quello svolto dai giudici precedentemente alla riforma del *jobs act*.

Ammettiamo, ora, che al caso concreto sia applicabile un contratto collettivo determinato. Potrebbe darsi che la funzione integrativa da questo svolta non sia comunque soddisfattiva, perché, ad esempio, la nuova mansione assegnata al lavoratore non è prevista nelle declaratorie dei livelli di inquadramento negoziati. Secondo alcuni, anche in questo caso, non resta che valutare la legittimità dello *ius variandi* alla stregua del principio dell'equivalenza (GARGIULO, 4).

Tuttavia il concetto di "riconducibilità" previsto dal legislatore lascia supporre che sia sufficiente un'interpretazione ampia e analogica delle mansioni descritte e classificate dalle parti sociali, di modo che quello della mancata sussunzione della mansione effettivamente assegnata in quella descritta nei contratti collettivi, rischia di rimanere un caso di scuola.

Ciò detto, è necessario precisare che i contratti collettivi che possono svolgere la funzione di integrare l'art. 2103 I e II comma c.c. non sono solo quelli di cui all'art. 51 del d.lgs. 81/2015, perché tale ultima norma di funzionamento è applicabile laddove, nelle disposizioni del decreto, si faccia riferimento al contratto collettivo in modo esplicito. Sotto questo profilo, il riferimento manifesto all'istituto di diritto sindacale sarebbe stato quanto mai opportuno, perché la selezione degli agenti e dei livelli contrattuali, anche se a maglie larghe, è funzionale a garantire un minimo di rappresentatività e responsabilità in capo agli agenti negoziali chiamati a svolgere una funzione para-legislativa spinosa. E il caso dell'art. 2103 I e II comma c.c. è certamente uno di quei casi delicati di rinvio alla contrattazione collettiva.

Pertanto, una tale scelta legislativa avrebbe anche confermato definitivamente che la contrattazione collettiva è un elemento "*imprescindibile*" del rapporto di lavoro (Così Corte cost. 23 luglio 2015 n. 178, cfr. anche Corte cost. 23 giugno 1988 n. 697, Corte cost. 27 febbraio 1985 n. 34) e uno strumento indispensabile per la sua disciplina (RUSCIANO, 32), come risulta con maggiore evidenza quando si approfondiscono le conseguenze problematiche connesse alla scelta aziendale di sostituire ad un contratto collettivo un regolamento aziendale unilaterale (cfr. PEDRAZZOLI).

Inoltre, l'impossibilità di selezionare il contratto collettivo autorizzato ad integrare la disposizione legale sullo *ius variandi*, conduce ad una serie di problemi di difficile soluzione, dovuti al fatto che alla centralità della negoziazione collettiva non è seguita, almeno per il momento, una disciplina legale della sua efficacia soggettiva (GARGIULO, 4, BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 74) e del rapporto fra livelli negoziali diversi (FALSONE). Sicché, può verificarsi il caso dell'impossibilità di applicare un contratto collettivo ad un rapporto di lavoro, a causa della natura "separata" della vicenda

negoziale o della inapplicabilità *tout court* del contratto di lavoro nell'impresa, dovuta, ad esempio, al fatto che il datore di lavoro non è associato ad alcuna organizzazione sindacale. Al riguardo, si è avanzata l'ipotesi di applicare in ogni caso il contratto collettivo del settore secondo la stessa logica adoperata dai giudici in relazione ai minimi retributivi (NUZZO, 1047), ma questa soluzione non sembra tenere conto del fatto che manca, in questo caso, il referente costituzionale che giustifichi, al pari dell'art. 36 Cost., l'estensione soggettiva del contratto collettivo al fine di integrare la disciplina dello *ius variandi*.

Il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo in funzione dell'integrazione dei primi due commi dell'art. 2103 c.c. non può essere risolto *de jure condito* in termini generali, ma solo applicando di volta in volta le soluzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza in materia di contrattazione separata ed efficacia soggettiva dei contratti collettivi (fra i tanti, FERRARO, 751).

Tirando le somme a proposito di questa parte della disciplina legale, è interessante chiedersi se la prima parte del nuovo art. 2103 c.c. presenti o meno alcuni tratti di continuità con l'interpretazione anche giurisprudenziale della disciplina previgente (GRAMANO, 535 ss.).

L'art. 2103 c.c., infatti, nella sua versione statutaria, è stato interessato da una serie di interventi legali speciali e di interpretazioni giudiziali finalizzati a superarne la rigidità.

Quanto alle ipotesi legali che autorizzavano a certe condizioni l'adibizione datoriale a mansioni anche non equivalenti, si considerino *a)* l'art. 10 III comma l. 68/1999 in caso di aggravamento delle condizioni di salute o di rilevanti riorganizzazioni aziendali di lavoratori assunti obbligatoriamente, *b)* l'art. 4 IV comma l. 68/1999 in caso di lavoratore divenuto inabile durante lo svolgimento del rapporto di lavoro e *c)* l'ar. 42 d.lgs. 81/2008 in caso di inidoneità o idoneità parziale accertata in sede di giudizio del medico competente a fini di sicurezza. Tali ipotesi, in ragione del criterio esegetico di specialità, sopravvivono alla modifica dell'art. 2103 c.c. (BASILICO, 9) perché, per un verso, si riferiscono ad ipotesi più specifiche e circostanziate e, per l'altro, autorizzano il demansionamento anche oltre i limiti di cui ai primi commi dell'art. 2103 c.c. nell'interesse presunto del lavoratore.

Invece, un ragionamento diverso andrà svolto in relazione ai casi in cui la legge, invece che autorizzare direttamente il demansionamento, ha affidato alla contrattazione collettiva il compito di prevedere ipotesi di deroga al vecchio art. 2103 c.c. (su cui *infra*).

Quanto alle interpretazioni giudiziali che hanno fatto, per così dire, diritto vivente, si deve ricordare la nota Cass., sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033 => che, a proposito delle c.d. clausole di fungibilità, ha riconosciuto alla contrattazione collettiva il potere di rendere convenzionalmente equivalenti anche mansioni che esprimono professionalità di grado diverso e quindi non legalmente equivalenti a norma del vecchio art. 2103, I comma, c.c. Ciò, però, solo in caso di temporanee esigenze aziendali oppure per valorizzare la professionalità dei dipendenti attraverso il sistema degli avvicendamenti.

Infine, deve farsi riferimento al tentativo di stipula di un patto di demansionamento, quale onere preliminare del datore di lavoro in caso di sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (cfr. Cass. 8 marzo 2016 n. 4509 =>, Cass. 13 giugno 2012, n. 9656 =>).

Ora, è chiaro che questi interventi legislativi e giurisprudenziali sono giustificati dalle stesse esigenze di flessibilità che sembrano animare il legislatore del *jobs act* (GRAMANO, 535), ma mentre i primi erano funzionali agli interessi presunti del lavoratore e dunque la deroga, seppur tale,

svolgeva la stessa funzione per cui la disposizione legale era stata riformulata dal legislatore del 1970, con il d.lgs. 81/2015 l'estensione del potere di modifica delle mansioni datoriali svolge l'opposta funzione di soddisfare meglio gli interessi datoriali, sul presupposto, indiretto, che ciò conduca alla tutela del posto di lavoro e all'aumento dell'occupazione in termini macro-economici. Dunque, i punti di continuità fra la recente riforma legislativa e la situazione legale e giurisprudenziale precedente paiono solo formali.

3.2. Il demansionamento unilaterale di cui al IV comma dell'art. 2103 c.c. e la delega di diritto alla contrattazione collettiva.

Come abbiamo visto, la nuova disciplina - ferma restando l'ipotesi della "modifica degli assetti organizzativi aziendali" - delega alla contrattazione collettiva l'individuazione di "*ulteriori ipotesi di assegnazione*" a mansioni inferiori negli stessi limiti di cui al II, III e V comma dell'art. 2103 c.c.

Tali limiti, è opportuno precisarlo, sono *a)* il demansionamento ad un solo livello di inquadramento inferiore, salva la categoria legale precedente, *b)* l'obbligo formativo, se necessario, *c)* la forma scritta, a pena di nullità, *d)* la conservazione formale del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento riconosciuti prima dell'esercizio dello *ius variandi*.

Innanzitutto, possiamo dare per scontato che, ai sensi dell'art. 51 d. lgs. 81/2015, le succitate ulteriori ipotesi possono essere previste non da accordi collettivi purchessia, ma da "*contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria*" (sull'art. 51 cfr. *ex plurimis* TREU, PASSALACQUA, ALVINO).

Questo requisito selettivo serve, innanzitutto, ad evitare il c.d. *dumping* contrattuale (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 74) e risolve, almeno in parte, i problemi applicativi connessi alla efficacia soggettiva degli accordi sindacali: infatti, solo i contratti collettivi stipulati da sindacati dei lavoratori riconducibili ad organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale sono autorizzati ad integrare la disciplina legale; gli altri accordi, se anche prevedessero ulteriori ipotesi di demansionamento, risulterebbero nulli, *in parte qua*, ai sensi dell'art. 2103 IX comma, che fa salve le deroghe, solo nei casi in cui ricorrano le condizioni di cui al II e IV comma della medesima disposizione.

Il IV comma dell'art. 2103 c.c. rappresenta l'acme del protagonismo assunto dalla contrattazione collettiva in materia di *ius variandi*.

Attualmente sembrano contrapporsi due approcci interpretativi diversi.

Secondo il primo, questa disposizione "*non è ancorata ad alcun presupposto causale: quindi è ammessa qualsiasi ipotesi aggiuntiva*" rispetto a quella legale di cui al II comma (VOZA, 9, AMENDOLA, 20), secondo altri è da escludere che tramite questo comma siano individuabili "*ipotesi di demansionamento in via indiscriminatamente additiva*" rispetto a quelle rientranti nella nozione di "modifica degli assetti organizzativi aziendali" (BALLETTI, 30).

La prima tesi è quella più aderente alla lettera della disposizione e più fedele al contenuto della legge delega 183/2014. Quest'ultima, infatti, imponeva sì dei parametri oggettivi di individuazione di fattispecie di demansionamento legittimo, ma faceva salve le altre ipotesi previste dalla contrattazione collettiva, senza prevedere in questo ultimo caso condizioni e limiti. Quindi, anche

ammesso, come è assolutamente condivisibile, che il legislatore sia incappato in un eccesso di delega riguardo al parametro della modifica degli assetti organizzativi aziendali - ove non è rintracciabile alcunché di oggettivo (DE ANGELIS) - tale vizio non è affatto riscontrabile in riferimento al IV comma della disposizione.

Ciò significa che è ammissibile se non opportuna la lettura restrittiva del II comma dell'art. 2103 c.c., secondo cui la modifica organizzativa che giustifica il demansionamento legittimo unilaterale deve corrispondere ai casi in cui sarebbe oggettivamente legittimo il licenziamento, ove non fosse possibile modificare anche *in peius* le mansioni (GRAMANO 543, BALLETTI, 30 *contra* SORDI). Ma significa, anche, che la stessa argomentazione non può essere spesa in relazione al IV comma, la cui lettura congiunta con l'art. 3 l. 604/1966 e secondo la logica del c.d. *repêchage*, appare del tutto arbitraria.

Dunque, ciò che può essere espunto in via interpretativa dal II comma, rientra in gioco, per il tramite del IV comma dell'art. 2103 c.c. ma, ecco la non irrilevante differenza, col filtro della contrattazione collettiva.

Le ulteriori ipotesi previste dalla contrattazione collettiva, comunque, devono presentare una caratteristica che possiamo individuare alla luce del V comma della disposizione che vale anche in relazione alla fattispecie legale di cui all'art. 2103 II comma c.c.

Ci si riferisce al fatto che la durata del demansionamento legittimo deve essere causalmente connessa alla caratteristica temporale delle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva.

Sotto questo profilo è stato affermato che il demansionamento legittimo unilaterale ha natura "puramente transitoria" (FERRANTE, 42) in virtù del fatto che il legislatore fa salvi l'inquadramento e la retribuzione precedente, imponendo quindi un'alterazione della struttura funzionale del contratto e uno "scollamento" fra forma e sostanza (BALLETTI, 31), che devono essere risanati appena possibile.

Ma ciò è vero solo in senso descrittivo e non prescrittivo: il datore di lavoro, cioè, troverà economicamente sveniente il fatto di non rimediare al demansionamento già imposto ai sensi dell'art. 2103 II e IV comma c.c. quando nuove circostanze permetteranno di rispettare nuovamente il principio di corrispettività che permea le relazioni contrattuali (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 69, BELLAVISTA parla di situazioni "tendenzialmente temporanee" anche se di fatto procrastinabili all'infinito).

È ora il caso di verificare il destino delle precedenti ipotesi in cui il legislatore, invece di stabilire direttamente i casi eccezionali di deroga all'art. 2103 c.c. (su cui *supra*), delega il delicato incombenza alla contrattazione collettiva.

Si tratta dei casi di cui a) all'art. 4 XI comma l. 223/1991, che autorizza gli accordi sindacali a derogare all'art. 2103 c.c. in ipotesi di riassorbimento di lavoratori dalla mobilità, e b) all'art. 8 II comma lett. b) e II *bis* comma d.l. 138/2011 che autorizzano la contrattazione c.d. di prossimità a derogare all'art. 2103 c.c. a certe condizioni procedurali, sostanziali e per specifiche finalità.

A questo riguardo ci si deve chiedere se le due disposizioni resistono al sopraggiungere del d.lgs. 81/2015. Per farlo è necessario stabilire se sia applicabile il criterio cronologico – che vedrebbe l'abrogazione implicita, anche solo parziale, delle discipline legali speciali (BALLETTI, 36 e 48,

BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 75) – o il criterio di specialità (BASILICO, 9 anche se non in riferimento al succitato art. 8) – il quale garantirebbe la sopravvivenza di queste ultime.

A parere di chi scrive bisogna distinguere il caso del licenziamento collettivo di cui alla l. 223/1991 da quello dell'art. 8 d.l. 138/2011.

Nel primo caso, in concreto, non sembra nemmeno porsi un problema di antinomia normativa o, visto sotto un'ottica diversa, sembra applicabile il criterio di specialità.

Infatti, il licenziamento collettivo e il demansionamento legittimo unilaterale possono avere in comune la causa e il contesto in cui si inverano, in quanto la "*riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro*" (art. 24 l comma I. 223/1991) rappresenta una specie di "*modifica degli assetti organizzativi aziendali*" ai sensi dell'art. 2103 comma II c.c. Tuttavia, l'avvio o, quanto meno, la conclusione di una procedura di mobilità risultano logicamente e cronologicamente successive alla verifica dell'esistenza di misure rimediali idonee ad evitare il licenziamento collettivo, la cui mancanza, infatti, deve essere comunicata ai sindacati ai sensi dell'art. 4 III comma I. 223/1991. E lo *ius variandi* è certamente uno dei principali istituti rimediali nelle mani del datore di lavoro.

Quindi, in sede di trattativa sindacale nel contesto di una procedura di mobilità il datore di lavoro potrà (ri)verificare la possibilità di ridurre l'impatto occupazionale della scelta aziendale ai sensi del nuovo art. 2103 c.c. In caso di (nuovo) insuccesso, poi, potrà ricercare un accordo finalizzato a derogarlo *in peius* per raggiungere il medesimo obiettivo, prevedendo, ad esempio, l'adibizione a mansioni inferiori anche oltre il primo livello di inquadramento inferiore e a prescindere dal consenso dei singoli lavoratori.

Dunque, in concreto, non si verifica quella "incompatibilità" fra disposizioni legali, né si prefigura quel rapporto di genere/specie cui l'art. 14 delle preleggi fa seguire l'effetto abrogativo della disciplina anteriore.

Nel caso, invece, dell'art. 8 d.l. 138/2011, sembra preferibile l'applicazione del criterio cronologico.

Infatti, sotto il profilo dell'ambito di applicazione, l'art. 8 e l'art. 2103 c.c. si pongono di fatto su di un medesimo piano nel senso che forniscono due strumenti diversi per raggiungere il medesimo scopo prefissato dal datore di lavoro, ma le norme (anche in combinato disposto con l'art. 51 d.lgs. 81/2015) individuano criteri alternativi e incompatibili di selezione degli agenti e dei livelli contrattuali autorizzati.

4. La contrattazione collettiva "disfunzionale" rispetto alla *ratio* della riforma dell'art. 2103 c.c. Accordi sindacali previgenti e nuovi rinnovi contrattuali.

A questo punto del discorso possiamo domandarci se ed entro quali limiti la contrattazione collettiva possa intervenire per regolare diversamente l'esercizio dello *ius variandi*.

Non c'è dubbio che le parti sociali abbiano competenza in materia di disciplina dei rapporti di lavoro e, quindi, anche in materia di poteri datoriali (Corte cost. 23 giugno 1988 n. 697 e Corte cost. 27 febbraio 1985 n. 34 secondo cui l'art. 39 Cost., che tutela la libertà sindacale, "*ha il suo necessario complemento nell'autonomia negoziale*"). Ed è altrettanto ovvio che questa competenza non è esclusiva, ma compete/concorre con quella spettante al legislatore nazionale.

Il rapporto classico e tradizionale fra la fonte legale e quella negoziale collettiva è caratterizzato dalla c.d. inderogabilità unilaterale della legge, ovvero da una sua inderogabilità *in peius* e da una sua derogabilità *in melius* da parte della negoziazione collettiva. Come è noto, infatti, la contrattazione collettiva può prevedere una disciplina migliorativa per i lavoratori, ma non può stabilire condizioni peggiori di quelle fissate dalla legge (MAZZOTTA, 219).

Secondo altre teorie, le caratteristiche di questo rapporto fra fonti, almeno a partire dalla fine degli anni '70, sarebbero cambiate nel senso che la derogabilità *in melius* non sarebbe più un connotato della disciplina lavoristica (BIAGI, TIRABOSCHI, 42) o lo sarebbe solo in certi casi, cioè considerando la *ratio* dell'intervento del legislatore (MARESCA, 482).

Non è possibile in questa sede approfondire il complesso dibattito teorico in termini generali.

Però possiamo affermare che gli argomenti spesi per criticare la teoria tradizionale non sono convincenti, almeno in riferimento alla nuova disciplina dello *ius variandi*, che accede allo svolgimento del rapporto di lavoro e ha implicazioni dirette sull'attività di impresa, ma non sul mercato del lavoro.

Se, infatti, proprio nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro la contrattazione collettiva non fosse libera di concordare una regolazione più favorevole per i lavoratori, perderebbe la sua stessa ragion d'essere. In sostanza, la competenza per materia, di rango anche costituzionale, ne risulterebbe oltremodo sacrificata senza alcuna giustificata e rilevante ragione (cfr. recentemente CENTAMORE, 491).

In parte diverso e, comunque, più complesso sarebbe il ragionamento nel caso del rapporto fra legge e contrattazione collettiva delegata ad integrare la prima in materia di mercato del lavoro e tipologie contrattuali flessibili (su cui, fra i tanti, CARABELLI, LECCESE, 345, FERRARO, 667), perché in tal caso interverrebbero altre esigenze ed interessi di rilievo pure costituzionale (art. 4 Cost.) da bilanciare prudentemente con il principio di tutela delle competenze della contrattazione collettiva (art. 39 Cost.).

In definitiva, la contrattazione collettiva può legittimamente stabilire una disciplina dello *ius variandi* più restrittiva rispetto a quella oggi prevista dal legislatore e quindi più favorevole al lavoratore dipendente, anche se ciò avviene in aperto contrasto con le intenzioni del legislatore del *jobs act*. Se, infatti, quest'ultimo avesse voluto impedire questi possibili scenari, avrebbe dovuto prevedere un vincolo legale alla contrattazione collettiva esplicito e costituzionalmente giustificato e ragionevole (CENTAMORE, 551, FALSONE).

Si può, così, concludere che le parti sociali, oltre a non prevedere altre ipotesi di demansionamento legittimo, ai sensi dell'autorizzazione resa dal IV comma della disposizione codicistica, possono restringere i confini della vaga fattispecie legale della "*modifica degli assetti organizzativi aziendali*" fino ad escludere *tout court* l'operatività della regola che autorizza lo *ius variandi in peius*.

Secondo la stessa logica i sindacati potrebbero concordare che la mobilità debba considerarsi orizzontale solo fra mansioni professionalmente equivalenti, come nella più favorevole versione della disposizione ora abrogata e non anche in caso di riconducibilità delle stesse al medesimo livello di inquadramento contrattuale, come previsto dalla nuova versione dell'art. 2103 c.c. (DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura lavoristica*, 9).

È interessante, allora, verificare in che modo le prassi negoziali si stanno orientando in sede di rinnovo contrattuale, relativamente alla disciplina dello *ius variandi*, prendendo ad esempio specifici settori produttivi.

Il CCNL chimico farmaceutico, ad esempio, è stato rinnovato il 15 ottobre 2015.

In quella sede il termine oltre il quale sorge il diritto alla promozione all'inquadramento superiore è stato esteso da 3 a 6 mesi, invece la norma sugli altri casi di mobilità è rimasta invariata e recita così: *"in relazione alle esigenze organizzative aziendali il lavoratore può essere assegnato temporaneamente a mansioni diverse da quelle inerenti la sua categoria purché ciò non comporti alcun peggioramento economico né alcun mutamento sostanziale del suo inquadramento"* (art. 6). A questo proposito, è d'uopo sottolineare che la parte della norma che autorizza l'adibizione a mansioni relative a categorie diverse, ove si riferisca alle categorie legali, è nulla a differenza che in passato, perché ciò è oggi vietato dalla stessa disciplina legale, nell'interesse dei lavoratori,

Invece, il CCNL Cooperazione Alimentare, rinnovato il 23 marzo 2016, ha sostituito alla vecchia formulazione contrattuale una nuova disciplina, che ricalca esattamente quella del nuovo art. 2103 c.c.

Infine, il CCNL "cemento, calce, gesso", rinnovato il 18 aprile 2016, ha lasciato inalterata la precedente disposizione contrattuale per il semplice fatto che essa, già prima del 2015, autorizzava "demansionamenti controllati". L'art. 31, infatti, stabilisce che *"nell'ambito dell'area di appartenenza il lavoratore può, in relazione a esigenze organizzative, tecniche e produttive, essere adibito anche a mansioni relative ad altri livelli della stessa area senza alcun peggioramento economico in caso di mansioni proprie di un livello inferiore (...)".*

Si tratta, in questo caso di una previsione che prima poteva essere considerata nulla in sede giudiziale - nel caso che le nuove mansioni di livello inferiori risultassero professionalmente non equivalenti - e che ora, invece, riacquista piena efficacia. Per il resto è interessante segnalare un nuovo comma dell'art. 31 del citato CCNL secondo cui *"tra direzione aziendale e r.s.u., in caso di mutamento di mansioni a un livello inferiori, si dovrà svolgere un incontro in via preventiva a livello aziendale o/e di unità produttiva per valutare possibili implicazioni anche in relazione alla eventuale attività di formazione professionale legata allo svolgimento delle nuove mansioni richieste"*. La nuova norma, infatti, rappresenta un'interessante modalità di specificazione dell'obbligo formativo di cui all'art. 2103 III comma c.c.

Ne risulta un quadro variegato. Si avvicinano, infatti, settori in cui la nuova disciplina è stata osteggiata, attraverso il mantenimento della vecchia disciplina negoziale, settori in cui la nuova disciplina è stata reinterpretata e settori in cui essa, come in passato, è stato sostanzialmente riprodotta, in ossequio alla volontà del legislatore delegato del 2015.

Nulla osta, infine, a giungere a conclusioni analoghe anche in riferimento alla contrattazione collettiva attualmente vigente e stipulata prima del giugno del 2015. La notazione è di particolare importanza in questo caso, perché la regolazione negoziale dello *ius variandi* presenta la peculiarità (ora come in passato) di essere formalizzata in numerosi contratti collettivi non tramite un rimando formale alla legge, ma attraverso una riproduzione materiale, con le necessarie integrazioni, della disciplina legale oggi abrogata (cfr. art. 101 CCNL Commercio rinnovato il 30 marzo 2015, ovvero quando gli schemi del futuro decreto 81/2015 erano già noti, art. 2 Titolo II del CCNL

Industria rinnovato il 5 dicembre 2012, art. 7 CCNL Trasporti e Logistica rinnovato il 26 maggio 2014 =>).

Bisogna chiedersi, allora, se la vecchia disciplina legale possa sostanzialmente sopravvivere tramite le previgenti clausole negoziali che la ricalcano.

Dando per assodato che fra fonti di rango diverso non è possibile applicare il criterio cronologico, per rispondere è necessario riprendere il tema delle tecniche di comparazione fra legge e contratto collettivo utili a capire quale sia la disciplina da applicare, in quanto più favorevole per i lavoratori.

Fra queste, come è noto, distinguiamo il criterio del cumulo - ovvero del confronto clausola per clausola - e quello del conglobamento - ovvero del confronto tra trattamenti complessivi. Inoltre, sono stati elaborati altri criteri, per così dire, mediani, come quello secondo cui il confronto debba riguardare l'istituto di riferimento (e non la singola clausola o l'intero trattamento), oppure le sole clausole che "nel complesso realizzano una stessa funzione" (PERSIANI, 128). È prevalente l'opinione per cui nel confronto fra legge e contratto collettivo debba preferirsi la teoria del cumulo (DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, 197, ZOLI, 503, CESTER, 378).

Applicando questo criterio, ne deriva che: *a)* la norma legale sulla mobilità orizzontale (art. 2103 I comma c.c.) risulta derogata *in melius* da numerosi CCNL attualmente vigenti, come quelli citati *supra*, la cui disciplina va dunque preferita, mentre *b)* le nuove norme sul "demansionamento legittimo" (art. 2103 II e IV comma c.c.) non sono tecnicamente comparabili con altre clausole negoziali già vigenti, quindi non sono derogate *in melius* dalla contrattazione previgente e possono essere legittimamente applicate.

Invece, se preferissimo il criterio mediano del confronto fra istituti, quanto meno per giungere ad una soluzione interpretativa più coerente e funzionale, ne deriverebbe la deroga *in melius* dell'intero art. 2103 c.c., nella sua nuova formulazione.

Per concludere, quindi, la portata riformatrice dell'art. 3 del d.lgs. 81/2015, come di qualunque altra disposizione legale che debba confrontarsi con una contrattazione collettiva preesistente e migliorativa, può risultare "amputata" fino a che non interverranno dei rinnovi contrattuali coerenti con le intenzioni del legislatore (conf. FERRANTE, 38).

5. La contrattazione collettiva funzionale alla *ratio* della riforma del *jobs act* e i limiti posti dal sistema.

Dallo studio fino ad ora svolto emerge chiaramente che la latitudine entro cui può estendersi oggi lo *ius variandi* è potenzialmente molto ampia perché il suo perimetro è indefinito, come abbiamo visto. La contrattazione collettiva, infatti, oltre a ridimensionare tale potere datoriale a favore dei lavoratori secondo i principi precisati *supra* (*supra* § 4) e applicabili alla disciplina lavoristica, è autorizzata ad accrescerlo. In primo luogo attraverso un rinvio di fatto ai livelli di inquadramento da sempre previsti nei contratti collettivi, ma che potrebbero in teoria scaturire anche da una regolamentazione datoriale (commi I e II dell'art. 2103 c.c.), in secondo luogo tramite la delega esplicita del legislatore nei termini di cui all'art. 2103 IV comma c.c. (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 73) (*supra* § 3).

Ora, poiché lo *ius variandi* può esercitarsi nell'ambito del livello contrattuale (e della categoria legale) o, a determinate condizioni, nell'ambito del livello contrattuale subito inferiore, è chiaro

che la composizione negoziale degli inquadramenti contrattuali ha un effetto diretto sull'estensione del potere datoriale di modifica delle mansioni assegnate.

In particolare, ad un minor numero di livelli di inquadramento corrisponde una minore tutela della professionalità del lavoratore, poiché all'interno di ogni livello verranno a trovarsi una quantità di mansioni maggiori e, presumibilmente, più eterogenee. Vale ovviamente il discorso opposto in caso di aumento dei livelli contrattuali, perché ciò almeno in teoria, può facilitare l'omogeneità delle mansioni raccolte ad un livello.

Portando il discorso alle estreme conseguenze, formalmente, potrebbero darsi dei casi di *ius variandi* eccezionalmente sfavorevoli per il lavoratore. Questo rischio è incombente e attuale, perché gli odierni assetti contrattuali sono costruiti non in modo da raccogliere mansioni professionalmente omogenee, ma in ragione del valore economico/retributivo riconosciuto ad esse dalle parti sociali e, quindi, dal mercato. Così, oggi, il lavoratore dipendente del settore del commercio inquadrato al III livello del CCNL (art. 100) potrebbe essere adibito alle mansioni di vetrinista o steno-dattilografo in lingue estere o di disegnatore tecnico o, per il livello inferiore, a quelle di contabile d'ordine, commesso o astatore. Peraltro, i primi rinnovi successivi al giugno del 2015, non hanno dato seguito alla nuova funzione riconosciuta dalla legge alle parti sociali e hanno mantenuto inalterate le declaratorie e i sistemi di inquadramento.

È opportuno, allora domandarsi se siano o meno rintracciabili dei limiti a questo relevantissimo potere riconosciuto al datore di lavoro per il tramite della contrattazione collettiva, fermo restando - sia chiaro - che quest'ultima rimane ben libera di regolare i livelli di inquadramento in assoluta libertà (arg. art. 39 Cost.) e che, semmai, spetterà all'interprete, e *in primis* al giudice, di operare il corretto riequilibrio degli interessi, anche a prescindere dai contenuti dei contratti collettivi. Vediamo in che modo.

In dottrina è già stata fornita una lettura restrittiva secondo cui le ragioni che giustificano il demansionamento legittimo unilaterale devono corrispondere a quelle che ammetterebbero il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in virtù di una lettura della disposizione coordinata con le direttive e i principi, più rigorosi e meno vaghi, della legge delega (§ 3.2), tuttavia è possibile rispondere al quesito posto in termini più generali, in modo da fissare dei paletti che coinvolgano l'intero istituto dello *ius variandi*, cioè anche a prescindere dal vizio dell'eccesso di delega - peraltro valevole, come abbiamo visto, solo per il II comma e non per il IV comma della disposizione codicistica.

Esistono almeno due ipotesi ricostruttive che appaiono adeguate a scongiurare gli squilibri che la nuova disciplina legale e negoziale può provocare.

La prima ipotesi poggia sul valore anche costituzionale della professionalità del lavoratore, che il giudice del lavoro non può ignorare, la seconda fa leva, invece, sulle regole e i principi dell'autonomia contrattuale.

Incominciamo dalla prima.

Abbiamo già detto che lo *ius variandi*, ontologicamente unilaterale, è un potere eccezionale del datore di lavoro che scaturisce dalla natura particolare del contratto di lavoro e che il legislatore regola e limita a tutela della professionalità del dipendente.

È chiaro che se guardiamo alla nuova disciplina delle mansioni in termini diacronici dobbiamo rilevare il carattere recessivo della tutela dell'interesse del lavoratore, ma se lo isoliamo dalla sua storia, possiamo comunque riconoscere che l'art. 2103 c.c., anche nella nuova versione, svolge una funzione di limite al potere datoriale e di tutela della professionalità (PERINA).

Il valore della professionalità, quindi, deve guidare ancora l'interprete e l'operatore del diritto. Ciò, peraltro, sarebbe vero anche se mancasse una norma come quella che stiamo studiando, infatti è pacifico che il diritto alla carriera e alla professionalità, anche nei suoi profili di immagine sociale, hanno rango costituzionale (artt. 2, 35 e 41 II comma Cost.), tanto è vero che si è soliti riconoscere al lavoratore non solo l'obbligo, ma anche il diritto di svolgere effettivamente la prestazione lavorativa (BASILICO, 6).

La giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale sono in questo senso uniformi (Cass. 3 maggio 2016 n. 8709 =>, Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, App. Genova 15 aprile 2005, Trib. Milano, 12 febbraio 2010, Corte cost. 13 dicembre 1988 n. 103 =>).

Stando così le cose, la contrattazione collettiva che dovesse prevedere casi di demansionamento tali da violare il diritto del lavoratore alla professionalità, nel suo nocciolo duro di rango costituzionale, risulterebbe illegittima, nonostante la delega di fatto e di diritto conferitale dalla legge ordinaria. Non ne conseguirebbe, quindi, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2103 c.c. – che sarebbe da denunciare alla Corte costituzionale – ma la nullità del negozio collettivo per violazione di norma imperativa ai sensi degli artt. 1419 II comma e 1339 c.c. che è rilevabile direttamente dal giudice del merito (GRAMANO, 539-540 e, BAVARO, 170 e SCARPELLI, 499 in riferimento ad un altro ma, per quel che qui conta, paragonabile contesto normativo).

Veniamo ora alla seconda ipotesi ricostruttiva.

Lo *ius variandi*, come abbiamo accennato *in limine* non è un istituto ad appannaggio dei soli lavoratori, ma riguarda numerosi altri contratti di diritto comune. Dal punto di vista puramente civilistico, quindi, possiamo fare alcune considerazioni che paiole fruttuose ai nostri fini.

Lo *ius variandi* è un potere unilaterale riconosciuto dalla legge o da un contratto non per provocare o favorire uno sbilanciamento di posizioni fra parti coinvolte, ma per garantire il funzionamento del rapporto contrattuale di durata ovvero per salvaguardare la sua conservazione, nell'interesse, presunto dalla legge o palesato nel negozio, di entrambe le parti. In sostanza, esso è lo strumento meno dispendioso e più efficace (basta la volontà di una parte) per aggiornare le dinamiche contrattuali (cfr. IORIO, 13, 140, 157, FRANCESCHELLI, 230).

Se questa è la funzione dello *ius variandi* che l'ordinamento considera meritevole di tutela, tale potere unilaterale non può spingersi oltre la soglia della sua funzione di conservazione e adattamento del contratto. In particolare, esso non può provocare un effetto estintivo e di contestuale costituzione di un nuovo rapporto contrattuale, senza il consenso dell'altra parte, perché ne risulterebbe sacrificato il principio di cui all'art. 1372 c.c. secondo cui il contratto può essere sciolto per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge e verrebbe a mancare l'interesse dell'ordinamento a riconoscere legittimità a questo istituto eccezionale.

In concreto, ciò vuol dire, innanzitutto, che l'esercizio dello *ius variandi* non può provocare la modifica della causa/titolo del contratto, perché ciò condurrebbe ad un effetto novativo unilaterale inammissibile. Per la stessa ragione, anche l'oggetto del contratto non può essere modificato unilateralmente, se non nei suoi profili accessori (IORIO, 36).

Per fare due esempi opposti tratti dalla giurisprudenza sul contratto di lavoro, possiamo affermare che il distacco del lavoratore non comporta una novazione, ma solo una modificazione nell'esecuzione del contratto (Cass. 21 novembre 2013, n. 26138), mentre il passaggio alla qualifica di dirigente implica una novazione oggettiva (Cass 28 ottobre 2014, n. 22835).

Quando lo *ius variandi* è riconosciuto e regolato dal legislatore (come nel caso dell'art. 2103 c.c.), la legittimità dell'atto unilaterale esercitato nel rispetto della legge – e quindi il rispetto dei limiti oltre i quali si ha novazione e non modificazione – potrebbe essere presunta, come per qualunque contratto o atto tipico.

Tuttavia, secondo certa dottrina, ciò è vero solo in astratto perché, in ogni caso, si può e si deve procedere, di volta in volta, ad una verifica in concreto dello scopo oggettivo perseguito con l'esercizio del potere unilaterale, per stabilirne la liceità e meritevolezza reali (GAMBINI, 185), ad esempio ai sensi dell'art. 41 Il comma Cost.

Il caso dell'art. 2103 c.c., sotto questo profilo, è particolarmente complesso perché lo *ius variandi* non viene più disciplinato esaurientemente dal legislatore, in quanto la norma legale, come abbiamo visto, consegna alla contrattazione collettiva la funzione di definirne e integrarne i limiti, potendo operare, per altro, in tutte le direzioni (*in melius* e, entro certi limiti, *in peius*).

A maggior ragione, dunque, la presunzione di legittimità dell'atto unilaterale *ex art.* 2103 c.c. non può operare automaticamente.

La legittimità dell'atto datoriale, cioè, sotto il profilo più strettamente civilistico, dipende sia dal movente concreto che giustifica la modifica individuale delle mansioni, sia da una preliminare valutazione di liceità della contrattazione collettiva, la quale, in quanto contratto di diritto comune, non può autorizzare una parte ad esercitare il potere riconosciutogli oltre il limite suesposto, superato il quale si produce un inaccettabile effetto novativo unilaterale. Né la delega legale finalizzata ad integrare la norma, e dunque, la conseguente funzione para-legislativa del contratto collettivo, possono indurre ad interpretare il nuovo regime normativo, nel senso di ritenere oggi superabile *tout court* il suddetto limite di sistema. D'altronde, come abbiamo già osservato, se il legislatore, con il VI comma dell'art. 2103 c.c., ha inteso disciplinare un fenomeno, questo sì, davvero novativo (modifica delle mansioni, dell'inquadramento e della categoria concordata in sede assistita), è chiaro che ha inteso escluderlo nel caso dello *ius variandi* di cui alla prima parte della medesima norma.

Il nodo da sciogliere, a questo punto, sta nell'esigenza di stabilire il punto esatto in cui si colloca il crinale che separa, nell'ambito del contratto di lavoro, la modifica unilaterale e la novazione necessariamente consensuale.

A questo proposito sembra foriera di buoni risultati, certamente da approfondire nella nostra prospettiva, l'impostazione metodologica secondo cui "*laddove limiti espressi non siano posti dalla legge, essi vanno ricercati nell'autonomia contrattuale*" individuale (PANTANO, *Il rendimento*, 90). In sostanza, secondo questa prospettiva, per valutare, a valle, la legittimità dello *ius variandi* – tramite la liceità della sua causa – bisogna, a monte, considerare la causa concreta del contratto (NAVARRETTA, 616) che, "*determinando il senso dell'operazione economica, seleziona l'ambito delle finalità perseguibili in modo legittimo*" (così PANTANO, *Il rendimento*, 89 e ss.).

Ciò significa, in sostanza, che lo *ius variandi* potrà essere esercitato nei limiti espliciti e formali posti dalla legge, ma anche che lo stesso non potrà mancare di fare i conti con un controllo di

sostanza (o funzionale) che può essere svolto a partire dalla causa del contratto originario e che impedisca assegnazioni di mansioni che il lavoratore, al momento della stipula del contratto di lavoro, non aveva in alcun modo messo in conto di dover svolgere (PANTANO, 57, BROLLO, *Mansioni*, 244).

Bibliografia essenziale.

ALPA, *Indeterminatezza dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, c. 698 ss.

ALVINO, *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4/2016 in corso di pubblicazione.

AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015* in *WPCSDLE "M. D'Antona".IT*, - 291/2016.

BALLETTI, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016 in corso di pubblicazione.

BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1915, II.

BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale del contratto*, Napoli, 2005.

BASILICO, *Disciplina delle mansioni: come cambia il sindacato del Giudice*, in *Giustiziacivile.com*, n. 6/2016.

BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Bari, 2012.

BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs act*, in *Dirittisocialicittadinanza*, 2015, 2 ss.

BETTINI, *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*, Torino, 2014.

BIAGI (di), TIRABOSCHI (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2012, 42.

BILLÌ, *La disciplina delle mansioni nel rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri*, in PICCININI, PILEGGI, ROSSI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Lav. Prev. Oggi*, in corso di pubblicazione.

BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. CARINCI, *Adapt e-Book*, n. 48/2015, 29.

BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, 1997.

BROLLO, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *Digesto*, IV ed., disc. priv. sez. comm., IX, Torino, 1993.

BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, I, 469.

CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: alcune riflessioni ispirate dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, 345.

CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, I, Roma, 1913.

CASIELLO, *L'adibizione a mansioni superiori*, in ZILIO GRANDI, GRAMANO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.

CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *Lav. Dir.*, 2015, 491.

CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, 378.

CIUCCIOVINO, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Utet, 2014, 752.

DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT – 263/2015.

DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura lavoristica*, in *Dir. lav. merc.*, 1/2016, 5.

DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

FALSONE, *I rinvii legali alla contrattazione collettiva nel d.lgs. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 4/2016, in corso di pubblicazione.

FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*. Art. 2086, in SCHLESINGER (fondato da), e BUSNELLI, (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*. Milano, 2012.

FERRANTE, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in VARESI, PANDOLFO, MAGNANI, *I contratti di lavoro: commentario al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, 31.

FERRARO, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, IV, 751.

FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, 667.

FRANCESCHELLI, *Intorno al principio di conservazione dei contratti*, in *Scritti civilistici di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, 299.

GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, Milano, 2015.

GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000.

GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 3/2015, 619

GEYMONAT, *Jus variandi: "il" o "lo"? (risposta ad un anonimo)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 305.

GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

GRAMANO, *La riforma della disciplina del jus variandi*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, a cura di ZILIO GRANDI, BIASI, Padova, 2016, 517.

GRANDI, *La mobilità interna*, in AA. VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986, 251.

IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008.

IRTI, *L'oggetto*, in *L'introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, I, 1973.

LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 47.

LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *CSDLE*, It, n. 257/2015.

LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.

MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, in corso di pubblicazione.

MAZZONI, ARANGUREN, *La qualifica del lavoratore e l'jus variandi dell'imprenditore*, Milano, 1961.

MARESCA, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, 479.

MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 219.

MISCIONE, *Jobs act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. Giur.*, 2015, 5, 437.

NAVARRETTA, Artt. 1321-1349, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, Torino, 2011, 573,

PANTANO, *Il "nuovo" demansionamento*, in ZILIO GRANDI, GRAMANO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.

PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Padova, 2012.

PASSALACQUA, *Il nuovo modello generale di rinvio legale all'autonomia collettiva delineato dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015: l'equiordinazione tra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Dir. Lav. Mer.*, 2/2016, in corso di pubblicazione.

PEDRAZZOLI, *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, in *WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 149/2012.

PERINA, *La tutela della professionalità nel nuovo art. 2103 del codice civile*, in PICCININI, PILEGGI, ROSSI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Lav. Prev. Oggi*, in corso di pubblicazione.

PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2016.

PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992.

PICCININI, *Mansioni e autonomia negoziale (in ricordo di Attilio Palladini)*, in PICCININI, PILEGGI, ROSSI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Lav. Prev. Oggi*, in corso di pubblicazione.

PISANI, *La modificazione delle mansioni del lavoratore*, Milano, 1990.

PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015.

RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 29.

SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 3, 2012, 499.

SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione ("ius variandi") del rapporto contrattuale*, in *GComm*, 1992, I, 24.

SORDI, *Il nuovo art. 2103 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in PICCININI, PILEGGI, ROSSI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Lav. Prev. Oggi*, in corso di pubblicazione.

SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in AA. VV., *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1972, 35 ss.

TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in VARESI, PANDOLFO, MAGNANI, *I contratti di lavoro: commentario al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, 250.

ZILIO GRANDI, *La retribuzione: fonti, struttura, funzioni*, Napoli, 1996.

ZILIO GRANDI, GRAMANO, *La disciplina delle mansioni: evoluzione del quadro normativo*, in ZILIO GRANDI, GRAMANO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.

ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in FIORILLO, PERULLI, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2016.

ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da F. CARINCI e PERSIANI), vol. 1, *Le fonti del diritto del lavoro* (a cura di PERSIANI), 2010, Padova, 498.

Labour law and social policies: an agenda for transnational research*

Tiziano Treu

1. The changing world of work: inadequate responses.	140
2. Value of work and sustainable growth: the role of labor law.	141
3. Revision of labour law: diversification of rules and basic standards.	142
4. Static and dynamic security.	145
5. Continued: active welfare measures as social investment.	146
6. Revitalisation of collective actions.	147
7. International projection of social policies: multiple levels of action and different legal techniques.	149
8. Sustainable development.	150
9. Multinational enterprises and transnational company agreements.	151
10. International treaties as vectors of transnationalism. The case of TTIP.	153
11. Direct forms of transnational action: the use of European Funds.	154
12. Proposals for international research.	155
I. Informal and irregular work	156
II. Migrant workers	156
III. Global trade and labor	157
IV. Organization, productivity and well being at work	157
V. Transnational collective agreements	158
VI. New forms of social security	158

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 128/2016

1. The changing world of work: inadequate responses.

The great economic and social transformations driven by two main factors, globalization and technological innovations, have altered the very basis on which the labor law and welfare systems created in the past decades have been built. The national States are losing power in the global markets, the fordist large companies are changing structure, industrial unions and centralized collective agreements are weakened, stable subordinate employment, which was the central object of labour law, has given way to a variety of non- standards work arrangements, often informal and in many cases economically dependent even though formally autonomous. General factors, or mega trends, are altering the context in which we operate and our daily life develops: aging of population, climate changes, scarcity of resources. The turbulence of our times has increased the uncertainty of once stable societies.

The responses of policy makers and also of experts and scholars to the challenges posed by these transformations are by and large inadequate. It is our responsibility not only as professionals but as citizens concerned, to intensify the efforts to understand the new questions and to look for solutions. The seriousness of the economic crisis and its dramatic consequences on the world of work are so evident that they do not leave room for hesitation or inertia.

The 'jobs gap' of about 62 million jobs denounced by the ILO ⁴⁵³ is the dramatic toll that the crisis has taken on employment. In spite of the level of prosperity attained by the world as a whole, too many people are deprived of the fundamental rights as workers and as citizens, recognized by the ILO conventions, and of the opportunities to share the fruit of progress. More than half of the population is not covered by the measures of social protection which have been shaped in the past by many national legislations and which are endorsed by international standards. Even the core ILO principles: freedom of association, non discrimination, prohibition of child and forced labor are far from being respected in some areas of the world.

Moreover inequalities have increased in the last years among people and among regions and the labor share of GDP has declined significantly. These trends are widely commented but less acted upon.

There is evidence that inequality has significant negative effects on growth because it contributes to reduce personal and collective investments in health and education thereby lowering human capital accumulation social mobility. So promoting equality of conditions and of opportunities is not only an act of justice, but also an important condition for inclusive and sustainable development. But, in spite of the concern expressed by many national and international leaders and organizations for the economic and social challenge posed by increasing inequalities, no internationally recognized policy framework has emerged to guide countries wishing to construct a more inclusive economic and social strategy capable of promoting broad-based progress in living standards and wider participation in the benefits of economic growth rather than growth per se.⁴⁵⁴

The range of innovative measures which might contribute to this strategy covers many policy areas. First and foremost promotion of good educational opportunities for all citizens, support to productive and quality employment and diffusion of active universal welfare. But also measures

⁴⁵³ Report of the ILO Director general to the 104Th Session of the International Labor Conference, *The future of work*, Geneva, 2015.

⁴⁵⁴ See *The inclusive Growth and developement Report 2015*, R. Samans, J. Blake, G. Corsigan, M. Drzeniek, World Econ. Forum, sept. 2015.

broader than traditional labor legislation, directed to creating an economic and social context favorable to sustainable development and to job rich growth, such as public and private investments necessary to guarantee basic quality services and infrastructures; innovative research and dynamic business environment; favorable financial conditions for long term investments etc. Deepening our understanding of these strategies and building consensus for their implementation is a major challenge for the future.⁴⁵⁵

In fact perceptions of these inequalities and of injustice are among the major causes of instability and of social protest in many countries, including some of those traditionally rich and peaceful. Given the dimensions of these challenges, no minor adjustment is sufficient to restore the role of social policies and of labor law as key instruments of social justice and progress. A major revision is needed both of the objectives and of the techniques of our discipline.

2. Value of work and sustainable growth: the role of labor law.

The very focus of labor law and of social policies has to be redefined. They may not be concerned exclusively with protection of workers and even distribution of income, assuming, as in the past, that growth was a self-sustaining mechanism, in a linear direction of development. Labor and social policies, and ourselves as socially committed scholars, must share the concern for the conditions and for the sustainability of growth.

This approach to be effective has two major implications. One: the mission of our discipline needs not be confined to reacting to existing economic and social patterns or to reducing their negative effects on labor.

A more committing task is to finalize our specific instruments, technical and political, with an innovative vision, to changing these patterns for a more inclusive growth and progress.⁴⁵⁶

A second and even more fundamental implication is that the economic performance should be evaluated not only according to material parameters, even less to short term financial accumulation, but including social and welfare indicators.

Some of these indicators have been elaborated by various international and research organizations,⁴⁵⁷ but still are not taken seriously by policy makers. In fact embracing seriously this objective requires, even before specific social reforms, a change of perspective: a new policy approach able to go beyond the traditional separation of roles and of rationale between economic and social spheres, and to promote an integration between innovative economic policies, active welfare and effective employment policies.

A similar approach has been adopted eg. in the European Lisbon Treaty (art.9), which States that all major economic decisions, at national and international level, should take into account their impact on social and individual welfare. It is an important policy approach whose implementation

⁴⁵⁵ See ILO, *Developing with jobs, World of work*, Report 2014: *An employment oriented investment strategy for Europe*, 2014, Research Department, ILO.

⁴⁵⁶ See the general report by S. Deakin, *Labour Law and development*, to the 21th World Congress of ISLSSL, Cape Town, Sept. 18, 2015.

⁴⁵⁷ See the "Declaration of Istanbul" adopted in 2007 and subscribed by the European Commission, the OECD, the Islamic Conference, the United Nations, the World Bank, the Program of United Nations for Development (UNDP), <http://www.OECD.org/data-OECD/14/46/38883774>. T. Stiglitz, A. Sen, J.P. Fitoussi, 2009, *Report by the Commission on the measurement of economic performance and Social progress*, Stiglitz, Sen, Fitoussi, FR.

is meeting many obstacles in the actual national and European policymaking. But it is a decisive test for the truth of European social model. And it contains a universal message for our societies; because if they want to give effective value to human work as a fundamental aspect of personal dignity, as an element of social stability and of equitable distribution of wealth, then the impact on the quantity and quality of employment should be an important element of all decisions.

Recognizing the value of work is not only a condition to promote sustainable growth, but also to exploit the great opportunities of technological innovations and of the knowledge society. The impact of technological change on jobs is a matter of debate, today more uncertain than in the past. In order to avoid disruptive effects by new technologies, new instruments and investment directions should be directed to promote job growth in both developing and industrialized countries: two commonly identified sources of future employment are the green economy and the care economy.⁴⁵⁸

Policy choices of this kind, like most policies, must be projected on a global scale, because the challenges for the future of growth of work and of society are global. But they can hardly proceed if they are not promoted by national governments and by national social actors, particularly in the most powerful States, also because these are important members of the international organizations, beginning with the ILO.

A major role can be played to the same end by those regional institutions and governments such as the European Union and similar common organizations which have been formed in other regions of the world, with the aim of compensing for the decreasing national authority and of the reduced national resources in the areas of labor and welfare policies.

3. Revision of labour law: diversification of rules and basic standards.

Not only economic decisions must be revised in order to contribute to social welfare and justice; a parallel recalibration is required in many areas of legal and social policies, so that they can respond to the present scenarios of the economy and society. It is commonly affirmed, also in our meetings, that a new balance must be struck between the imperatives of competitiveness and the welfare needs of people.⁴⁵⁹ Some examples of balance can be found in national experiences, but their effectiveness and actual results are a matter of controversy.

One controversial area has to do with the core of traditional labor law, namely protective legislation. If we agree that employment has greatly diversified, the forms and techniques of protection should also diversify according to the different types of work and needs of the employees.

How and to what extent different forms of regulation should be applied, is still a matter of discussion and has been object of various legislative experiments. The prevailing trend in most countries, including those run by conservative governments, is not to adopt policies of sheer deregulation nor to reduce all traditional protective regulations to soft law.

⁴⁵⁸ See for a positive evaluation various contributions in *Sharing in the success of the digital economy*, ITIF, Policy Network, 2015; OECD, Young SME, *Growth and job creation*, 2014. Also for policy implications, ILO, *World of work Report 2014, Developing with job*, Geneva 2014.

⁴⁵⁹ *Reconciling labour flexibility with social cohesion. Ideas for political action*, Council of Europe publishing, Strasbourg 2006.

On the other hand the search for new forms of regulation cannot be guided only by traditional legal categories. The standard contract of employment may not always be an appropriate “filter” to adopt the right approach to this search. It might even be an obstacle to a full understanding of these forms of non standard or informal employment. Some countries (Spain, Germany, Italy but also anglosaxon countries), have introduced alternative legal categories to frame these new realities, such as para subordinate works, collaboration contracts, economically dependent employment. But the identification of the boundaries of these categories has proved itself controversial and the regulation of these legal entities have produced uneven results, often below the expectations of the policy makers.

Indeed the forms of non standard (or informal) work are so variable in time and space, that they defy an easy application of fixed legal categories. And the multiplication of the types of contracts, adopted in some countries like Italy, is not a useful remedy.

On the other hand, if we believe as I do, that labor law cannot limit itself to ratifying the variety of works which appear in the labor market, the legislator and the judges are bound to adopt some guiding principle in deciding the appropriate regulation of the various non standard works. Legal and collective decisions are decisive in shaping the future of these works, in deciding how and to what extent their protections will converge or diverge from those provided by traditional labor law to standard employment.

The countries, mostly developed, which have adopted specific interventions to regulate non standard works , or as the ILO says, to “formalize the informal” works, have followed different policy approaches.⁴⁶⁰

In some cases a sort of minimal regulation is held appropriate, but here too with different contents.

A “forced” harmonization of the legal Statute of non standard work to the rule of subordinate employment, has sometime been envisaged; but has proved to be legally and politically unfeasible.

Instead various measures have been adopted for mitigating the dualism of the labor market and the fragmentation of the different types of work: loosening the criteria for identifying subordination, extending some social protections to non standard work (in particular basic standards concerning working conditions and welfare); using a series of regulatory mechanisms to normalize non standard work.⁴⁶¹ These measures have in common the objective to tailor legal protections to the different positions and needs of the employees, not only subordinate workers but also those employees who are not legally subordinate but are not fully autonomous, because they are economically dependent on one or few principals.

⁴⁶⁰ See R. Husmanns, *Defining and measuring informal employment*, Statistic Paper, ILO, Geneva, February 2004; C. Williams, M. Lansky, *Informal employment in developed and developing economics: perspectives and policy responses*, in *Int. Labor Review*, vol. 152, 2013, p. 335-380, and the panel discussion chaired by M. Weiss at the 21th ISLSSL World Congress, Cape Town, Sept. 16, 2015.

⁴⁶¹ D. Adams, S. Deakin, *Institutional solutions to precariousness and inequality in labor markets*, BJIR, 2014, p. 779-809.

This grey intermediate area of employment is itself composed of a great variety of work patterns, often not regulated by formal contracts or even consisting of “personal work relations”, operating outside the labor market and not recognized as basis for economic compensation.⁴⁶² They represent the majority of employment in developing countries, and their percentage remains considerable – if not increasing – also in the labor market of most deindustrialized economies.

Not all the norms which compose the traditional core of imperative labor law can be extended to this grey area of employment. Some protections are less necessary; others may apply only partially or with adaptations.

On the other hand, some traditional norms may lose importance for employees who have acquired great operational independence, even if hired under a contract of dependent employment. One guiding principle might be followed in the selection of appropriate regulations; namely matching the functions of the different labor and social security norms with the needs of protection and of promotion of the various forms of works. This may be only a general principle, which should be tested on the ground so as to suit the characters of each type of employment and to avoid both excessive rigidity and lack of protection.

The adoption of such a principle, as proposed in some countries, might favour a regulatory approach not only better finalized but also more flexible and simplified. It would reduce the number of norms of detail which is burdening many modern legal systems, and instead it would increase the importance of minimum standards, national and in perspective supranational.

These standards are to be adaptable to the different economic and social conditions of the various countries, as indicated by the ILO. But the essential core of them should be universally respected. This core would include both basic collective rights, e.g. freedom of association and of collective action (including strike); and fundamental individual rights, e.g. to personal privacy, to free access to education and to professional training, to accessible informations about the opportunities existing in the labour market, to adequate protection of health and safety. Some of these standards are explicitly included in many national legislation and in the European Charter of fundamental social rights.

The promotion of basic common standard is the core of the international governance of work, pursued in particular by the ILO through the its international conventions.

Promoting the effectiveness of these standards is a most challenging task. The mechanism of enforcement used by national legislations cannot easily operate across borders, even in countries which have ratified the ILO conventions. Indeed the content and the wording of these conventions are not always framed as prescriptive directives, immediately applicable and enforceable in national labor laws. However they are conceived with the aim of providing a framework of guidance which the member states, and their institutions (executive and judiciary), should use to promote the compliance with the terms of the convention by the various actors concerned, the employers in the first place.

⁴⁶² See the General Report by Judy Fudge to the 21th World Congress of the ISLSSL, Cape Town, Sept. 17, 2015, Equality and citizenship at work as conceptual foundations for Labor Law, which explores this variety of work patterns and in particular the need to extend the focus of our discipline also to personal work relations.

Moreover it has been recognized that the membership to the ILO should imply the acceptance (at least) of the fundamental principles on which the organization is based, and consequently a duty of the member states to promote the compliance with these principles, using the national legal instruments. The effective compliance of international standards may be promoted and enlarged by specific arrangements and procedures included in the social clauses of trade agreements (see below the case of TTIP).

How to further improve the effectiveness of the international social norms is a widely discussed question.

The opening address of A. Supiot to the 21th World Congress of the ILLSSL (*What social justice in the XXI century?*) has submitted for discussion an interesting proposal, according to which the member states which have ratified the ILO conventions are not only expected to enforce the standards in their legal system, but could also pretend the respect of these standard by (other) member states which have not ratified the conventions – even to the point of requesting this compliance as a condition for reciprocal bilateral trade.

4. Static and dynamic security.

Flexibility is another controversial area of policy making in our field.⁴⁶³ Its pressure cannot simply be resisted. But regulations and limits are necessary to avoid the pitfalls of precariousness. The need of flexibility has to be balanced with the value of security which is highly priced in time of uncertainty. Here again the ways towards security may differ from those of the past.

Innovative proposals have been advanced – and in part implemented - in order to promote and guarantee a continuous career rather than specific job security.⁴⁶⁴ The results are uneven also in countries like the Europeans which have experimented for years the so called flexicurity. Much depends on the effective balance between the flexibility required from the employees and the safety net of income support and active labor policies available to the unemployed. Keeping the balance has proved to be difficult even in strong countries, during the recent years of economic crisis. More effective policies have been advocated to support both firms and their employees in the periods of transition, which are becoming a recurrent or normal feature of modern labor markets.⁴⁶⁵

The task of public interventions is particularly important in order to ensure that individual employees are supported in the case of economic downturns and in the job changes which characterize the present turbulent economies. The best national practices indicate that the support should include guarantees of income, personalized assistance in the search for work opportunities and by the opportunity to enrich and update their skills according to their personal capacities

⁴⁶³ The debate on this issue has been going on in Europe since 1997 when flexicurity was endorsed by the Commission as the major guideline for labor market policies: see among others, T. Wiltshagen ed., 2007, *Flexicurity Practices. Expert report for European Commission*; Eurofound, *The second phase of flexicurity*, Dublin, 2013; P. Auer, *Security in labour markets: combining flexicurity with security for decent work*, ILO, Geneva, 2007.

⁴⁶⁴ The most widely discussed set of proposal is by A. Supiot, 2001, *Beyond employment*, Oxford Univ. Press, Oxford. The forms of implementation of similar proposals differ according to national patterns of flexicurity.

⁴⁶⁵ A. Hemerijck, *Changing welfare states*, 2012, Oxford Univ. Press, Oxford, p. 256 ss.; H.P. Blossfeld, S. Bucholz, D. Hofacker, S. Bertoloni, *Selective flexibilization and deregulation of the labor market*, Stato e Mercato, 2012, p. 373 ss.

and the trends of the labour market. Education and services on the labour market are public goods necessary for both economic competitiveness and for personal and social wellbeing.

Certainly replacing static by dynamic security stability is a difficult social goal, whose attainment requires widespread consensus and involvement of the interested parties.⁴⁶⁶ Indeed good faith negotiation is necessary in general for building confidence and also stable social innovation.

5. Continued: active welfare measures as social investment.

A redefinition of scope and of content is necessary not only for the law of employment, but also for the law of social protection and of welfare. In many European countries, strong financial constraints are reducing the resources to be devoted to welfare measures. In the newly developed countries which are undergoing a period of growth, public policy is called to develop a welfare system capable of meeting the essential needs of the population, health and safety, old age pensions, protection from unemployment. These countries should avoid the pitfalls and the uncontrolled increase of costs which have burdened some traditional welfare systems. Their road to social policy making needs not reproduce the patterns adopted by the historically industrialized countries. In all cases, even taking into account the different level of economic and institutional development of the various countries, the new global context requires a 'recalibration' of the structures and content of the welfare of last century. A more active set of policies is necessary both to reduce the increasing costs of social benefits and to mobilize the capacities of users, in order to promote their personal development and not simply to assist them in case of need.

An opportunity to be caught is to exploit the potentials of individuals, and even of individualism, by supporting personal trajectories in the various life cycles and by investing in the different personal qualities of people as to shape their "capabilities". In this perspective welfare measures come to be seen more than a cost as a social investment,⁴⁶⁷ and prove to be not only compatible but functional to sustainable growth and to competitiveness.

This new approach to welfare measures may facilitate their extension beyond the traditional coverage of core employees, to non standard workers and to the growing number of migrant workers which have been so far excluded from protection and mostly ignored. All social regulations and policies at national and international level, have been finalized to counteracting the many factors which make them more vulnerable than other employees: various measures can contribute to this objective: regulations to guide the flow of migrant workers across national borders in a socially sustainable and secure way: protection from the risks of exploitation at work and of unemployment; effective access to major social security benefits in case of mobility of workers among

⁴⁶⁶ M. Hansenne, *Labour flexibility: the quest for competitiveness versus the need for social protection*, in *Reconciling Labour flexibility*, quoted, p. 27 ss.

⁴⁶⁷ A. Hemerjick, *Changing welfare state*, quoted, p.133 ss.; M. Ferrera, *The boundaries of welfare: European integration and the spatial policies of social protection*, Oxford Univ. Press; E.B. Cantillon, *The paradox of social investment: growth, employment and poverty in the Lisbon era*, Journal of European Social Policy (JESP), 2011, p. 432 ss.

different countries, in particular by way of mechanisms of totalization, either legal or negotiated in transnational agreements.⁴⁶⁸

New forms of welfare may also be necessary to facilitate the inclusion of weak groups and areas so far not covered. Some experiences of emerging countries indicate the importance of group solidarity and of mutual support, for shaping forms of micro finance and insurance capable of reaching these sectors of the working population.

An immense task for the future of welfare is to reach the great number, almost half of the world population, who is working in the informal economy. A few attempts are being made in some countries to allow these irregular workers to emerge gradually, by way of a combined use of incentives and disincentives; but with uneven success.⁴⁶⁹

6. Revitalisation of collective actions.

The changes in the economic context and the diversification of work require a reappraisal not only of public employment policies but also of collective bargaining and industrial relations. How to do it is a controversial issue which has received different solutions also by those, governments and social parties who consider collective bargaining and industrial relations an important form of social participation and of employees protection and not an obstacle to the better functioning of the economy.

Collective agreements have been shaped, like statutory law, according to the dominant patterns of standard employment and mostly based on the experience of the social parties of industrialized countries. If they are to remain a major source of regulation and promotion of employment, they too must revise their objectives and practices so as to respond to the diversification of employment patterns, and, on the other hand to the globalization of the markets.

Indeed these challenges are affecting the system of Industrial relations even more directly than the legal status of the contract of employment, insofar as industrial relations are exposed in many cases, without protection to the pressures of the markets and because the diversification of work affects the very basis of collective action and solidarity of the workers, more than the initiatives of the employers.

The main responsibility for the revision of Industrial Relations rests with the social partners, in particularly with the labour unions. In fact the Unions have to reframe the relations with their social constituencies, which have drastically changed from the homogeneous and national work-class of the fordist industry to the tertiary diversified and mobile workforce of today.

But the national States and their legislator have been always important in framing the institutional context in which Industrial Relations have developed in the past decades, although with many variations which have contributed to shape the “variety of capitalisms”. We can assume that the

⁴⁶⁸ See the general report by prof. M. Asher to the 21th World Congress of ISLSSL, Cape Town, Sept. 17, 2015, *Social Security: which way forward?*; and *Setting an ILO agenda for fair migration*, 2014. Report of the director general to the 104th session of the International Labor Conference, Geneva.

⁴⁶⁹ See the *Report of the Committee on Social Security*, Inter. Labour Conference 2001, Point 2, *Extension of social security coverage*, and the general report of prof. M. Asher to the 21th World Congress of ISLSSL, Cape Town, Sept. 17, 2015, *Social Security: which way forward?*

interplay between the (internal) dynamic of the labor movement and the initiative of national institutions will continue to influence the future of collective labor relations.

But the recent experience of most countries shows that this interplay may be less virtuous than in the past, i.e. less capable of sustaining collective action in the promotion and regulation of work.

In fact even the scholars most sympathetic with the role of collective agreement and Industrial Relations seem to oscillate between a moderate optimism and a moderate pessimism about the future.⁴⁷⁰

I cannot elaborate further on this. But we know enough to promote common research of innovative thinking about the possible alternatives, and of measures capable of influencing the evolution of industrial relations system.

I am convinced -that- the adverse factors, which are weakening collective bargaining where it is well established and are hindering its development where it is at an early stage can be opposed only by concurrent action and interplay by public institutions and social actors.⁴⁷¹

A major challenge for public policy is to redress the balance of power which globalization and the crisis have made unfavorable for the labor side and the unions. Public support for collective action at present has some specific testing grounds: a) recognition of basic individual and collective rights, beginning with freedom of association and of collective action; b) at company level support of workers participation in the organization of work and in enterprise life; c) support of the right of employee representatives to participate in the public institutions which provide employment and welfare services; d) provision of a universal safety net to support the collective participation of employees and citizens in local institutions which are still decisive even in time of globalization.

The experience of countries where this participation is widely adopted has shown positive results not only in facilitating employment relations, but also in improving both the welfare of workers and the productivity of firms. This approach however requires a major change of attitude in the culture and practice of the social parties, particularly of the unions most dedicated to conflict and often alien to participation.

Moreover, unions are required to be more sensitive to the needs of the different types of employee, not only to the traditional core of insiders and to become not only wage negotiators but welfare and service organizations, acting as intermediaries between public institutions and employees for full access to the opportunities of the current society.

⁴⁷⁰ A rather pessimistic analysis is presented in the paper by L. Baccaro and C. Howell, *A common Neoliberal trajectory: the transformation of Industrial Relations in advanced capitalism*, in *Politics and society*, n 4, 2011., p. 521-563; a more nuanced vision can be found in M. Keune, *Decentralized wage setting in time of crisis*, *European Labour Law Journal*, n.2, 2011; J. Visser, *Recent trends and persistent variations in Europe's Industrial Relations*, Dutch Social and economic council, 2004, www.ser.nl.

⁴⁷¹ S. Sciarra, 2009, *Transnational and European ways forward for collective bargaining*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-73/2009, in <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>; J. Visser, *The rise and fall of industrial unionism*, Transfer 2012, I. For a critical view L. Baccaro, C. Howell, *A common neoliberal trajectory: the transformation of industrial relations in advanced capitalism*, quoted, p. 521-563; a more nuanced vision is presented by M. Keune, *Decentralized wage setting in time of crisis*, *European Labor Law Journal*, n.2, 2011; J. Visser, *Recent trends and persistent variations in Europe's industrial relations*, Dutch Social and Economic Council, 2004, www.ser.nl.

Innovative initiatives in industrial relations might require not only change of the contexts and of the structure of collective bargaining, but the search for new forms of collective action based on the new motivations and identities of the variable workforce of today. This might require a multidimensional approach - bilateral and trilateral - to the regulation of individual and collective relations of the various groups, possibly involving not only working condition but also other aspects of working life.

This approach can hardly be promoted from above, instead it need to be experimented, as confirmed by some cases, in the different territorial contexts at the initiative of local actors, both private and public.⁴⁷²

7. International projection of social policies: multiple levels of action and different legal techniques.

The new directions of policy sketched here have a major testing ground within the national states even in a globalized world. The outcomes of national reforms and the major indicators of national labor markets have been different, depending on the economic and social conditions of the countries, but also on the quality of the institutions in charge of public policy making.⁴⁷³

But given the global dimensions of the present economy, national testing of these policies is insufficient. It and cannot be successful unless national social and economic policies can meet the challenge of international markets; a challenge which can hardly be met in isolation by individual countries, even by the strongest ones.

That is why some kind of international projection of social policies must be promoted. This can be done only at the concerted initiative of national and supranational actors, directed to promote the social dimension and the democratic development of globalization. To this end the present status of supranational actions must be reinforced and finalized to promote a common approach (at least) in the major aspects of social policies.

In order to pursue this objective, public institutions and social actors have to interact, differently from the past, with various levels of governance, at least three, namely national, regional and global.

This multiple fields of action is a further factor which requires innovation of both the merit of policies and of the instruments for their implementation. The quest for transnational responses to these problems is proceeding slowly, in spite of the efforts of (some) actors. That is why innovative research directed to frame these responses is needed also by national labor experts and comparatist lawyers.

The interdependence between different national economic and social spaces has become so tight that the traditional terms of comparison are often blurred and need to be redefined. The national legal and social systems, confronted with this interdependence, are exposed to unprecedented form of regulatory competition which is not (yet) subject to a defined set of supranational rules.

⁴⁷² See the report by Jude Fudge to the 21th ISLSSL World Congress, quoted.

⁴⁷³ See on the importance of institutions and of institutional change, C. Howell and R. Kolins Givan, *Rethinking institutions and institutional change in European Industrial Relations*, BJIR 49, 2011, p. 231 ss.; K. Thelen, *Institutional change in advanced political economies*, in BJIR, n. 3, 2009; and the first results of the ambitious research project presented by S. Deakin at the 21th ISLSSL World Congress, quoted.

No simple replication of national patterns abroad is feasible. The diversity of national economic, social and public institutions, combined with the different stages of development of the various countries, requires a patient exercise of reciprocal understanding and of mutual learning. Exchange of good practices, possibly guided by some form of institutional mediation, may lead to virtuous forms of hybridation of different national models.

The transnational dimension of problems has contributed to diversify and to adapt also the forms of regulation. The European Union, which is a relatively homogeneous area regulated by a common, although partial, legal system, has experimented the limits of the traditional rules of hard law and has adopted various forms of soft law, in particular the open method of coordination (OMC). In spite of the scarce effectiveness and coherence of these forms, they have appeared to be a necessary “second best” with respect to legally binding measures, which have proved difficult to introduce, both technically and politically.

The experience suggests that in order to promote gradual experiments in transnationalism, different instruments may be combined, according to the specific objective to be pursued. Some social matters are hardly suitable to be regulated by rigid norms of law, and are better handled by a complex mix of flexible rules, organizational changes, consistent behaviors of social parties and of public institutions. This is the case eg. of active labor policies, of welfare to work practices and of the measures directed to promote employability.

On the other hand the various forms of soft regulation can be made more effective by improving the procedures of their implementation, the instruments of control and monitoring and the review mechanisms. This possibility is only in part confirmed by the experience of the ILO labor standards and by the European open method of coordination (OMC).⁴⁷⁴ in both cases improvements are required.

8. Sustainable development.

Transnational actions can not be promoted simply through legal procedures and not even by distributional measures. More comprehensive economic and social policies are needed to create the structural conditions of a sustainable development for all the areas of the world, and to redress the historical obstacles which have hindered the growth of disadvantaged countries.

The pursuance of such an ambitious goal goes beyond the capacity of individual actors and even of individual states. It requires a long term commitment by national governments and by the international organizations. A coordinated action of the governments of the major world economies have been repeatedly advocated by the major international organizations (ILO, OECD, WORD BANK) and by the international summits of these governments. Detailed agendas of measures have been agreed upon and finalized to promote sustainable development, or, as it is usual to say, to guarantee “stability and growth”. But the implementation of these agendas has been at best partial and uneven, in front of the uncertain and turbulent state of the world economy.

Beyond the general commitments of these institutions, useful contributions in this direction can

⁴⁷⁴ M. Heidenrich, J. Zeitlin (eds), *Changing European employment and welfare regimes. The influence of the open method of coordination on National Reforms*, London NY, Routledge, 2009.

come from programs and initiatives implemented in specific sectors and areas by national and regional actors, public and private. Similar initiatives are being taken in great number by way of bilateral and multilateral treaties, which combine mutual regulation of trade with development programs and social clauses.

In fact the possibility to proceed along the path of transnational action and regulation depends on many variables and on a myriad of decisions in the private and public domains, nationally and internationally, with regards to all aspect of policy. A multiplicity of actors are involved and different vectors may be appropriate according to the issues and to the spacial dimensions of the specific actions.

Our discipline has a role in the task of promoting sustainable development; provided it does not limit itself to reacting to external economic pressures. An active role can be exerted by using in a innovative way the specific instruments of the law and of collective action.

Our common discussions have given significant, although tentative, indications on how legal and collective instruments can contribute to this goal: to sustain employment and the quality of work, which are the basis of sustainable development; to foster workplace flexibility and productivity while guaranteeing security in the labor markets; to facilitate a positive use of organizational and technological innovations; to promote the welfare of people; and, equally important, to give voice, motivation and confidence to the employees in the working place and in the public scene.

9. Multinational enterprises and transnational company agreements.

The enterprise, is a key vector of development, which is undergoing itself a process of change. The global dimensions which many companies are acquiring make them a decisive player not only of national labor relations, but also of transnationalism. In their cross borders operations they can promote both global trade and transnational regulations of employment.

The influence of multinationals in these fields may have different impacts. An exhaustive and accountable evaluation of their quality and results is needed to draw conclusions in the merit, even more so because the role of these companies in this respect is a matter of controversy, often more ideological than factual. However the international role of multinationals is already significant and takes different forms:⁴⁷⁵ unilateral ad hoc initiatives, stable programs in various economic and social domains, guidelines of corporate social responsibility of variable content and impact, and more recently collective agreements with representative organizations of their employees (works councils and/or national and international unions).

Transnational company -wide agreements can be an important vector of regulation across the borders in many labor and social issues.⁴⁷⁶ This type of agreements may have a impact on employment conditions more direct than transnational agreements of wider coverage, concluded

⁴⁷⁵ ILO, *Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy*, 4th ed., Geneva, 2006. P. Tergeist, *Multinational enterprises and codes of conduct: the OEDC guidelines for MNEs in perspective*, in R. Blanpain (ed), *Comparative labor law and industrial relations in industrial market economies*, 2014, W. Kluwer, p. 213 ss.

⁴⁷⁶ I. da Costa, U. Rehfeld, *Transnational collective bargaining at company level. Historical developments*, in K. Papadakis (ed), *Cross borders social dialogue and agreements. An emergency global Industrial Relations. framework?*, Geneva, ILO, ILLS, 2008.

between the national or territorial organizations of employees and of employers in specific productive sectors. These latter agreements, according to the present legal regimes, have no legally binding effects on the individual companies and on their employees. The attempts made within the European Union to give an even light legal framework to transnational collective agreements have met with a diffused resistance by the collective organizations of both parties.⁴⁷⁷ So the regulatory impact of these agreements depends essentially on the factual influence that the signing organizations can exert on their national and international constituencies.

The experience shows that the influence of the collective organizations in this domain is reduced with respect to that which they can exert within the national borders. Here they may be helped by friendly governments and the links with their constituencies has been tested by many years of common practice. Collective links across the borders are weak because both labor unions and employers associations have never adopted an effective transnational organization, nor delegated powers to the international bargainers sufficient to provide them with some kind of legitimation and binding authority on their national constituencies and even less on the individual companies and their workers representatives.

Transnational company agreements, like national company agreements, have a “comparative advantage” in this respect, because their regulatory impact on employment conditions depends on the power of the employer to determine these conditions; power which the employer may exercise at his discretion or according to the terms of the agreement that he has signed with the legitimate representatives of his employees.

The fact that the enforcement of company agreements depends on the power of the employers is not irrelevant for the contents of these agreements. They tend to reflect in the first place the priority agenda of the company, which may be more or less influenced by the bargaining power of the employees representatives. The practice of company- wide agreements is likely to acquire growing importance, in line with the general trend towards the decentralization of industrial relations. But it remains to be seen what the impact of this practice will be on the general evolutions of industrial relations and of collective agreements. It is uncertain whether they will promote bilateral regulations of employment at the level of the enterprise thereby enriching the contents of traditional national bargaining, or instead they will favour management led practices and (further) reduce the scope of sectorial and territorial collective agreements.

The agreements signed by some transnational companies with the European works council (EWC) have provided different evidence of their impact and contents. But they have proved to be an effective vehicles of transnational regulation in many issues of employment and of welfare. In some cases they have promoted good innovative practices of work organization and of workers participation. Often they have managed to regulate matters which have proved intractable at sectorial or territorial levels, in spite of the support given by the European Union to collective bargaining and to social dialogue.

⁴⁷⁷ E. Ales et al., *Transnational collective bargaining. Past, present and future*, Final Report, European Commission, feb. 2006; A. Lo Faro, *Bargaining in the “shadow of” optional framework? The rise of transnational collective agreements and EU Law*, *European Journal of Ind. Rel.*, 2012, 2, p. 153-165.

This is the case e.g. of issues concerning the restructuring and reorganization of firms or groups of enterprises, the consequent redundancies, and in general the various processes of outsourcing of work, subcontracting and organizations of supply chains.⁴⁷⁸

10. International treaties as vectors of transnationalism. The case of TTIP.

The diffusion of International treaties in different forms and with different actors has made them a major vehicle of transnationalism.⁴⁷⁹ Their relevance to the regulation of employment and social issues is a matter of open discussion. The recent negotiations going on across the Atlantic with to aim to conclude the so called TTIP and for the Pacific area to sign a similar mega-treaty (TPP) are a major testing ground. The outcome of these negotiations, given the importance of the areas and of the actors involved, will set an important benchmark for similar treaties in the future. The scope announced for the agreements, I refer specifically to the TTIP which I know better, is so wide ranging that it will influence not only trade regulations, but the most important aspects of the future development of the world and of the lives of its inhabitants.

The presence of social clauses and of social chapters is frequent in international treaties.⁴⁸⁰ But they have different contents, variable degree of details and of commitments by the signatory parties. The language itself reflects the difficulty of reaching a compromise in defining these commitments, which are often phrased in vague or ambiguous terms.

The application of the various treaties has been uneven, confirming the importance of the clarity of the compromise, but also of the procedures of monitoring and of implementation agreed upon by the parties. The experience accumulated in the years is a sign of vitality of this form of transnational regulations and of the learning capacity of the protagonists, which have been able to expand often these regulations from trade issues to social and employment issues.

The negotiators of the TTIP, in defining a possible social chapter, have to confront, differently from other previous negotiators, two continents which are both economically and socially developed, but whose social regimes are different in many respects. Indeed they are considered to represent two opposite models, the European social market economy and the Atlantic free market capitalism. Both areas maintain Important institutional and socio economical differences which deeply influence their social policies. Moreover these latter have been only in part harmonized within the two regional areas, by internal regulations (of the European treaties and of NAFTA) and are exposed to divergent trends in the recent periods of economic crisis.

Given these conditions, the public opinion, particularly in Europe, has expressed strong worries that a compromise in the TTIP might contribute to reduce the labor and social standards prevailing in Europe: indeed not only these standards but also those relating to safety and quality of

⁴⁷⁸ M. Carley, M. Hall, *European works councils and transnational restructuring*, Dublin, Eurofound, 2006.

⁴⁷⁹ L. Compa, *Labor rights and labor standards in transnational trade*, 25 *law and Pol.*, Y. Int. Bus, 165/1993; ID, *Labor rights and labor standards in transnational trade and investment negotiation. An American perspective*, Transatlantic stakeholders forum, W. Papers series, John Hopkins Univ., 2014; J. Bellace, *Human rights at work: the need for definitional coherence in the global governance system*, Int. Journal of Comparative Labour Law and Ind. Rel., 2014, p. 175 ss.; J.M. Sirohen, *Labour provisions in preferential trade agreements: current practice and outlook*, Inter. Labor review, 152 (2013), 1, p. 85 ss. ; *Social dimensions of free trade agreements*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2013.

food, to protection of the environment etc. In order to avoid this risk the European institutions (Council and Parliament) have mandated their negotiators on one hand to safeguard these standards, both European and national, and on the other to insert in the treaty guidelines committing both parties to improve these standards, by full acceptance, application and enforcement of the eight major ILO social conventions and of the decent work agenda.⁴⁸¹

It is also recommended to include guidelines for the Corporate Social Responsibility (CSR) of transatlantic companies. The companies registered according to the European rules are requested to apply to their employees the right to information and consultation granted by the European directives. Further recommendations are directed to promote best policies and practices in various areas. Important for the future of work (active labor policies, quality of work programs, continuous training measures, promotion of social dialogue, etc.).

These instructions confirm the difficult task of the negotiators in both directions. The Europeans negotiators have to defend their social standards vis a vis atlantic companies and actors which are used to apply different (often lower) standards, concerning both the individual employment contract (e.g. the law of dismissals) and collective labor relations (e.g. the law of conflict and of collective bargaining). A different but equally demanding task for both negotiators is to agree on how to improve their social policies according to the best international standards.

Promotional clauses in this direction can hardly be enforced by traditional instruments of hard law. They will have to be sustained by joint systems of monitoring, by periodical reviews of practices, and by appropriate procedures of dispute resolution like those experienced in similar treaties. The mandate to the European negotiators recommends that the social and economic impact of the treaty be subject to systematic evaluations according to the criteria of the European 'sustainability impact' (SIA). A collaborative and efficient use of similar procedures has proved to be the best way to promote an effective application of many international treaties. It has contributed to foster a positive dialogue between the various actors involved: companies, workers representatives, public institutions, labor courts and also organizations of civil society.

Similar indications come from other experiences of international labor market regulations and from the guidelines of international organisms. The commitment of the various actors, national and international, which participate to the process of formation and implementation of these rules, combined with appropriate review mechanisms, has contributed to the fact that labor standards are increasingly recognized across the borders. The continuation of this process may be important in promoting a sort of 'incremental transnationalism' useful to sustain regional and subregional integration processes.

11. Direct forms of transnational action: the use of European Funds.

Different and more direct forms of transnational regulation and action have developed within those regional areas which have set up common institutions and legal regimes. In the European Union these institutions have been entrusted, more or less formally, with the task to regulate

⁴⁸¹ Resolution of the European Parliament, 8 July 2015, Prov. (2015) 0252; European Parliament, Commission for International Commerce, *Lange Report*, 2014/2228.

not only economic and financial matters, but also a whole range of social issues, which have acquired in many decades a series of common traits.

The history of 'social Europe' confirms the variety of techniques adopted for the promotion of common rules and policies in the social sphere. It shows positive results but also setbacks due to various obstacles: weak recognition and legitimation of the European initiatives in these matters, specially vis à vis the commitments to financial integration, increasing pressures of centrifugal forces and forms of resurgent nationalism.

The instruments of hard law such as the directives have given way to the OMC and to loose guidelines, which, as indicated above, share the value and the limits of other forms of soft law.

Other types of transnational action have been developed in the Union not by way of legislation nor of formal guidelines but through common European funds and resources to be used by member states and by social actors for agreed upon social and economic objectives.⁴⁸²

Among the most important are the social fund for education, training and promotion of employment; the fund for regional development, more recently the fund for the 'adjustment to globalization', which is a first transnational measure to counteract the negative effects of globalization on national enterprises and on their employees.

A major investment program directly financed by Union resources have been recently announced by the president of the European Union with the aim of improving the weak performance of the European economies.

Proposals have also been advanced to establish a common system of unemployment benefits for European workers financed with European funds. Such a fund would be an important sign of cross border solidarity and would function as an automatic economic stabilizer for the recurrent periods of crisis: a much needed form of transnational action.⁴⁸³

Similar funds which could be experimented in other regional areas, by way of bilateral or multi-lateral agreements with the aim of extending across the borders selected forms of welfare, and of sustaining national welfare systems. Welfare systems need transnational solidarity, particularly where they are in an early phase of development and in fields where they mostly suffer the consequences of economic crisis and underdevelopment: fight against poverty, guarantee of minimum levels of income, promotion of young employment, but also special programs to support basic and professional education.

12. Proposals for international research.

The scenario sketched here confirms my belief that innovative and common research is necessary to deepen our understanding of the future of work, so as to make contributions to innovative policy-making in employment and social security matters.

⁴⁸² On the use of European Fund, see the *Social investment package*, Communication of the Commission (COM 2913), 83, M. Heidenreich, 2009, quoted, p. 22.

⁴⁸³ S. Dullien, *A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays?*, European Commission, Social Europe, Office of Publications of the European Union, Luxembourg.

The members of the International society for labor law and social security have the intellectual and professional resources to support comprehensive research in these directions. They combine direct experience and knowledge of different national systems with the capacity to evaluate the national traits in a international and comparative perspective.

Here is a tentative list of research areas which seem particularly important in the light of the above presentation and of recent meetings held within the international society of labour and social security law,

I. Informal and irregular work

Most of the world's workers are in the informal sector. In many emerging economies, over 75 percent of the labor force is composed of informal businesses and workers (ILO data). As a consequence labor law studies should focus more specifically on the informal sector.

Major objectives of this research group should be

- to deepen our understanding of the multifaceted aspects of informal and irregular work as they exist in different national and territorial contexts.
- to evaluate the different policy approaches and best practices in labor law and social security adopted by public institutions and by social actors, having regard to the various aspects of informal work and taking into account the regulations most frequently disregarded in the various situations.
- to investigate the possible techniques and policy measures (incentives, disincentives, private and public controls, development programs etc.) useful for promoting the chances of informal work to emerge and to be stably accepted in the formal economy.
- to discuss whether and to what extent labor unions and employers, by ensuring collective agreements application, also within SME, may help to fight irregular work, and promote the access of informal workers to the essential protections and benefits of professional training, of labour law and of social security.

II. Migrant workers

Many factors have given new and dramatic dimensions to people migrations: economic globalization, divergent conditions of work and life among different areas of the world, political and civil conflicts in many regions which force entire groups to expatriate. The pressure of various forms of migrations is hitting in different degrees many national states and communities.

Some progress have been made in the definition of the legal status of migrants, setting forth the general obligations to respect basic human rights. Nevertheless more intense attention has to be paid, also considering the expansion of this trend, to factors as the high rate of unemployment, the risk of exploitation, trafficking and social segregation, the lack of adequate social protection which make migrant workers more vulnerable than others employees.

Such vulnerability and distortion determine, among other effects, human labor trafficking. This particularly serious phenomenon deserves a renewed interest due to changing trends in migration flows and the globalization of labor.

- The research group should give priority to some aspects of migratory trends, in particular of migrant workers.
- How to find new measures, national and international, to regulate the flow of migrants workers across national and continental borders in a socially sustainable way.
- How to combine controls and security checks necessary to guarantee social acceptance of migrants with measures to promote their integration in the civil communities and in the labor markets.
- Which specific provisions are effective to protect migrant workers against labor exploitation and to favor their employability in the formal economy.

III. Global trade and labor

International trade has been promoted and regulated in recent years through various regional and international agreements.

The analysis of the agreements of various dimensions (bilateral, regional or continental) should consider their impact not only on economic growth but also on employment, on working conditions and workers' rights. In this respect the group should investigate:

- Possible contents of social clauses, and the technologies which they adopt in order to guarantee international labor standards to the individuals and groups affected by trade agreements.
- The role of the law and of social actors in implementing and enforcing social clauses.
- The increasing legal relations between foreign direct investments, multilateral trade agreements, and domestic labor law regimes.
- The effects of international trade agreements on national measures addressing inequality such as minimum wages, prevailing wage requirements, unemployment benefits, affirmative action for historically excluded groups and other social protections.
- The compliance of recent international trade agreements with the ILO standards.
- A special focus will be placed on ISDS clauses.

IV. Organization, productivity and well being at work

In the last years the role played by Trade Unions and collective bargaining at national and international level has decreased in importance, while, as a consequence of decentralization processes, a central role is played by collective bargaining at enterprise and at plant level.

Enterprise collective bargaining is regarded as a possible way of fostering workplace flexibility/productivity, efficiency and workers' well-being. Also individual negotiation appears to be a possible tool to regulate working conditions, to increase the individual worker's productivity and, at the same time, his/her satisfaction about wages and other benefits.

For this group research project will focus on

- The role of collective and individual negotiation in the regulation of wages and working conditions.

- The role of enterprise level collective bargaining in fostering workplace flexibility/productivity and workers' well-being.
- The role of enterprise collective bargaining in the regulatory competition.
- The role of corporate social responsibility.
- National reforms concerning enterprise collective bargaining in a comparative perspective.
- Best practices of high involvement and team work systems, and of innovative use of technology in work organization (e.g. remote and smart working) in respect to their impact on firms performance and on employees wellbeing.
- Role of management initiatives and of collective agreements in promoting new forms of welfare, such as supplementary pension funds, supplementary health insurance, flexible benefits of various contents.

V. Transnational collective agreements

With the internationalization of the economy and due to increasing competitive pressures, collective bargaining is developing in new directions. The growing number of transnational companies has introduced new actors and different strategies for collective action, on both the employees and the employers side: Transnational collective bargaining is a response to this challenge.

The transnational dimension acquired by collective bargaining addresses new questions to be investigated by labor law research:

- New and old social actors involved. Is unionism suited for a transnational action?
- New and old issues negotiated at transnational levels: distinguish firm level and sectoral collective agreements.
- The link between the agreements signed by transnational firms and the governance of these firms.
- The role of national governments.
- The role of international organizations.
- The legal and practical effects of collective agreements on national and local labor relations: need to distinguish firm level and sectoral collective agreements.
- Relations between firm- level agreements and corporate social responsibility.

VI. New forms of social security

The social security systems of most countries, developed and developing, are facing new and pressing problems.

Suitable social security models need to address the challenge of widespread informality and precariousness in work as well as the low wages often provided for precarious workers. While often benefits are conferred according to the length and the status of employment relationship, new types of employment based on a low and fragmented income are spreading and are increasing

the number of working poors for which the States must provide means of support. A wider scenario of social exclusion is present in less developed countries, but also in some areas of the industrialized world, beginning with Europe.

The research project of this group should analyse:

- The challenges to sustainability of the national social security system.
- The possible response to these challenges by public institutions and social actors, at national and international level;
- The role and domains of private and collective forms of supplementary social security and welfare benefits.
- The possibility to extend social security schemes to informal and non standard employees.
- The ways to strengthen social security systems through minimum income or other inclusion measures and how to activate the beneficiaries.

The list of issues and the research items indicated above have been approved by the executive committee of the ISLSSL held in Cape Town, in Sept. 15, 2015. They are open to discussion and to possible amendments.

Each area of research should be promoted by a study group formed on a voluntary basis, composed of a limited number of international experts selected for their specific field of interest.

Each group should be coordinated by one or two members and will decide the method of work, the duration of research programs and the possible publication of results.

La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*

Edoardo Ales

1. Sul Modello Sociale (Europeo).	161
2. La Carta di Nizza e la sua cogenza: termini e limiti.	162
3. La nozione di Diritto dell'Unione e di 'norma di ingresso'.	164
4. Le disposizioni della Carta e le condizioni di cogenza.	165
5. Le ombre: i diritti collettivi.	166
6. Le ombre: la coesione economica e sociale dimenticata.	168
7. Le luci? L'obbligo di motivazione del licenziamento individuale quale diritto fondamentale.	169
8. Il licenziamento individuale nel Diritto dell'Unione: quale 'norma di ingresso'?	170

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 129/2016

1. Sul Modello Sociale (Europeo).

L'introduzione, nel secondo decennio di questo secolo, dei ben noti strumenti di diritto internazionale o dell'Unione Europea per far fronte alla crisi del debito sovrano nell'Eurozona e per costringere gli Stati Membri ad adottare politiche di bilancio finanziariamente sostenibili, senza (o con ridotto) ricorso all'indebitamento, ha determinato il prepotente affermarsi del *principio di condizionalità politica* in forza del quale aiuti economici o permanenza nell'Euro (senza sanzioni) vengono garantiti in cambio di cosiddette *riforme strutturali*, da attuarsi, tra l'altro, se non soprattutto, in materia sociale⁴⁸⁴.

Come noto, le parti di questo scambio sono state, da un lato, le istituzioni finanziarie e politiche internazionali ed europee, dall'altro gli Stati membri della UE: solo quelli soggetti ai *Memoranda of Understanding* per ciò che concerne gli aiuti economici; tutti, per ciò che riguarda il c.d. Semeestre Europeo. Nello scambio, i capi di Stato e di Governo hanno accettato - nel caso dei *Memoranda* anche al di fuori dei meccanismi previsti dal Trattato sul funzionamento dell'UE e del principio di competenza - modelli regolativi spesso non in linea con l'approccio alla materia sociale tradizionalmente adottato dai rispettivi ordinamenti giuridici.

Da un punto di vista tecnico, che lo scambio sia avvenuto su base volontaria o per costrizione cambia poco. Da un punto di vista politico, molto potrebbe cambiare. Rimane, tuttavia, aperto e insoluto, da quest'ultimo punto di vista, il dubbio sulla 'connivenza' dei vertici politici nazionali rispetto a scelte, non tradizionali, appunto, e, quindi, non facilmente proponibili all'opinione pubblica interna, se non veicolate attraverso un'imposizione esterna.

L'implementazione dei modelli regolativi concordati o imposti a livello europeo, ha determinato, nella maggior parte dei casi, forti resistenze in sede parlamentare a tutela dell'assetto tradizionale del diritto del lavoro e sindacale, resistenze, le quali, a seconda delle prospettive politiche, sono state o bollate come retrive e reazionarie o apprezzate come salvifiche e socialmente orientate, rispetto ad un'inaccettabile deturpazione del patrimonio 'culturale'⁴⁸⁵ ancor prima che 'costituzionale' della materia.

In presenza di maggioranze parlamentari favorevoli al cambiamento, ai singoli, pregiudicati dai nuovi modelli regolativi, non è rimasto che ricercare nella tutela giurisdizionale gli strumenti di conservazione dell'approccio tradizionale. A tal fine, essi hanno volto lo sguardo all'ordinamento interno nella sua dimensione multilivello, determinando sia la proposizione di questioni di costituzionalità e di questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia UE, sia il ricorso diretto ad altri organismi giurisdizionali o para-giurisdizionali dell'ordinamento multilivello (comitati di esperti).

Proprio nell'ottica multilivello, la dottrina giuslavoristica ha guardato con grande interesse e, in molti casi, con grande speranza, al Modello Sociale Europeo (di seguito MSE) e a quella che dovrebbe essere la sua custode: la Corte di giustizia. Non senza, tuttavia, un certo gusto per il paradosso, visto che proprio dalle Istituzioni dell'Unione Europea in senso ampio, alle quali la Corte è

⁴⁸⁴ Sul punto v. almeno, O. Bonardi, *La nuova governance sociale europea*, in *RGL*, 2014, I, pp. 257 ss.; S. Borelli, *Le politiche del lavoro nazionali nell'ambito della strategia Europa 2020 e della governance economica europea*, in *LD*, 2012, pp. 465 ss.; P. Chieco, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *DLRI*, 2015, 359 ss.

⁴⁸⁵ Richiama il concetto di "cultura giuridica che ispira i sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri" G. Orlandini, *La tutela del licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *DLRI*, 2012, 621, nello specifico al fine di rimarcare l'estraneità dell'*employment at will* e delle sue conseguenze in materia di licenziamento rispetto agli stessi.

latamente riconducibile, provengono le istanze di cambiamento sottese ai nuovi modelli regolativi adottati dai legislatori nazionali.

Insistendo e incidendo quei modelli regolativi su *elementi di sistema* del diritto del lavoro e sindacale nazionale (tutela contro il licenziamento e struttura della contrattazione collettiva, solo per portare due degli esempi più eclatanti), il riferimento al MSE, quale pietra di paragone, pare particolarmente fondato e, a molti, ottimisti, altrettanto promettente.

Soprattutto se per modello sociale si intende, in generale, un sistema valoriale che si pone l'obiettivo di bilanciare gli interessi del lavoro (inteso come diritto – dovere) con quelli dell'impresa (intesa come libertà di iniziativa economica privata), nella prospettiva dell'*inclusione economico-sociale dell'individuo in una determinata comunità di riferimento* (dimensione individuale) e *della coesione economia, sociale e territoriale della stessa comunità* (dimensione collettiva); modello sul quale si fonda un sistema regolativo, in potenza o in atto, articolato in principi (strettamente collegati ai valori suddetti di inclusione e coesione), diritti e libertà.

In questa prospettiva, l'attenzione dei giuslavoristi⁴⁸⁶ si è rivolta, certo condivisibilmente ma, forse, almeno per molti, con aspettative ingiustificatamente salvifiche, alle norme primarie, potremmo dire latamente costituzionali, del MSE, così come solennemente proclamate nella Carta di Nizza, ancor prima che questa, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, assumesse valore cogente ("il medesimo valore dei Trattati").

2. La Carta di Nizza e la sua cogenza: termini e limiti.

Proprio dalla precisazione dei termini e dei limiti di questa cogenza, che promanano dalla stessa Carta e dall'interpretazione che del valore delle sue disposizioni ha fornito, a più riprese, la Corte di Giustizia, occorre prendere le mosse, al fine di comprendere se quelle disposizioni possano costituire un confine invalicabile per i legislatori degli Stati membri, risultando direttamente invocabili nelle controversie tra privati, al fine della disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della norma interna che con esse contrasti (c.d. effetto orizzontale, nel caso di specie, dei diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario).

In questa non semplice prospettiva, occorre anzitutto rilevare come la Corte abbia operato una *summa divisio* tra disposizioni della Carta che sanciscono un principio "di per sé sufficiente per

⁴⁸⁶ La letteratura è sterminata: richiamerei, all'esito di una selezione necessariamente soggettiva, e con riferimento ai più recenti, A. Alaimo, *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in RGL, 2013, I, pp. 253 ss.; M. Barbera, *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, in S. Borelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*. Napoli: Jovene, 2012, pp. 229 ss.; V. Bavaro, *L'aziendalizzazione dell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in LD, 2013, pp. 221 ss.; G. Bronzini, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della carta di Nizza*, in RGL, 2012, I, pp. 53 ss.; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 81/2010; S. Giubboni, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RDSS, 2004, pp. 489 ss.; A. Lo Faro, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in Corazza L., Romei R. (a cura di), *Il diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna: Il Mulino, 2014, pp. 215 ss.; M. Pallini, *Il Trattato costituzionale europeo come occasione per legittimare un'Europa sociale*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani, *Costituzione europea: quale futuro?* Roma: Ediesse, 2006, pp. 117 ss.; G. Ricci, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 88/2011; S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di «soft law»*, in QC, 2004, pp. 281 ss.; B. Veneziani, *Presentazione (I diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea)*, in RGL, 2012, I, pp. 3 ss.

conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale” (quale, ad esempio, l’art. 21 par. 1, principio di non discriminazione sulla base dell’età⁴⁸⁷) e quelle che, per produrre pienamente i propri effetti, devono essere precisate “mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale” (quale, ancora a titolo di esempio, l’art. 27, informazione e consultazione dei lavoratori⁴⁸⁸).

In quest’ultimo caso, peraltro, le disposizioni della Carta, proprio in quanto in sé ‘imprecise’ non possono essere invocate, a fini di disapplicazione, neppure in presenza di una direttiva che ne precisi i contenuti (in *Association de médiation sociale* la dir. 2002/14/CE), posto che, rimanendo all’esempio fornito dall’art. 27, esso non è “di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale, [e] a diverso risultato non porterebbe neppure una sua lettura in combinato disposto con le norme della direttiva (...)”⁴⁸⁹. Con il risultato che una norma nazionale in palese contrasto con una direttiva non può essere disapplicata dal giudice nazionale utilizzando una disposizione ‘imprecisa’ della Carta.

In secondo luogo, la Corte, in *Åkerberg Fransson*⁴⁹⁰, ha confermato che “i diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione” di modo che la Corte, “per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell’ambito del diritto dell’Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell’ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto.”.

Il riferimento alla *normativa nazionale che si colloca nell’ambito del Diritto dell’Unione*, operato in *Åkerberg Fransson*, sembra corroborare l’affermazione contenuta in *Kücükdeveci*⁴⁹¹, secondo la quale “affinché il principio di non discriminazione in base all’età possa applicarsi (..), è anche necessario che [la] *fattispecie* rientri nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione”. Nel caso in questione, è la direttiva 78/2000/CE ad aver “avuto l’effetto di far entrare nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione la *normativa nazionale* di cui trattasi nella causa principale che affronta una materia disciplinata dalla stessa direttiva, vale a dire, nella *fattispecie*, le condizioni di licenziamento.”.

In questo modo la Corte ridimensiona la posizione assunta in *Dereci*⁴⁹², secondo la quale, invece, qualora il giudice del rinvio ritenga che, alla luce delle circostanze della causa principale, *le posizioni dei ricorrenti* nelle stesse siano soggette al Diritto dell’Unione, esso dovrà valutare se il diniego del diritto di questi ultimi in quella causa leda il diritto previsto dalla Carta.

Da ciò si può concludere che, per essere direttamente invocabile in un giudizio tra privati a fini di disapplicazione di una normativa nazionale in contrasto con il principio in essa affermato, una

⁴⁸⁷ CGUE, 19 gennaio 2010, C-555, *Kücükdeveci* e, soprattutto, CGUE, 15 gennaio 2014, C-176, *Association de médiation sociale*, par. 47.

⁴⁸⁸ *Association de médiation sociale* par. 45 – 47.

⁴⁸⁹ *Association de médiation sociale* par. 49.

⁴⁹⁰ CGUE, 7 maggio 2013, C-617, *Åkerberg Fransson* par. 19.

⁴⁹¹ Par. 25.

⁴⁹² CGUE, 15 novembre 2011, C-256/11, *Dereci*, par. 72.

disposizione della Carta deve: a) affermare un principio “di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale”; b) beneficiare di un atto di Diritto (primario o derivato) dell’Unione che abbia avuto l’effetto di far entrare nell’ambito di applicazione dello stesso la normativa nazionale di cui alla causa principale, in quanto disposizione adottata dallo Stato membro *in attuazione del Diritto dell’Unione*.

3. La nozione di Diritto dell’Unione e di ‘norma di ingresso’.

Preso atto della seconda condizione, dirimente anche in presenza di una disposizione della Carta rispondente alla prima, i giudici nazionali si sono interrogati e hanno interrogato la Corte di giustizia sulla *nozione di Diritto dell’Unione* rilevante a detti fini, proponendone un’interpretazione estensiva che la Corte ha ridimensionato, seppure con alcune significative aperture.

Paradigmatico in questo senso, il caso *Poclava*⁴⁹³ nel quale la Corte ha, anzitutto, preso posizione rispetto agli artt. 151 e 153 TFUE, confermando la dottrina *Polier*⁴⁹⁴ e affermando “che, sebbene la tutela dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro sia uno dei mezzi per raggiungere gli obiettivi fissati dall’articolo 151 TFUE e il legislatore dell’Unione sia competente in tale settore, in base alle condizioni di cui all’articolo 153, par. 2 TFUE, *le situazioni che non sono state oggetto di misure adottate sul fondamento di tali articoli non rientrano nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione*” (par. 41). Con ciò escludendo che l’attribuzione di una competenza (peraltro concorrente) da parte del TFUE sia di per sé sufficiente a rendere la materia oggetto della competenza stessa Diritto dell’Unione ai fini che qui rilevano.

Interessante e promettente, invece, il riferimento agli orientamenti e alle raccomandazioni in materia di politica dell’occupazione adottati dal Consiglio in forza dell’articolo 148 TFUE, richiamati dal giudice del rinvio e scartati dalla Corte non aprioristicamente in quanto *soft law*, ma giacché, rispetto al caso concreto, non contenenti “alcun obbligo particolare riguardo ai periodi di prova nei contratti di lavoro” (par. 40). Con ciò, dunque, aprendo uno spiraglio⁴⁹⁵ verso una valorizzazione della *soft law* per quanto concerne la sua rilevanza in termini di Diritto dell’Unione, almeno nella prospettiva del collegamento tra normativa nazionale che la attua e rispetto, nell’attuazione, delle disposizioni della Carta, laddove, ovviamente, esse rispondano alla prima delle due condizioni ovvero affermino un principio “di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale”.

Scontata, invece, ma, comunque, sempre dolorosa, la dichiarazione di incompetenza da parte della Corte “a pronunciarsi in materia di interpretazione di norme di diritto internazionale che vincolano gli Stati membri, ma esulano dalla sfera del diritto dell’Unione” (par. 43), norme tra le quali, oltre alle convenzioni OIL, la Corte annovera la Carta Sociale Europea, nonostante questa sia espressamente richiamata nel testo dell’art. 151 TFUE. Da ciò la conferma che la Carta Sociale Europea non gioca, purtroppo, rispetto al Diritto dell’Unione, lo stesso ruolo svolto dall’altro strumento giuridico adottato dal Consiglio d’Europa ovvero la Carta Europea dei Diritti Umani.

⁴⁹³ CGUE, 5 febbraio 2015, C-117, *Poclava*.

⁴⁹⁴ CGUE, 16 gennaio 2008, C-361, *Polier*.

⁴⁹⁵ Nello stesso senso M. Pedrazzoli, *Commento all’art. 30*, di prossima pubblicazione nel volume a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 44 del dattiloscritto.

4. Le disposizioni della Carta e le condizioni di coerenza.

Tenendo a mente la suggestione della *soft-law* quale succedaneo della *hard law* nella concretizzazione del concetto di Diritto dell'Unione, si può verificare se, oltre all'art. 21 par. 1, esistano altre disposizioni della Carta di Nizza, rilevanti sul piano lavoristico, le quali rispondano alle due condizioni citate.

Alla prima delle due condizioni rispondono, senza dubbio, l'Articolo 5 par. 2,⁴⁹⁶ l'Articolo 12 par. 1,⁴⁹⁷ l'Articolo 14 par. 1,⁴⁹⁸ l'Articolo 15 par. 1,⁴⁹⁹ 2⁵⁰⁰ e 3,⁵⁰¹ l'Articolo 23 par. 1⁵⁰² e 2,⁵⁰³ l'Articolo 26⁵⁰⁴, l'Articolo 29,⁵⁰⁵ l'Articolo 31 par. 1⁵⁰⁶ e 2⁵⁰⁷, l'Articolo 32 par. 1⁵⁰⁸ e 2,⁵⁰⁹ l'Articolo 33 par. 2⁵¹⁰.

Tutte queste disposizioni affermano un principio "di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale": il diritto a non essere sottoposti al lavoro forzato (Articolo 5 par. 2); la libertà di associazione sindacale (Articolo 12 par. 1); il diritto alla formazione professionale iniziale e continua (Articolo 14 par. 1); il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata (Articolo 15 par. 1); la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro (Articolo 15 par. 2); il diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione per i cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri (Articolo 15 par. 3); la parità tra donne e uomini in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione (Articolo 23 par. 1), la quale ricomprende le azioni positive (Articolo 23 par. 2); il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la

⁴⁹⁶ "Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio."

⁴⁹⁷ "Ogni persona ha (...) alla libertà di associazione a tutti i livelli, segnatamente in campo (...) sindacale (...), il che implica il diritto di ogni persona di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi."

⁴⁹⁸ "Ogni persona ha diritto (...) all'accesso alla formazione professionale e continua."

⁴⁹⁹ "Ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata."

⁵⁰⁰ "Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro."

⁵⁰¹ "I cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione."

⁵⁰² "La parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione."

⁵⁰³ "Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato."

⁵⁰⁴ "L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità."

⁵⁰⁵ "Ogni persona ha il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito". Da notare come l'attuazione dell'art. 29 venga richiamata tra gli obiettivi della Rete Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro, istituita dal d.lgs. n. 150 del 2015 (art. 1, par. 3).

⁵⁰⁶ "Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose."

⁵⁰⁷ "Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite."

⁵⁰⁸ "Il lavoro minorile è vietato. L'età minima per l'ammissione al lavoro non può essere inferiore all'età in cui termina la scuola dell'obbligo, fatte salve le norme più favorevoli ai giovani ed eccettuate deroghe limitate."

⁵⁰⁹ "I giovani ammessi al lavoro devono beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età ed essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, psichico, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione."

⁵¹⁰ "Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni persona ha il diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio."

partecipazione alla vita della comunità (Articolo 26); il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito (Articolo 29); il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose (Articolo 31 par. 1); il diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite (Articolo 31 par. 2); il divieto di lavoro minorile, con la conseguenza che età minima per l'ammissione al lavoro non può essere inferiore all'età in cui termina la scuola dell'obbligo, fatte salve le norme più favorevoli ai giovani ed eccettuate deroghe limitate (Articolo 32 par. 1); il diritto dei giovani ammessi al lavoro a beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età e ad essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, psichico, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione (Articolo 32 par. 2); il diritto di ogni persona di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio (Articolo 33 par. 2).

Si tratta, in massima parte, di diritti di libertà e solo in minima parte di diritti sociali ovvero di diritti a prestazione per la cui realizzazione è necessaria l'attivazione del titolare⁵¹¹.

Quanto alla seconda condizione - quella di beneficiare di un atto di Diritto (primario o derivato) dell'Unione che abbia avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione dello stesso la normativa nazionale di cui alla causa principale, in quanto disposizione adottata dallo Stato membro in attuazione del Diritto dell'Unione -, questa si deve ritenere rispettata per molte delle disposizioni richiamate, le quali possono beneficiare di un Diritto dell'Unione (derivato o anche primario, come nel caso della libera circolazione) del tutto consolidato ben prima dell'entrata in vigore della Carta.

Ciò non vuol dire che i diritti o le libertà in esse affermati non possano essere sottoposti a limiti o a determinate modalità di esercizio proprio dal Diritto dell'Unione. Tuttavia, quei limiti o quelle modalità di esercizio, a maggior ragione se provenienti da legislazioni o prassi nazionali, non possono violare il nocciolo duro del diritto, così come sancito dalla singola disposizione della Carta. A tal proposito, piuttosto, rimane certamente da chiedersi se il nocciolo duro non sia, in alcuni casi, davvero minimalista, tanto da ridursi a un nocciolo di ciliegia ... In altri, tuttavia, soprattutto con riferimento ai diritti di libertà, la Carta può certamente costituire un baluardo nei confronti di modelli regolativi non socialmente orientati.

Con riferimento ai diritti connessi al mercato del lavoro (diritto al lavoro, alla formazione e al collocamento), in mancanza di norme *hard* di Diritto dell'Unione, possono tuttavia risultare utili, sulla scorta della dottrina *Poclava*, gli orientamenti integrati e le raccomandazioni specifiche legate al Semestre Europeo, i quali devono, dunque, rispettare i diritti e le libertà sanciti dalla Carta. Si pensi, a titolo di esempio, al divieto di lavoro forzato con riferimento alle politiche estreme di *workfare*.

5. Le ombre: i diritti collettivi.

Peraltro, rispetto al gruppo di norme testé richiamato, occorre evidenziare un paradosso difficilmente risolvibile che riguarda la libertà di organizzazione sindacale sancita dall'art. 12 par. 1, la

⁵¹¹ Sul punto v., ampiamente, E. Ales, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 2015, 455.

cui regolamentazione risulta, però, preclusa al Diritto dell'Unione, ai sensi dello sciagurato art. 153 par. 5 TFUE. L'articolo 12 par. 1, quindi, pur rispondendo alla prima condizione non potrà, per definizione, corrispondere alla seconda e risulterà, dunque, non invocabile in giudizio a fini di disapplicazione del diritto nazionale. A meno che, ovviamente, non si creino le condizioni per l'applicazione di quelle competenze 'implicite' (o se si vuole nascoste) dell'Unione che la Corte ha utilizzato in *Viking*⁵¹² al fine di 'bilanciare' il diritto (definito fondamentale) all'azione collettiva con le libertà economiche.

Tuttavia, proprio come ben evidenzia la vicenda *Viking*, in questi casi, il Diritto dell'Unione che fa scattare l'invocabilità della disposizione della Carta non si colloca nell'ambito del diritto del lavoro ma in quello della libertà di stabilimento o di prestazione di servizi, con ciò rendendo praticabile e altamente probabile un 'bilanciamento' a tutto sfavore della dimensione sociale, e una attuazione del diritto sancito dalla Carta orientata piuttosto verso gli interessi dell'impresa che verso quelli dei lavoratori, pur teoricamente oggetto di tutela da parte della disposizione stessa⁵¹³.

Il riferimento è, ovviamente, all'Articolo 28,⁵¹⁴ prototipo di quelle norme della Carta (al cui novero appartengono anche gli Articoli 27,⁵¹⁵ 30⁵¹⁶ e 34 par. 1,⁵¹⁷ 2⁵¹⁸ e 3⁵¹⁹) le quali, rispondendo o meno alla prima condizione, per produrre pienamente i loro effetti, devono essere precisate "mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale".

Peraltro, l'Articolo 28 si pone in una posizione particolarmente complessa, in quanto, alla necessità di precisazione da parte del Diritto dell'Unione o delle legislazioni o prassi nazionali, somma

⁵¹² CGUE, 11 novembre 2007, C-438, *Viking*.

⁵¹³ Sul punto v. almeno: E. Ales, *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 63/2008; M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, LD, 2008, pp. 371 ss.; 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 sull'integrazione europea*, 2011, pp. 217 ss.; B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, 2008, *Rass.DPE*, pp. 11 ss.; M. Corti, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa Sociale*, in RIDL, 2008, I, pp. 247 ss.; A. De Salvia, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 98/2012; A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, *Rass. DPE*, 2010, p. 213 ss.; G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in DLRI, 2008, pp. 237; S. Sciarra, *Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell'ordinamento globale*, in *Pol. dir.*, 2012, pp. 213 ss.; A. Zoppoli, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di Giustizia, (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in DLM, 2008, pp. 151 ss.

⁵¹⁴ "I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero."

⁵¹⁵ "Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali."

⁵¹⁶ "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali."

⁵¹⁷ "L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali."

⁵¹⁸ "Ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali."

⁵¹⁹ "Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali."

l'assenza di competenza da parte delle Istituzioni UE, sancita, ancora una volta, come per la libertà di associazione, dall'art. 153 par. 5.

6. Le ombre: la coesione economica e sociale dimenticata.

Al di là di facili ottimismo o pessimismi, una valutazione realistica e, soprattutto, giuridicamente fondata della Carta, così come interpretata dalla Corte di giustizia, non può non evidenziare, nella prospettiva valoriale sottesa alla logica generale di qualsiasi modello sociale, luci e ombre. In un chiaroscuro che, tuttavia, corrisponde al più complessivo impianto del Diritto dell'Unione, di cui la Carta, all'esito di un processo che potremmo definire di *costituzionalizzazione deduttiva*, è chiaramente figlia.

Da un lato, infatti, nello stesso Diritto dell'Unione è dato riscontrare l'enfasi posta sulla dimensione individuale della tutela del lavoro, sebbene con le note incertezze in materia di licenziamento individuale, sul quale torneremo a breve. Dall'altro, emerge una innegabile e, per questo, imbarazzante 'terra di nessuno', riconducibile alla dimensione collettiva del diritto del lavoro, quella che, peraltro, come già notato, in un modello sociale, dovrebbe concorrere a garantire, insieme al diritto della sicurezza sociale, la *coesione sociale ed economica della comunità di riferimento*, in questo caso dell'Unione.

D'altronde, il fatto che la coesione economica e sociale, sebbene oggetto di notevole attenzione da parte del TFUE, non solo non costituisca una priorità della Corte di giustizia, ma neppure venga da questa tenuta in una sia pur minima considerazione, trova conferma in *Bundesdruckerei*⁵²⁰, pronuncia nella quale, da un lato, alla Corte appare del tutto normale che un'impresa tedesca subappalti integralmente a un'impresa polacca l'attività dedotta in contratto al solo fine di beneficiare, nell'aggiudicazione, del vantaggio competitivo derivante dai più bassi salari polacchi; dall'altro, essa giudica contraria al Diritto dell'Unione una disposizione nazionale che avrebbe imposto all'impresa polacca il rispetto dei livelli retributivi fissati dal contratto collettivo tedesco, che l'impresa appaltatrice avrebbe dovuto applicare qualora il lavoro fosse stato svolto in Germania.

La scelta, operata dalla Corte in *Bundesdruckerei*, di salvaguardare i *gap* salariali quali strumenti ammissibili di concorrenza tra imprese stabilite in Stati membri diversi, comprensibile in una prospettiva di lotta al protezionismo sociale attuato dagli Stati membri con livelli salariali più elevati attraverso l'imposizione di quei livelli anche a imprese appaltatrici stabilite in Stati membri con livelli salariali più bassi, produce tuttavia, se utilizzata strumentalmente mediante esternalizzazione da imprese stabilite in Stati membri con livelli salariali più elevati, l'effetto collaterale di rendere utopistica e impraticabile la prospettiva della coesione economica e sociale europea, da realizzarsi, come indicato dall'art. 175 TFUE, attraverso la promozione dello sviluppo armonioso dell'Unione nel suo insieme e la riduzione del divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni.

Peraltro, la dottrina *Bundesdruckerei* risulta ancor più singolare alla luce della recente sentenza *Regio Post*⁵²¹, nella quale la Corte ha ritenuto compatibile con il Diritto dell'Unione una norma che impone il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri di una tariffa minima salariale a vantaggio dei loro lavoratori distaccati nel territorio dello Stato membro ospitante.

⁵²⁰ CGUE, 18 settembre 2014, C-549, *Bundesdruckerei*.

⁵²¹ CGUE, 17 novembre 2015, C-115, *Regio Post*.

l'esecuzione di un appalto pubblico. Una norma siffatta, rientra, infatti, nel livello di protezione che deve essere garantito a tali lavoratori ai sensi dell'articolo 3, par. 1, primo comma, lettera c) dir. 96/71/CE.

In *Regio Post*, dunque, la Corte valorizza il contratto collettivo efficace *erga omnes* applicato nello Stato membro in cui si svolge la prestazione, quale strumento di coesione sociale, al meno per quel che riguarda i lavoratori distaccati di imprese stabilite in altri Stati membri, anche qualora le condizioni salariali offerte in questi ultimi risultassero inferiori.

Nell'economia del discorso sui diritti collettivi, risulta chiaro, tuttavia, come questa giurisprudenza della Corte sia destinata ad affrontare e a risolvere solo un problema di coordinamento rispetto alla normativa applicabile e non a dotare di applicabilità diretta, ad esempio, il diritto alla contrattazione collettiva sancito dall'art. 28.

Ciò a conferma delle ombre che tuttora avvolgono la dimensione collettiva del MSE.

7. Le luci? L'obbligo di motivazione del licenziamento individuale quale diritto fondamentale.

La dimensione individuale del MSE, come detto da sempre maggiormente sviluppata, merita una riflessione a se stante. Non si tratta, ovviamente, di ripercorrerne le tappe⁵²², potendosi dare qui per scontata l'esistenza di un importante *corpus* normativo in materia di ambiente e condizioni di lavoro, intese in senso ampio. Significativa può risultare, piuttosto, una riflessione sulla tematica del licenziamento. Quest'ultima, infatti, è stata ed è tuttora oggetto di notevoli attenzioni da parte delle istituzioni internazionali e comunitarie nell'ambito della definizione dell'*ubi consistam* delle famose o famigerate riforme strutturali.

La riflessione risulta ancor più necessaria e stimolante in considerazione dell'attenzione già dedicata dalla dottrina al tema della tutela dal licenziamento ingiustificato quale diritto fondamentale nell'ordinamento dell'Unione Europea⁵²³, in tempi, però, nei quali la Corte di giustizia non aveva ancora perfezionato la sua posizione complessiva in materia⁵²⁴.

Risulta, così, interessante verificare, nel dettaglio, le conseguenze dell'approccio alla CDFUE adottato dalla Corte e descritto nelle pagine precedenti, all'art. 30⁵²⁵, il quale, come già ricordato, recita: "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali."

La verifica si riferisce, evidentemente, alle due condizioni poste dalla Corte ovvero che la disposizione della Carta affermi un principio "di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale" e essa benefici di un atto di Diritto (primario o derivato)

⁵²² Se si vuole: E. Ales, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi 'genealogica'*, in *RDSS*, 2009, 527.

⁵²³ L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 58/2008; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *DLRI*, 2012, 549 ss.; G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato*, cit., 625 ss.; V. Speciale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, 2012, p. 9; M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, 2013, I, 143.

⁵²⁴ Tengono ampiamente conto di quella posizione i più recenti ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee: quali limiti ed obblighi per il legislatore nazionale?*, *Riv. Dir. Internaz.*, 2015 (n. 4), 1109 e M. Pedrazzoli, *Commento all'art. 30*, cit.

⁵²⁵ Per una accuratissima e utilissima ricostruzione dei lavori preparatori della disposizione, v. M. Pedrazzoli, *Commento all'art. 30*, cit.

dell'Unione che abbia avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione dello stesso la normativa nazionale di cui alla causa principale, in quanto disposizione adottata dallo Stato membro *in attuazione del Diritto dell'Unione*.

Mi pare che l'art. 30 realizzi pienamente la prima condizione. Come ho già avuto modo di sostenere in sede di primo commento della Carta⁵²⁶, esso riconosce, infatti, un diritto soggettivo alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, nel presupposto (non sempre confermato) che il legislatore nazionale preveda un meccanismo di motivazione a numero chiuso, quello che Marcello Pedrazzoli chiama "il sillogismo della motivazione"⁵²⁷. Si tratta del nocciolo duro del diritto che, in una prospettiva comparatistica⁵²⁸, sul piano dell'efficacia verticale della norma, pare aver un certo significato.

Dal punto di vista dell'efficacia orizzontale, il tenore letterale della disposizione determinerebbe chiaramente l'illegittimità del licenziamento immotivato proprio nel caso in cui l'ordinamento dello Stato membro nel quale è insorta la controversia non avesse recepito l'obbligo di motivazione. Vero è che l'art. 30 non prevede sanzioni/conseguenze per il caso di licenziamento ingiustificato; tuttavia, affermando il diritto del lavoratore alla tutela contro di esso, richiede allo Stato membro di prevederle⁵²⁹ (effetto verticale), consentendo, alla Corte di giustizia, *data la precisione del suo disposto*, di valutare contraria al diritto dell'Unione una legislazione o prassi nazionale priva dell'obbligo motivazionale e al giudice nazionale del rinvio, di giudicare illegittimo il licenziamento privo di motivazione. D'altro canto, l'assenza di una previsione esplicita in materia di sanzioni/conseguenze, pone l'art. 30 perfettamente in linea con la scelta usualmente operata dal legislatore comunitario in ambito sociale (ma vedi *infra*), di lasciare a quello nazionale la definizione degli apparati sanzionatori, sia pure nel rispetto dei principi sanciti dalla stessa Corte di giustizia.

8. Il licenziamento individuale nel Diritto dell'Unione: quale 'norma di ingresso'?

Evitato lo scoglio dell'imprecisione, sul quale si è arenata la potenziale efficacia orizzontale dell'art. 27, per avere un senso, tuttavia, il ragionamento sull'art. 30 richiede la verifica della realizzazione della seconda condizione, verifica che, nel caso del licenziamento, almeno individuale, risulta alquanto complessa. Si tratta di individuare uno o più atti di Diritto (primario o derivato) dell'Unione che abbiano avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione dello stesso la normativa nazionale di cui all'eventuale causa principale, in quanto disposizione adottata dallo Stato membro in attuazione del Diritto dell'Unione.

⁵²⁶ E. Ales, *Libertà e "uguaglianza solidale". Il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *DL*, 2001, I, 111 ss.

⁵²⁷ M. Pedrazzoli, *Licenziamenti in comparazione. La "flessibilità in uscita" nei paesi europei e la recente riforma italiana* in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, F. Angeli, 2014, 306.

⁵²⁸ Sul punto v. i saggi di L. Nogler (*La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*), A. Perulli (*Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*) e M. Pedrazzoli (*Licenziamenti in comparazione. La "flessibilità in uscita" nei paesi europei e la recente riforma italiana*) in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit., rispettivamente 221 ss., 253 ss., 285 ss.

⁵²⁹ Nello stesso senso M. Pedrazzoli, *Commento all'art. 30*, cit.

Come ampiamente noto, non esiste una direttiva sul licenziamento individuale e, probabilmente, non esisterà mai⁵³⁰. Tuttavia, come altrettanto noto, a tacere della direttiva sui licenziamenti collettivi, il diritto comunitario propone alcune disposizioni che si riferiscono, direttamente o indirettamente, al licenziamento individuale.

Prima di analizzarle nella prospettiva della loro potenziale efficacia orizzontale, occorre tuttavia puntualizzare il concetto di 'norma di ingresso', da intendersi come quella disposizione del Diritto dell'Unione che produce l'effetto di far entrare la normativa nazionale nell'ambito di applicazione dello stesso. Nella prospettazione della Corte di giustizia, il concetto di 'norma di ingresso' *nel* Diritto dell'Unione sembra coincidere con quello di 'norma di attuazione' *del* Diritto dell'Unione, con ciò limitando fortemente qualsiasi interpretazione estensiva/inclusiva del primo concetto e restringendo, conseguentemente, di molto, l'ambito di applicazione delle disposizioni della Carta.

Si tratta, in estrema sintesi, di una ipostatizzazione dell'inciso "conformemente al diritto dell'Unione" contenuto nell'art. 30 che porta a leggere il riferimento ivi contenuto alle "legislazioni e prassi nazionali" in mera prospettiva attuativa del Diritto dell'Unione⁵³¹. In questo modo, il cosiddetto 'effetto utile' del Diritto dell'Unione ovvero, nel nostro caso, del diritto alla tutela contro il licenziamento immotivato di cui all'art. 30, si produrrebbe esclusivamente in presenza di una norma nazionale attuativa di disposizioni inerenti il licenziamento.

Per capire bene di cosa stiamo parlando sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo, è opportuno venire ora alle disposizioni sopra richiamate, le quali appartengono al diritto comunitario antidiscriminatorio⁵³². Proprio la centralità di quest'ultimo quale 'contenitore' di 'norme di ingresso', richiede di sottoporre ad analisi critica l'affermazione secondo la quale "il diritto antidiscriminatorio ha inciso in maniera significativa sulla materia [del licenziamento] (..); ma lo ha fatto senza dire alcunché sui profili sostanziali dei regimi di tutela nazionali, ovvero sul livello di protezione da assicurare al lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato."⁵³³

Mi pare che questa affermazione venga messa in dubbio da almeno due disposizioni vigenti ovvero dall'art. 18 della dir. 2006/54/CE e dall'art. 10 della dir. 92/85/CE⁵³⁴.

Il primo, significativamente rubricato "Risarcimento o riparazione" recita: "Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, *un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito*. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda."

Si tratta di una disposizione sanzionatoria estremamente (quanto inusualmente, per il diritto comunitario) puntuale, riferibile, ai sensi del combinato disposto con l'art. 14 par. 1 lett. c) della

⁵³⁰ Interessanti riflessioni sul punto in M. Pedrazzoli, *Commento all'art. 30*, cit.

⁵³¹ Per una diversa interpretazione della valenza degli incisi v. M. Pedrazzoli, *Commento all'art. 30*, cit.

⁵³² Sul quale, da ultima, M. Barbera, *Discriminazione e pari opportunità*, in *ED, Annali*, Vol. VII, 2014.

⁵³³ Così, G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento*, cit., 620.

⁵³⁴ Nello stesso senso M. Pedrazzoli, *Commento all'art. 30*, cit.

stessa direttiva, al licenziamento o, più precisamente, alle “condizioni di licenziamento”. Disposizione che deve, peraltro, essere iscritta nella cornice della semi-inversione dell’onere della prova prevista dall’art. 19 della direttiva, da considerarsi anch’essa norma di tutela giurisdizionale contro il licenziamento ingiustificato.

Il secondo, sebbene anodino nella rubrica (“Divieto di licenziamento”), risulta, invece, contenutisticamente molto preciso e recita: “(..) 1) gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento delle lavoratrici (..) nel periodo compreso tra l’inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità (..), *tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali* e, se del caso, a condizione che l’autorità competente abbia dato il suo accordo; 2) qualora una lavoratrice (..) sia licenziata durante il periodo specificato nel punto 1), *il datore di lavoro deve fornire per iscritto giustificati motivi per il licenziamento*; 3) *gli Stati membri adottano le misure necessarie per proteggere le lavoratrici (..) contro le conseguenze di un licenziamento che a norma del punto 1) è illegittimo*.”.

Per il licenziamento discriminatorio fondato sul sesso, motivo che, in forza del richiamo esplicito operato dall’art. 2 par. 2 lett. c della dir. 2006/54, ricomprende anche le “ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva 92/85/CEE”, sebbene in assenza di ulteriore esplicito collegamento tra l’art. 10 e l’art. 18, si può, dunque, affermare che il Diritto dell’Unione contiene specifiche previsioni di tutela con riferimento alle conseguenze/sanzioni.

Gli articoli 10 e 18 possono essere, quindi, considerate ‘norme di accesso’ all’art. 30 in quanto ne costituiscono attuazione, anche in termini di tutela, nonostante ciò avvenga nella prospettiva circolare, già evidenziata, di *costituzionalizzazione deduttiva* di valori e principi in larga parte preesistenti nel diritto secondario.

In questa prospettiva e anche o forse soprattutto, alla luce della precipua attuazione italiana delle due direttive citate⁵³⁵, viene tuttavia retoricamente da chiedersi quale possa essere il valore aggiunto dell’art. 30 con riferimento al licenziamento discriminatorio fondato sul sesso.

Ovviamente nessuno.

Per evidenziare un effetto utile dell’art. 30, così come di qualsiasi altra disposizione della Carta dotata di un contenuto preciso, occorre, quindi, provare ad attribuire un diverso significato al concetto di ‘norma di accesso’, non circoscritto alla funzione specifica già assegnata alla singola disposizione dal Diritto dell’Unione. Questo se si vuole andare oltre l’affermazione, davvero minimalista, della Corte di giustizia, secondo la quale il diritto fondamentale (purché dotato di un contenuto preciso, come nel caso della tutela contro il licenziamento ingiustificato) produce un effetto orizzontale esclusivamente in presenza di una norma di Diritto dell’Unione che già ne garantisca il contenuto a fronte di una legislazione nazionale di attuazione che viola il principio posto a fondamento del diritto in questione.

Nella prospettiva che rifiuta la logica minimalista e auspica l’efficacia orizzontale del diritto fondamentale in tutti i casi di sua violazione, a prescindere, quantomeno, dalla seconda delle condizioni indicate dalla Corte di giustizia, un’ipotesi ricostruttiva da testare potrebbe essere quella delle norme di competenza quali ‘norme di ingresso’ all’utilizzo del diritto fondamentale.

⁵³⁵ Sulla quale, da ultimo, v. E. Ales, *Maternità e congedi (voce)*, in *ED, Annali* vol. IX, 2016, 531 ss.

Come già evidenziato, le norme di competenza non possono essere di per sé considerate 'norme di ingresso'. C'è, tuttavia da chiedersi se, una volta utilizzate, ovvero una volta esercitata la competenza in una determinata materia, come nel caso del licenziamento individuale a seguito dell'adozione di direttive che, come visto, si occupano, nel dettaglio, anche di quella materia, la condizione dell'attuazione del Diritto dell'Unione non possa ritenersi realizzata *in generale*.

Questa interpretazione consentirebbe di evitare di ricadere nel medesimo *impasse* che ha, di fatto, completamente depotenziato le clausole di non regresso ovvero la necessità di provare il collegamento, forse più giuridico che politico, tra attuazione del Diritto dell'Unione e riduzione dei livelli di protezione, *probatio* rivelatasi decisamente *diabolica*.

Il dato oggettivo dell'avvenuto esercizio della competenza in una determinata materia, sgombrerebbe il campo da valutazioni 'impossibili' o da approcci minimalisti-tautologici, quale quello adottato dalla Corte di giustizia, consentendo di ritenere 'aperto' il canale con il diritto fondamentale in questione anche in presenza di fattispecie regolate da una disciplina nazionale non adottata in attuazione di una disposizione specifica del Diritto dell'Unione, quanto, piuttosto, *nell'ambito di una cornice regolativa offerta dal Diritto dell'Unione sulla materia*, a testimonianza della volontà politica degli Stati membri e delle Istituzioni comunitarie a far scattare il meccanismo di ingresso.

Peraltro, nel caso della tutela contro il licenziamento ingiustificato, affermata dall'articolo 30 come diritto fondamentale dell'ordinamento giuridico dell'Unione, un simile approccio si collocerebbe perfettamente nel solco della *costituzionalizzazione deduttiva* di valori e principi, questa volta con riferimento a quanto già disposto dalle legislazioni e prassi nazionali della maggior parte degli Stati membri.

**Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia:
continuità e discontinuità in tema di clausole sociali***

Stefano Costantini

1. Premessa.	175
2. La sentenza Cge 3 aprile 2008, C-346/2006, Dirk Rüffert.	175
2.1. I nodi critici della sentenza Rüffert.	177
3. La sentenza Cge 18 settembre 2014, C-549/2013, Bundesdruckerei GmbH.	179
3.1. La mancata considerazione del crescente rilievo della peculiarità della disciplina europea degli appalti pubblici.	180
3.2. Il problematico bilanciamento fra le esigenze di tutela del lavoro e le libertà di mercato nella sentenza Bundesdruckerei.	181
4. La sentenza Cge 17 novembre 2015, C-115/2014, RegioPost GmbH & Co. KG.	182
4.1. Le questioni poste dalla sentenza RegioPost.	184
4.2. Profili di discontinuità nella giurisprudenza della Cge in materia di clausole sociali.	185
5. Qualche considerazione conclusiva.	186
5.1. I servizi svolti interamente in uno Stato membro diverso da quello della stazione appaltante.	187
5.2. I servizi svolti da un appaltatore attraverso il ricorso al distacco transnazionale di manodopera.	189
Bibliografia.	195

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 309/2016

1. Premessa.

Il tema delle clausole sociali all'interno dei contratti di appalto pubblici e delle concessioni sta assumendo sempre maggiore rilievo: nell'ultimo decennio, a studi incentrati sull'inquadramento sistemico delle differenti fattispecie di clausole sociali, se ne sono affiancati e sovrapposti altri, che affrontano invece il problema della legittimità di tali clausole, con riferimento sia al quadro giuridico nazionale, sia al contesto europeo⁵³⁶.

L'interesse per la disciplina delle clausole sociali (in particolare, quelle poste a tutela delle condizioni economiche e normative minime a favore dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici) e la necessità del suo costante monitoraggio sono giustificati, da un lato, dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵³⁷, che, anche recentemente, si è pronunciata proprio sulla liceità di tali clausole⁵³⁸; dall'altro lato, sono motivati dall'evoluzione della normativa europea in materia di contratti pubblici: basti pensare, in proposito, alla recente emanazione delle nuove direttive europee sull'assegnazione degli appalti pubblici e delle concessioni⁵³⁹.

Per fare il punto della situazione, appare utile ripercorrere l'evoluzione delle pronunce dei giudici del Lussemburgo, a partire dalla sentenza *Rüffert* (nella quale si è posto, per la prima volta, il problema della legittimità delle clausole sociali volte alla tutela di condizioni salariali minime in rapporto al principio della libera circolazione dei servizi), per finire con la sentenza *RegioPost*, passando per la sentenza *Bundesdruckerei*.

Nell'analisi della giurisprudenza della Cge sarà dato conto, da una parte, delle modifiche progressivamente subite dal quadro giuridico europeo nel quale le sentenze sono state rese, e, dall'altra parte, delle due problematiche (distinte, ma non irrelate) che emergono dalle argomentazioni della Corte: la prima riguardante il problema del rapporto fra la tutela delle condizioni di impiego dei lavoratori e le libertà di mercato (anche con specifico riferimento all'applicazione della Dir. n. 96/71/Ce); la seconda concernente, invece, il riconoscimento delle peculiarità delle regole del mercato interno dei contratti pubblici.

2. La sentenza Cge 3 aprile 2008, C-346/2006, Dirk Rüffert.

Riassumendo, il quadro legale ed i fatti al vaglio della Cge nel caso *Rüffert* erano i seguenti. La legge del Land Bassa Sassonia sull'aggiudicazione degli appalti pubblici stabiliva che le imprese assegnatarie dovessero vincolarsi a: corrispondere ai loro dipendenti almeno la retribuzione prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo e nel momento di esecuzione dell'opera o dei servizi messi a gara; far rispettare tale obbligo agli (e controllare il rispetto da parte degli) even-

⁵³⁶ Senza alcuna presunzione di esaustività, cfr. Ghera, 2001; Scarpelli, 2006 e 2011; Varva, 2011; Costantini 2011 e 2014; Meli, 2014 e 2015; Forlivesi, 2015a.

⁵³⁷ Di seguito, abbreviata come "Cge" o, semplicemente, "Corte".

⁵³⁸ Kilpatrick, 2011, ha rilevato che è proprio il mercato degli appalti pubblici quello in cui, nell'ultimo decennio, si sono registrati i più rilevanti attriti fra diritti dei lavoratori e libertà fondamentali di mercato.

⁵³⁹ Cfr. Dir. nn. 2014/23/UE; 2014/24/UE e 2014/25/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali), che hanno abrogato e sostituito le Dir. nn. 2004/17/Ce e 2004/18/Ce (in tema coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi).

tuali subappaltatori. L'amministrazione aggiudicatrice manteneva il diritto di eseguire accertamenti e di procedere alla risoluzione immediata del contratto pubblico, nel caso in cui fossero state riscontrate violazioni per colpa grave o ripetute dei vincoli stabiliti.

In questa cornice legale, una società tedesca si era aggiudicata, nel corso del 2003, un appalto per la costruzione di un istituto penitenziario. L'ente pubblico, però, aveva revocato l'aggiudicazione nel 2004, una volta appurato che il subappaltatore, con sede in Polonia e succursale in Germania, aveva retribuito i lavoratori distaccati secondo parametri inferiori a quelli imposti dal contratto collettivo vigente nel luogo di esecuzione (più favorevole rispetto a quello vigente nello Stato d'origine), ma superiori al livello minimo individuato dal contratto di categoria dotato di efficacia generale, vigente nell'ordinamento del Land Bassa Sassonia.

Il caso sottoposto al giudizio della Cge riguardava, dunque, la compatibilità della normativa del Land Bassa Sassonia in materia di aggiudicazione di appalti con la Dir. n. 96/71/Ce, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, da interpretare alla luce dell'art. 49 Tce (ora art. 56 Tfeue: d'ora in avanti faremo riferimento alla nuova numerazione).

Come noto, la Cge ha negato tale compatibilità⁵⁴⁰.

Secondo la Corte, il fatto che la legge del Land Bassa Sassonia non si proponesse di disciplinare il distacco dei lavoratori⁵⁴¹ non implicava che una situazione, come quella al centro della causa principale, non dovesse rientrare nell'ambito di applicazione della Dir. n. 96/71/Ce, poiché in gioco vi era la tutela dei lavoratori distaccati dal subappaltatore polacco nel territorio tedesco⁵⁴². Sulla base di questa premessa, la Cge ha verificato se l'obbligo imposto dalla stazione appaltante tedesca a carico del subappaltatore polacco, relativamente al rispetto del contratto collettivo del luogo di esecuzione dell'opera, fosse legittimo rispetto alle previsioni di cui agli artt. 3.1 e 3.8, Dir. n. 96/71/Ce⁵⁴³.

In merito, la Corte ha rilevato che il contratto collettivo al centro della controversia non aveva, per sua natura, efficacia *erga omnes* e che il suo effetto vincolante si estendeva solamente ad una parte del settore edilizio, in particolare a quello degli appalti pubblici, e non già anche a quello degli appalti privati: quel contratto collettivo, allora, non poteva essere ritenuto applicabile in via generale a tutte le imprese del settore (a differenza di quanto stabilito dall'art. 3.8, Dir. n. 96/71/Ce)⁵⁴⁴. In virtù di queste considerazioni, la Cge non ha ritenuto possibile ritenere il trattamento economico contemplato nel contratto collettivo, preso a riferimento in base alla clausola sociale, ma non applicato volontariamente dall'impresa straniera, alla stregua di un "minimo di

⁵⁴⁰ Cfr. (fra i moltissimi commenti alla sentenza) Borelli, 2008; De Salvia, 2008; Rödl, 2009, 137; Kilpatrick, 2011; Brino, 2012, 125 ss.; Meli, 2012, par. 2.

⁵⁴¹ Lo scopo della legge, dichiarato nel preambolo, era quello di combattere le potenziali distorsioni della concorrenza nel mercato degli appalti pubblici dovute all'impiego di mano d'opera a basso salario.

⁵⁴² Par. 20, sentenza Rüffert; par. 64, conclusioni dell'Avv. Gen. Y. Bot, del 20 settembre 2007 (su cui cfr. Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, 2008, par. 4).

⁵⁴³ Sull'art. 3, Dir. n. 96/71/Ce: cfr. Veneziani, 2008, 303, e Carabelli, 2009, 129.

⁵⁴⁴ Cfr. par. 29, sentenza Rüffert. La distinzione fra il mercato degli appalti pubblici e quello privato non appariva rilevante, ai fini della decisione, per l'Avv. Gen. Y. Bot: cfr. Kilpatrick, 2011, 13.

trattamento”, ai sensi dell’art. 3.1, Dir. n. 96/71/Ce⁵⁴⁵. Dunque, l’imposizione al subappaltatore polacco, da parte della stazione appaltante tedesca, di un trattamento economico superiore rispetto a quello che il distaccatario legittimamente applicava ai propri dipendenti, è stata giudicata dalla Corte una restrizione tale da ostacolare la libera circolazione dei servizi, di cui all’art. 56 Tfeue, all’interno del mercato europeo⁵⁴⁶.

La Corte di Giustizia, peraltro, non ha nemmeno proceduto ad effettuare la verifica dell’adeguatezza e della proporzionalità delle misure poste a favore dei lavoratori⁵⁴⁷ contenute nella clausola sociale, rispetto alla restrizione della libertà di prestare servizi⁵⁴⁸: tali misure, infatti, sono state ritenute non giustificate dall’obiettivo della protezione dei lavoratori, in quanto (come già rilevato in precedenza) trovavano applicazione unicamente negli appalti pubblici, e non anche in quelli appalti privati⁵⁴⁹.

2.1. I nodi critici della sentenza Rüffert.

Come anticipato, le argomentazioni della Cge pongono almeno due rilevanti problemi di interpretazione ed applicazione del diritto dell’Ue.

Il primo problema riguarda il rapporto fra tutela del lavoro e libertà di mercato. Secondo la Corte, l’art. 3.7, Dir. n. 96/71/Ce (ove è stabilito che la direttiva non osta all’applicazione di condizioni di occupazione più favorevoli ai lavoratori distaccati rispetto a quelle minime), fa riferimento a quelle condizioni di cui godono i lavoratori in applicazione delle leggi e dei contratti collettivi dello Stato d’origine. In base a questa interpretazione, l’art. 3.7, Dir. n. 96/71/Ce, deve essere inteso nel senso che è vietato allo Stato membro ospitante di subordinare l’effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro che vadano al di là del livello minimo di protezione⁵⁵⁰. Qualora, infatti, uno Stato membro imponesse condizioni più gravose di quelle di protezione minima, il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro potrebbe vedere ridotto il vantaggio competitivo, assicurato da un (eventuale) minore costo del lavoro: e ciò inevitabilmente comporterebbe un ostacolo alla libera circolazione dei servizi⁵⁵¹.

Come è stato rilevato nei numerosi commenti critici alla sentenza *Rüffert*, la Corte ha interpretato (e continua ancor oggi ad interpretare) l’art. 3.7, Dir. n. 96/71/Ce, prescindendo dal dato letterale⁵⁵² per basarsi sulla nozione di “effetto utile” della direttiva⁵⁵³. Secondo la Corte, infatti, una

⁵⁴⁵ Cfr. Magnani, 2015, 83. Sulla nozione di “salario minimo”, ai sensi dell’art. 3.1, Dir. n. 96/71/Ce, interessanti spunti di riflessione nella sentenza Cge 12 febbraio 2015, C-396/2013, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, su cui Buoso, 2015, 898, e Venturi, 2015, 552.

⁵⁴⁶ Sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, relativamente alle misure ritenute non compatibili con l’art. 56 Tfeue, cfr. Giubboni, Orlandini, 2007, 88-89; Lo Faro, 2008, 75.

⁵⁴⁷ Quando argomenta circa la “tutela dei lavoratori”, la Cge fa riferimento «non già ai lavoratori appartenenti al mercato del lavoro nazionale, bensì ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati da imprese stabilite in altri Stati membri» (Pallini, 2008, 20).

⁵⁴⁸ La tutela dei lavoratori può rappresentare una ragione d’interesse generale tale da legittimare un restringimento della libertà di prestare servizi: le misure a favore dei lavoratori, comunque, non possono essere aprioristicamente sottratte all’applicazione delle regole del mercato interno: cfr. Bano, 2008, 104 ss.; Giubboni, 2015, par. 2-3.

⁵⁴⁹ Cfr. par. 39-40, sentenza *Rüffert* (su cui Orlandini, 2008, 16).

⁵⁵⁰ Cfr. par. 33, sentenza *Rüffert* (*contra*, par. 83, conclusioni dell’Avv. Gen. Y. Bot).

⁵⁵¹ Ballestrero, 2008, 387.

⁵⁵² Ballestrero, 2008, 387 ss.; Kilpatrick, 2011, 18.

⁵⁵³ Rödl, 2009, 138.

lettura dell'art. 3.7, Dir. n. 96/71/Ce, tale da permettere agli Stati membri di subordinare lo svolgimento di una prestazione di servizi nel proprio territorio al rispetto di condizioni di lavoro che vanno oltre le norme di protezione minima, «finirebbe per privare di effetto utile la direttiva» medesima⁵⁵⁴.

Il secondo problema di interpretazione del diritto dell'Ue riguarda il rapporto tra appalti pubblici e privati e nasce dal fatto che la Corte di Giustizia, giudicando come non generalmente applicabile il contratto collettivo applicabile agli appalti pubblici e non a quelli privati, ha trascurato di prendere in considerazione le particolarità che distinguono il mercato dei contratti pubblici da quello degli appalti privati, comprovate dall'esistenza di una speciale disciplina dettata a livello internazionale e comunitario (ora europeo), in materia di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti pubblici⁵⁵⁵. Il riferimento, in particolare, è alla Convenzione Oil n. 94/1949, e alla Dir. n. 93/37/Ce (che trovava applicazione all'epoca dei fatti di cui alla causa principale)⁵⁵⁶, ispirate (anche) al principio secondo cui, in una procedura di assegnazione di appalti pubblici, i contratti devono essere affidati ad imprese che garantiscono ai lavoratori trattamenti economici dignitosi, al fine di preservare la parità di trattamento fra gli imprenditori concorrenti al bando⁵⁵⁷ (e di evitare l'insorgere di conflitti collettivi che potrebbero rallentare l'esecuzione dell'opera o dei servizi messi a gara⁵⁵⁸). Più nello specifico, l'art. 2, Convenzione Oil n. 94/1949, stabilisce che, nei bandi per l'assegnazione degli appalti pubblici, devono essere contenute clausole che garantiscano ai lavoratori interessati salari condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione⁵⁵⁹; l'art. 23, Dir. n. 93/37/Ce, invece, sanciva che le stazioni appaltanti potessero indicare nel capitolato d'appalto i soggetti tenuti a fornire agli offerenti «le informazioni pertinenti sugli obblighi relativi alle norme in materia di sicurezza ed alle condizioni di lavoro in vigore nello Stato membro, nella regione o nella località» di esecuzione⁵⁶⁰.

Secondo parte della dottrina⁵⁶¹, il fatto che le peculiarità del mercato dei contratti pubblici non siano emerse nelle argomentazioni della Cge avrebbe avuto rilevanti implicazioni nella valutazione della legittimità della clausola sociale che, nel caso in esame, avrebbe dovuto disciplinare il distacco transnazionale di lavoratori venutosi a configurare fra l'appaltatore tedesco ed il subappaltatore polacco. Infatti, se la Corte avesse tenuto conto delle peculiarità degli appalti pubblici, la valorizzazione del principio della parità dei concorrenti nella gara (per ciò che concerne il costo

⁵⁵⁴ Par. 33, sentenza *Rüffert* (in precedenza, par. 80, sentenza Cge 18 dicembre 2007, C-341/2005, *Laval un Partneri Ltd.*, e, successivamente, sentenza Cge 19 giugno 2008, C-319/2006, *Commissione delle Comunità Europee contro Granducato di Lussemburgo*).

⁵⁵⁵ Cfr. Forlivesi 2015a, 39; Forlivesi, 2015b, 563.

⁵⁵⁶ La Dir. n. 93/37/Ce è stata sostituita dalla Dir. n. 2004/18/Ce (*infra*, par. 3.1).

⁵⁵⁷ Cfr. Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, 2008, 102. L'Avv. Gen. Y. Bot, nel caso *Rüffert* (par. 105 ss.), ha sostenuto che la tutela dei lavoratori e, in particolare, «l'obiettivo di prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscono i loro dipendenti a un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo», possono essere presi in considerazione quale esigenza imperativa atta a giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi.

⁵⁵⁸ Cfr. Pera, 1998, 2427.

⁵⁵⁹ Per ciò che concerne caso *Rüffert*, si ricorda che la Convenzione Oil n. 94/1949 non era stata ratificata dalla Germania (cfr. Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 664).

⁵⁶⁰ Tali amministrazioni, infatti, potevano (essere obbligate dalla legislazione degli Stati membri) a chiedere ai partecipanti alla gara di indicare di aver tenuto conto, nella preparazione della loro offerta, degli obblighi relativi alle norme in materia di sicurezza e delle condizioni di lavoro in vigore nel luogo di esecuzione dei lavori.

⁵⁶¹ Citata in precedenza, in nota 20.

minimo del lavoro) avrebbe potuto rappresentare una di quelle esigenze di “ordine pubblico”, contemplate all’art. 3.10, Dir. n. 96/71/Ce, che consentono allo Stato ospitante di estendere alle imprese straniere le norme di legge e contrattuali applicate alle imprese nazionali, sebbene eccedenti il livello minimo di tutela⁵⁶² (anche se, in verità, la Corte attribuisce alla nozione di “ordine pubblico” non tanto una valenza di “ordine pubblico *sociale*”, quanto piuttosto di “ordine pubblico *internazionale*”⁵⁶³, che si estrinseca nel rispetto di valori fondamentali, ritenuti inderogabili dalla comunità internazionale, quali quelli di cui alle “Core Conventions” OIL)⁵⁶⁴.

3. La sentenza Cge 18 settembre 2014, C-549/2013, Bundesdruckerei GmbH.

Della disciplina peculiare degli appalti nel settore pubblico, della sua evoluzione, e delle differenti logiche che contraddistinguono questo segmento di mercato rispetto a quello degli appalti privati, la Corte di Giustizia non ha tenuto conto neppure in una controversia successiva a quella affrontata nella sentenza *Rüffert*: il riferimento è alla causa C-549/2013, *Bundesdruckerei GmbH*, ed alla relativa pronuncia del 18 settembre 2014. I fatti all’origine della controversia erano i seguenti.

Nel maggio del 2013, la *Stadt Dortmund* aveva indetto un bando di gara avente ad oggetto un appalto pubblico “sopra soglia” relativo alla digitalizzazione di documenti e alla conversione di dati per il servizio urbanistico. Secondo il bando di gara, gli offerenti, al momento della presentazione dell’offerta, avrebbero dovuto allegare un impegno formale a versare ai propri dipendenti una retribuzione oraria minima e ad esigere dai propri subappaltatori l’impegno di osservare a loro volta il salario minimo⁵⁶⁵.

Una società partecipante, la *Bundesdruckerei*, aveva impugnato il bando, affinché questo venisse modificato nel senso che una società subappaltatrice (stabilita in un altro Stato membro – la Polonia – e controllata al 100%), cui l’offerente avrebbe affidato interamente l’esecuzione del servizio (e i cui lavoratori avrebbero operato esclusivamente) in uno Stato membro differente rispetto a quello della stazione appaltante, non fosse tenuta ad applicare le condizioni di esecuzione dell’appalto e, in particolare, a rispettare il salario minimo legale. A sostegno del proprio ricorso, la società aveva sostenuto che tali obblighi potevano costituire «una restrizione ingiustificata alla libera prestazione dei servizi sancita dall’art. 56 Tfeue», perché avrebbero comportato «un onere economico supplementare atto ad ostacolare o rendere meno interessante una prestazione di servizi transfrontaliera da parte dell’impresa interessata»⁵⁶⁶.

Il giudice nazionale, investito della controversia, aveva chiesto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia di risolvere la questione sollevata dalla ricorrente. La Cge ha anzitutto rilevato (par. 24-25) che, nel caso in esame, non poteva trovare applicazione la Dir. n. 96/71/Ce, essendo pacifico

⁵⁶² Cfr. Giubboni, Orlandini, 2007, 120; Giubboni, 2015, par. 4.

⁵⁶³ Cfr. Pallini, 2009, 204; De Mozzi, 2011, 48 ss.

⁵⁶⁴ *Infra*, par. 5.2 (specie nota 100).

⁵⁶⁵ Com’è stato opportunamente sottolineato (Guadagno, 2015, 35-36), molti *Länder* tedeschi avevano adottato normative di applicazione generale per la determinazione di un salario minimo vincolante per appaltatori e subappaltatori pubblici, all’indomani della sentenza *Rüffert*: ciò al fine di superare l’istituto delle clausole facenti rinvio a contratti collettivi privi di efficacia generale (*infra*, par. 4), che era stato ritenuto non compatibile con il principio della libera circolazione dei servizi proprio nel caso *Rüffert*.

⁵⁶⁶ Par. 13, sentenza *Bundesdruckerei*.

che il ricorrente non aveva intenzione alcuna di eseguire l'appalto pubblico mediante il distacco di lavoratori da parte del suo subappaltatore, ma piuttosto di far eseguire interamente le prestazioni messe a bando in un Paese membro differente rispetto a quello ove era stata indetta la gara⁵⁶⁷. Dunque, la questione era inerente soltanto al rapporto fra il principio di libera circolazione dei servizi di cui all'art. 56 Tfeue e le condizioni di esecuzione dell'appalto, contenute nel bando di gara (par. 29).

Sul punto, la Corte (par. 30) ha affermato (in linea di continuità con la giurisprudenza precedente) che l'imposizione di una retribuzione minima ai subappaltatori, stabiliti in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice e in cui le tariffe minime salariali sono inferiori, rappresentava una restrizione alla libertà delle imprese di prestare servizi all'interno del mercato europeo, giustificabile solo qualora sia comprovato il fine dell'effettiva protezione dei lavoratori (par. 31-32)⁵⁶⁸: ma tale obiettivo non era certamente perseguito (o, comunque, raggiunto) nel caso specifico, essendo la misura nazionale applicabile ai lavoratori impiegati nei soli appalti pubblici⁵⁶⁹.

In ogni caso, secondo la Corte (par. 33 ss.), la normativa nazionale in esame non avrebbe potuto essere considerata rispettosa dei principi di cui all'art. 56 Tfeue, essendo sproporzionata, dal momento che imponeva un salario minimo fisso, congruo per i lavoratori operanti all'interno dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice, ma irrelato al costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico sarebbero state effettuate. Una tale imposizione sarebbe andata inevitabilmente oltre quanto necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori impiegati nell'appalto pubblico e non avrebbe consentito ai subappaltatori di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti fra le tariffe salariali⁵⁷⁰.

3.1. La mancata considerazione del crescente rilievo della peculiarità della disciplina europea degli appalti pubblici.

Se sono evidenti le differenze sostanziali fra il caso *Rüffert*, dove centrale era l'interpretazione della disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori all'interno del mercato europeo, e il caso *Bundesdruckerei*⁵⁷¹, molteplici sono anche i punti di contatto: il primo è la mancata considerazione della peculiarità della disciplina degli appalti pubblici, rispetto a quella degli appalti privati.

Come accennato in precedenza, all'epoca dei fatti al centro della pronuncia *Rüffert*, era ancora in vigore la Dir. n. 93/37/Ce, che aveva come obiettivo il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. All'epoca della causa *Bundesdruckerei*, però, questa direttiva, era

⁵⁶⁷ Forlivesi, 2015b, 558 ss.; Guadagno, 2015, 33.

⁵⁶⁸ La legge che ha condotto all'adozione del salario minimo legale aveva la finalità di garantire che ai lavoratori venisse versata una retribuzione congrua, da un lato, per evitare il *dumping sociale* e, dall'altro lato, per assicurare una corretta concorrenza fra le imprese.

⁵⁶⁹ Cfr. Nocera, 2014, 15.

⁵⁷⁰ La Corte (par. 35) ha stabilito altresì che la clausola sociale in esame non poteva essere giustificata con riferimento all'obiettivo di stabilità del regime di previdenza sociale tedesco: nel caso in cui i lavoratori polacchi, non percependo una congrua retribuzione, fossero stati costretti a ricorrere alla previdenza sociale, essi avrebbero avuto diritto ai sussidi sociali dello Stato d'origine, non a quelli tedeschi (cfr. Barberis, 2015, 520 ss.).

⁵⁷¹ Jacobs, 2015, 404 ss.

stata abrogata e sostituita dalla Dir. n. 2004/18/Ce, che, a differenza di quella precedente, conteneva anche una specifica disposizione in materia di “condizioni particolari in merito all’esecuzione dell’appalto”⁵⁷²: l’art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce, infatti, stabiliva che le amministrazioni aggiudicatrici potessero esigere il rispetto da parte degli appaltatori pubblici di condizioni particolari, relative a considerazioni sociali e ambientali, nella fase di esecuzione dell’opera o del servizio messo a gara, purché compatibili con il diritto europeo e precisate nel bando o nel capitolato d’oneri.

Quindi, alla luce della nuova Dir. n. 2004/18/Ce, le stazioni appaltanti avrebbero potuto richiedere alle imprese appaltatrici e subappaltatrici (o soltanto offerenti), in forza dell’art. 26, l’impegno ad osservare condizioni di impiego minime a favore dei lavoratori impiegati nell’appalto, purché le misure adottate tutelassero effettivamente i lavoratori e fossero proporzionate rispetto agli scopi prefissati, trasparenti e non discriminatorie⁵⁷³. E la dottrina⁵⁷⁴ ha rilevato che la Cge, non avendo considerato la portata innovativa dell’art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce (e, più in generale, le peculiarità della disciplina europea degli appalti pubblici rispetto a quella degli appalti privati)⁵⁷⁵, ha nuovamente ritenuto una clausola sociale, quale quella in discussione nel caso *Bundesdruckerei* (come già accaduto nel caso *Rüffert*), alla stregua di una restrizione alla libertà delle imprese di prestare servizi nel mercato interno, non giustificata dal fine dell’effettiva protezione dei lavoratori: per la ragione, già affermata nella sentenza *Rüffert*, che la normativa nazionale posta a tutela dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici non trovava riscontro in una normativa analoga a favore dei lavoratori impiegati negli appalti privati.

3.2. Il problematico bilanciamento fra le esigenze di tutela del lavoro e le libertà di mercato nella sentenza *Bundesdruckerei*.

I punti di contatto fra il caso *Rüffert* e quello *Bundesdruckerei* diventano ancora più evidenti quando si affronta il tema del difficile bilanciamento (*rectius*: del bilanciamento “sbilanciato”) fra le libertà di mercato e le esigenze di tutela dei lavoratori.

Si può sottolineare, infatti, come nel caso *Bundesdruckerei* la Corte di Giustizia abbia ribadito, in linea con le sentenze del c.d. “*Laval quartet*”⁵⁷⁶ e, comunque, nel solco della giurisprudenza concernente il rapporto fra la libertà economica di prestare servizi e le normative lavoristiche nazionali, che queste ultime possono essere considerate legittime, ai sensi dell’art. 56 Tfeue, soltanto nel caso in cui non rappresentino un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, risultando necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini perseguiti di tutela dei lavoratori⁵⁷⁷.

⁵⁷² La disciplina internazionale degli appalti pubblici, invece (il riferimento è alla Convenzione OIL n. 94/1949), è rimasta immutata nel lasso di tempo intercorso fra le sentenze *Rüffert* e *Bundesdruckerei*.

⁵⁷³ Costantini, 2014, 34 ss.

⁵⁷⁴ Forlivesi, 2015a, 40 ss.

⁵⁷⁵ L’art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce, comunque, non delimitava una “zona franca”, ove le condizioni sociali potevano essere sottratte al bilanciamento con le ragioni del mercato. Lo stesso art. 26, Dir. 2004/18/Ce, infatti, prevedeva una valutazione di compatibilità dei contratti collettivi con le regole del mercato interno: e tale valutazione appariva ancor più necessaria, guardando l’impianto generale della direttiva, dove era stabilito (considerando n. 34) che, durante l’esecuzione di un appalto pubblico, dovessero essere applicati le leggi ed i contratti collettivi, purché conformi al diritto europeo: cfr. Orlandini, 2009, 70.

⁵⁷⁶ Fa parte del “*Laval quartet*”, oltre alla sentenza *Rüffert* ed alle già citate pronunce *Laval* e *Granducato di Lussemburgo*, anche la sentenza Cge 11 dicembre 2007, C-438/2005, *Viking Line ABP*.

⁵⁷⁷ Bano, 2008, 131; Giubboni, 2015, par. 5-6.

Nel caso di specie, però, la Corte si è spinta oltre, affermando che la libertà economica delle imprese prevale sulle esigenze di tutela dei lavoratori, al punto da non trovare limiti nell'esigenza di calmierare i differenziali salariali fra un Paese membro e l'altro (che, anzi, le imprese hanno il diritto di sfruttare), tenuto conto del(l'eventuale) diverso livello del costo della vita⁵⁷⁸. E questo, forse, è «l'apice più cinico della dottrina di mercato» raggiunto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁷⁹, che, con la pronuncia in esame, ha mosso un altro passo verso l'istituzionalizzazione del metodo del raffronto competitivo fra ordinamenti⁵⁸⁰, improntato alla lettura “minimalista” delle normative poste a tutela dei lavoratori⁵⁸¹, e, di conseguenza, verso la “costituzionalizzazione” del *dumping* sociale⁵⁸².

Tale approdo, tuttavia, appare stonato, se lo si confronta con le argomentazioni della medesima Corte di Giustizia, che, in alcune sentenze, ha affermato che la tutela del mercato nazionale del lavoro e dei lavoratori contro il *dumping* sociale deve essere considerata come una ragione che può giustificare l'apposizione di ostacoli alla libertà economica delle imprese⁵⁸³. Le argomentazioni della Corte nella sentenza *Bundesdruckerei*, peraltro, appaiono criticabili anche alla luce del principio della tutela della genuinità della concorrenza fra le imprese⁵⁸⁴, desumibile dall'art. 3, par. 3, Tue, ove si afferma che l'Unione europea instaura un mercato interno basato su una crescita equilibrata e su di un'economia sociale di mercato, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale⁵⁸⁵.

4. La sentenza Cge 17 novembre 2015, C-115/2014, RegioPost GmbH & Co. KG.

Le differenze fra le fattispecie analizzate dalla Corte di Giustizia nel caso *Rüffert* e nel caso *Bundesdruckerei*, ma la sostanziale omogeneità nelle argomentazioni e nel risultato finale (l'illegittimità delle clausole sociali in rapporto ai principi di cui all'art. 56 Tfeue) delle due sentenze, hanno condotto la dottrina a rilevare che la Cge ha frustrato gli sforzi compiuti dal legislatore tedesco per adeguare la propria normativa ai principi dettati dalla sentenza *Rüffert*, attraverso la sostitu-

⁵⁷⁸ Guadagno, 2015, 41.

⁵⁷⁹ Buelen, Cremers, Wixforth, 2015, 22.

⁵⁸⁰ Cozzio, 2014, par. 3.

⁵⁸¹ Pallini, 2008, 9.

⁵⁸² Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2008.

⁵⁸³ Cfr. Sciarra, 2008, 269; Bano, 2015, par. 9.1. In giurisprudenza, cfr. par. 103, sentenza *Laval* e par. 41, sentenza Cge 12 ottobre 2004, C-60/2003, *Wolff & Müller GmbH*. La dottrina, da tempo, ha rilevato che la Cge non ha mai chiarito fino a che punto le misure di protezione dal *dumping* siano compatibili con l'equilibrio del mercato, così che le libertà economiche abbiano spesso finito per prevalere sulle istanze di tutela dei lavoratori (Orlandini, 2008, 43).

⁵⁸⁴ Ma anche in funzione del raggiungimento dell'obiettivo della promozione dell'occupazione e del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro negli Stati membri, in un'ottica di parificazione nel progresso, di protezione sociale adeguata, di stabilità di un livello occupazionale elevato e di lotta contro l'emarginazione (art. 151 Tfeue), nonché del raggiungimento dell'obiettivo del rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione (art. 174 Tfeue): cfr. Guadagno, 2015, 40.

⁵⁸⁵ Cfr. Forlivesi, 2015a, 39. Il principio della tutela della leale concorrenza “all'interno del mercato” e “per l'accesso al mercato” (Constantini, 2014, 8 ss.) sul piano delle condizioni retributive e normative trova fondamento non soltanto nell'art. 3 Tue, ma anche (ed in modo più esplicito) nel Protocollo n. 27 allegato al Tue, ove si afferma che il mercato interno dell'Unione si deve basare su una «competizione non falsata». Sulla rilevanza dello spostamento del principio della “competizione non falsata” dall'art. 3, par. 1, lett. g, Tce, al Protocollo n. 27, cfr. le divergenti interpretazioni di Algostino, 2009, 848, e Gottardi, 2010, 522. Più in generale, sull'art. 3 Tue e sul rapporto fra “economia sociale di mercato” ed “economia di mercato aperta e in libera concorrenza”, cfr. Alaimo, Caruso, 2010, par. 3.

zione, nell'impianto delle clausole sociali, delle disposizioni che imponevano il rispetto di un minimo salariale, previsto in un contratto collettivo privo di applicazione generale, con altre che prescrivevano l'osservanza di un minimo salariale stabilito per legge⁵⁸⁶.

Peraltro, restava da chiedersi quale sarebbe stata la decisione della Corte nel caso in cui una clausola sociale, modellata su quella analizzata nella pronuncia *Bundesdruckerei*, fosse stata oggetto di disamina nell'ambito di un appalto pubblico svolto dall'appaltatore, con il ricorso al distacco transnazionale dei lavoratori, in modo prevalente o esclusivo nello Stato della stazione appaltante e non, invece, come nel caso *Bundesdruckerei*, eseguito interamente in uno Stato membro differente⁵⁸⁷. E ugualmente irrisolto restava il quesito, posto da tempo della dottrina, relativo al diritto delle imprese nazionali offerenti di invocare il divieto di discriminazioni "alla rovescia" (fare appello, cioè, al diritto a non vedersi poste in condizioni di svantaggio rispetto alle potenziali concorrenti europee) e chiedere la disapplicazione delle clausole sociali, per non dover soddisfare quelle disposizioni di legge o di contratto collettivo che accordano ai lavoratori un trattamento economico e normativo di livello superiore a quello di "protezione minima"⁵⁸⁸.

Entrambi gli interrogativi sono tornati prepotentemente d'attualità con il caso *RegioPost GmbH & Co. KG* (Cge 17 novembre 2015, C-115/2014), che ha avuto origine nei seguenti fatti.

La città di *Landau*, nel corso del 2013, aveva bandito una gara, rilevante a livello di mercato europeo, per l'aggiudicazione di un appalto pubblico per i servizi postali da effettuarsi in tale città con riferimento, in particolare, alla raccolta, al trasporto ed alla distribuzione di lettere, di pacchi e pacchetti.

Ai sensi della legge della Renania-Palatinato, i soggetti partecipanti a qualsiasi appalto pubblico (e, dunque, anche a quello in questione) dovevano impegnarsi a pagare ai dipendenti, nell'ambito dell'esecuzione del servizio, un salario minimo stabilito per legge (tranne nel caso in cui la prestazione fosse stata resa da persone in formazione), ed a scegliere i subappaltatori, dopo aver verificato se questi fossero in grado di garantire tale salario ai propri dipendenti. In caso di esecuzione dell'appalto con subappaltatori, infatti, questi ultimi avrebbero dovuto garantire il rispetto degli obblighi in materia di salario minimo e degli altri obblighi previsti dai contratti collettivi.

Una società partecipante alla gara, la *RegioPost*, ritenendo che le condizioni di gara relative al salario minimo fossero contrarie al diritto degli appalti pubblici ed al principio europeo della libera circolazione dei servizi, aveva allegato alla propria offerta le dichiarazioni di impegno dei propri subappaltatori, ma non anche quelle che la impegnavano direttamente al rispetto del saggio di salario stabilito per legge. La stazione appaltante aveva invitato la *RegioPost* a "regolarizzare" la propria offerta, attraverso la produzione, entro un termine tassativo, delle dichiarazioni relative al salario minimo (ed intimando contestualmente l'esclusione dalla gara, qualora tale regolarizzazione non fosse avvenuta). La *RegioPost*, non disposta a modificare la propria offerta, veniva infine estromessa dalla gara: al fine di far valere le proprie ragioni, la società in questione proponeva ricorso, che veniva respinto in primo grado. In appello, il giudice investito della controversia ha chiesto in via pregiudiziale alla Cge di sciogliere il dubbio se una disciplina quale quella nazionale fosse conforme al principio della libera circolazione dei servizi, tenuto conto della giurisprudenza

⁵⁸⁶ Guadagno, 2015, 43.

⁵⁸⁷ Cozzio, 2014, par. 3.

⁵⁸⁸ Cfr. Pallini, 2009, 204. Analoghi interrogativi in Orlandini, 2009, 70; Barnard, 2011, 269, e Mc Crudden, 2011, 148.

della Corte e, in particolare, della sentenza *Rüffert*.

4.1. Le questioni poste dalla sentenza *RegioPost*.

La Cge, al fine di rispondere all'interrogativo del giudice del rinvio, ha dovuto preliminarmente sciogliere il nodo dell'assenza di elementi transfrontalieri all'interno della controversia: tutte le imprese partecipanti alla gara d'appalto, infatti, erano stabilite nel territorio del medesimo Stato membro cui apparteneva l'autorità aggiudicatrice. Non emergendo alcun elemento transfrontaliero, la Corte avrebbe potuto dichiararsi incompetente ad esprimersi sulla controversia⁵⁸⁹.

La Cge, tuttavia, ha rilevato come, per consolidata giurisprudenza, la Corte abbia il compito di trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice del rinvio gli elementi che richiedano un'interpretazione alla luce del diritto dell'Unione, tenuto conto dell'oggetto della controversia (par. 46). Nel caso specifico, in particolare, il valore dell'appalto pubblico all'origine della controversia principale superava ampiamente la soglia d'applicazione della Dir. n. 2004/18/Ce e, pertanto, la gara presentava un interesse transfrontaliero certo (par. 48-52)⁵⁹⁰.

Non solo: la Corte ha stabilito che, essendo pacifica, nel caso di specie, l'applicazione della Dir. n. 2004/18/Ce⁵⁹¹ al fine della soluzione della controversia, era necessario prendere in considerazione anche i principi europei che regolano il mercato comune e, in particolare, quelli di cui all'art. 56 Tfeue (par. 57-59). Infatti, per costante giurisprudenza della Cge, una misura nazionale, se rientra in un settore che è stato oggetto di armonizzazione a livello dell'Unione, dev'essere valutata alla luce delle disposizioni di diritto derivato e non di quelle del diritto primario: tuttavia, la Corte ha rilevato che la Dir. n. 2004/18/Ce non aveva condotto ad un'armonizzazione della disciplina degli appalti pubblici, tale da escludere l'applicabilità del diritto primario europeo; all'interno della direttiva medesima, anzi, si rinvenivano diverse disposizioni (e, fra queste, l'art. 26) che rinviavano proprio ai principi generali del diritto europeo.

Una volta stabilita la propria competenza, in virtù dell'applicabilità al caso sia della Dir. n. 2004/18/Ce, sia dell'art. 56 Tfeue, la Corte, sciogliendo un secondo nodo critico, ha affermato di dover basare l'interpretazione della controversia sulla Dir. n. 96/71/Ce sul distacco transnazionale.

In verità, la società ricorrente, con sede nello stesso Stato membro della stazione appaltante, non intendeva ricorrere al distacco transazionale di lavoratori dipendenti da altre società, né, tanto-

⁵⁸⁹ Questa tesi, in merito all'incompetenza della Cge e della conseguente non ricevibilità della questione, è stata sostenuta dal governo tedesco (oltre che da quello italiano).

⁵⁹⁰ Cfr. anche par. 33-37, conclusioni dell'Avv. Gen. P. Mengozzi, del 9 settembre 2015.

⁵⁹¹ Al par. 49, la Cge ha affermato che, nella fattispecie in esame, era applicabile la Dir. n. 2004/18/Ce, circostanza non contestata da nessuno degli interessati. Tuttavia, non appare chiaro in cosa divergesse il servizio messo a gara ("la raccolta, il trasporto alla distribuzione di lettere, di pacchi e pacchetti"), dai servizi di invio di corrispondenza, dai servizi di raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali, e dagli altri servizi di consegna fisica e/o deposito di merci (di cui all'art. 6.1 e 6.2, lett. a-c, Dir. n. 2004/17/Ce). Se il servizio di cui al caso di specie, infatti, fosse stato riconducibile ai servizi indicati, avrebbe dovuto trovare applicazione non già la Dir. n. 2004/18/Ce, bensì la Dir. n. 2004/17/Ce (ora abrogata e sostituita dalla Dir. n. 2014/25/UE), che coordinava le procedure di appalto (anche) nei servizi postali. In tutti i casi, i contenuti dell'art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce, erano del tutto simili (*rectius*: identici) a quelli dell'art. 38, Dir. n. 2004/17/Ce (per cui, si può ragionevolmente ritenere che, anche se fosse stata presa in considerazione la Dir. n. 2004/17/Ce, il giudizio della Corte non sarebbe mutato).

meno, utilizzare i servizi di un'impresa di lavoro temporaneo o di cessione temporanea di lavoratori stabilita in un altro Stato membro⁵⁹². E la Cge, nel caso *Bundesdruckerei*, aveva escluso l'applicabilità della Dir. n. 96/71/Ce, facendo riferimento proprio alla situazione specifica dell'impresa, e non alla situazione che si presentava al momento in cui la stazione appaltante aveva indetto il bando di gara (ossia quando poteva ancora essere almeno ventilato il ricorso al distacco transnazionale di lavoratori)⁵⁹³.

La Corte, invece, nel caso in esame, ha ritenuto di doversi attenere ai quesiti formulati dal giudice del rinvio e, perciò, di essere tenuta a verificare se imprese stabilite al di fuori dello Stato della stazione appaltante, che avrebbero potuto nutrire un interesse a partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, anche facendo ricorso al distacco dei loro lavoratori in tale territorio, abbiano rinunciato alla partecipazione alla gara, a causa dell'obbligo gravante sui potenziali soggetti appaltatori e sui subappaltatori di impegnarsi a rispettare il salario minimo imposto per legge (par. 61). La Corte ha dunque ritenuto necessario esaminare la clausola sociale alla luce dell'art. 3, Dir. n. 96/71/Ce: in questa prospettiva, la sentenza *RegioPost* appare connessa alla sentenza *Rüffert*, più di quanto non lo sia alla sentenza *Bundesdruckerei*⁵⁹⁴.

4.2. Profili di discontinuità nella giurisprudenza della Cge in materia di clausole sociali.

E rilevanti sono proprio le differenze (tre, almeno) fra la pronuncia della Cge qui in esame e la sentenza *Rüffert*.

Prima differenza: nel caso *RegioPost*, il livello minimo salariale era fissato in via generale (almeno per il luogo di esecuzione del servizio) dalla legge della Renania-Palatinato e, dunque, poteva rientrare nella nozione di "tariffa minima salariale", di cui all'art. 3.1, lett. c, Dir. n. 96/71/Ce, a differenza di quanto accaduto nel caso *Rüffert*, dove il salario minimo era stabilito in un contratto collettivo privo di efficacia generale⁵⁹⁵. La normativa della Renania-Palatinato, secondo la Corte, era (ed è) perciò in grado di assicurare (cosa che non era in grado di fare, invece, la legge della Bassa Sassonia) un livello di protezione minimo che deve essere garantito a tutti i lavoratori (ivi compresi, ovviamente, quelli distaccati) (par. 66).

Seconda differenza: la disposizione in esame nel caso *RegioPost*, ricondotta dalla Corte al disposto dell'art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce, è compatibile (par. 77), anche con l'art. 56 Tfu (a differenza, invece, della disposizione al centro del caso *Rüffert*). Vero è che, per costante giurisprudenza della Cge, l'imposizione di un salario minimo agli appaltatori ed ai subappaltatori (anche stabiliti in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice e nel quale le

⁵⁹² Par. 52-60, conclusioni dell'Avv. Gen. P. Mengozzi.

⁵⁹³ È ipotizzabile che, nel caso in esame, la *RegioPost* non volesse vincolarsi al rispetto del salario minimo legale per "tutelarsi" rispetto all'evenienza (plausibile, al momento della presentazione dell'offerta) che un altro offerente, stabilito (o intenzionato a ricorrere al distacco transnazionale di lavoratori tramite subappaltatori stabiliti) in un altro Stato membro (in cui il costo del lavoro e della vita fosse inferiore rispetto a quello riscontrato nello Stato della stazione appaltante) potesse ottenere la disapplicazione in via giudiziale della clausola sociale (invocando il mancato rispetto dei principi di cui all'art. 56 Tfu) e sfruttare a proprio vantaggio i differenziali salariali nella formulazione dell'offerta.

⁵⁹⁴ Jacobs, 2015, 405.

⁵⁹⁵ È opportuno ricordare che il saggio di salario indicato dal contratto collettivo, da prendere a riferimento nella determinazione del trattamento dei lavoratori impegnati nell'appalto pubblico al centro della sentenza *Rüffert*, non poteva rappresentare un "trattamento minimo" ai sensi della Dir. n. 96/71/Ce, in quanto superava la tariffa salariale minima stabilita per legge applicabile nel settore edile (*retro*, par. 2).

tariffe salariali minime siano inferiori) costituisce un onere economico idoneo a rendere meno attraenti le loro prestazioni sul mercato comune, rappresentando, perciò, una restrizione ai sensi dell'articolo 56 Tfeue⁵⁹⁶.

Tuttavia, le restrizioni alla libertà di circolazione dei servizi, come abbiamo avuto modo di rilevare, possono essere giustificate dall'obiettivo della tutela dei lavoratori. E nel caso *RegioPost*, diversamente dal caso *Rüffert*, il provvedimento nazionale controverso era teso proprio alla difesa del lavoro dipendente, in quanto norma vincolante, applicabile nelle procedure di aggiudicazione di qualsiasi appalto pubblico in Renania-Palatinato, indipendentemente dal settore interessato (par. 75-76)⁵⁹⁷.

La terza differenza fra la sentenza *RegioPost* e quella *Rüffert* (ma anche quella *Bundesdruckerei*) consiste nel rilievo attribuito dalla Cge alla peculiarità della disciplina europea degli appalti pubblici: rilievo, che, nelle precedenti pronunce in materia di clausole sociali, non era emerso.

La Cge, come abbiamo avuto modo di vedere, ha affermato che la disposizione al centro del contenzioso poteva essere considerata legittima, nonostante i limiti posti alla libertà delle imprese di prestare servizi, poiché finalizzata della tutela dei lavoratori⁵⁹⁸. Tale qualificazione non poteva essere rimessa in discussione dal fatto che la disposizione in esame trovasse applicazione solamente negli appalti pubblici e non in quelli privati. La misura nazionale controversa, infatti, poteva essere ricondotta nell'ambito delle misure contemplate dall'art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce, relativo alle condizioni di esecuzione degli appalti pubblici: e non era dunque possibile esigere che tale misura si estendesse oltre detto ambito specifico, imponendosi in maniera generale in tutti gli appalti, compresi quelli privati.

«La limitazione dell'ambito di applicazione della misura nazionale agli appalti pubblici è, infatti, la mera conseguenza del fatto che esistono norme del diritto dell'Unione che sono specifiche per tale settore» (par. 65): e non potrebbe essere altrimenti, perché imporre l'estensione delle disposizioni di cui alle direttive sugli appalti pubblici al campo degli appalti privati determinerebbe «l'obbligo degli Stati membri di istituire una tariffa minima salariale, di applicazione generale, su tutto o su parte del loro territorio, il che non è affatto imposto, attualmente, dal diritto dell'Unione»⁵⁹⁹.

5. Qualche considerazione conclusiva.

Tenuto conto del fatto che Corte di Giustizia ha riconosciuto le peculiarità della disciplina dei contratti pubblici a livello europeo, ed altresì considerata l'emanazione delle nuove Dir. nn.

⁵⁹⁶ Il riferimento è alle sentenze *Rüffert* e *Bundesdruckerei*.

⁵⁹⁷ Analogamente, cfr. par. 87 ss., conclusioni dell'Avv. Gen. P. Mengozzi.

⁵⁹⁸ La Corte ha stabilito la legittimità della clausola sociale al centro della controversia anche con riferimento alla previsione relativa all'eventuale esclusione dalla gara degli offerenti che non si fossero vincolati a rispettare il salario minimo legale: tale esclusione, infatti, avrebbe rappresentato una mera conseguenza dell'inadempimento di un obbligo, che gravava sugli offerenti in modo legittimo (considerato che quest'obbligo: era formulato in modo trasparente; era adeguato rispetto alle finalità perseguite; non comportava oneri procedurali eccessivamente gravosi, avendo la stazione appaltante predisposto appositi moduli per semplificare la procedura burocratica), senza contare che l'esclusione sarebbe stata decretata soltanto in danno delle imprese che, invitate a completare l'offerta con l'allegazione, originariamente omessa, dell'impegno al rispetto dell'erogazione del salario legale, fossero rimaste inadempienti. Per la giurisprudenza della Cge in materia di adeguatezza e proporzionalità dell'esclusione dalla partecipazione alla procedura, in caso di offerta incompleta e/o insoddisfacente, cfr. (fra le sentenze più recenti) Cge 29 marzo 2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s.*; Cge 6 novembre 2014, C-342/13, *Cartiera dell'Adda S.p.A.*; Cge 22 ottobre 2015, C-425/14, *Impresa Edilux S.r.l.*

⁵⁹⁹ Par. 73, conclusioni dell'Avv. Gen. P. Mengozzi.

2014/23/Ue; 2014/24/Ue e 2014/25/Ue, ci si può infine interrogare sul futuro dell'istituto delle clausole sociali finalizzate alla tutela di condizioni retributive e normative minime nell'ambito dell'aggiudicazione e dell'esecuzione di un contratto pubblico: in particolare, ci si può chiedere se questi elementi d'innovazione siano funzionali e sufficienti a garantire un migliore bilanciamento fra tutela del lavoro dipendente e libertà di mercato (ossia un bilanciamento meno sbilanciato a favore di queste ultime), rispetto a quello effettuato dalla Cge nelle sentenze *Rüffert* e *Bundesdruckerei*, ed a sancire definitivamente la legittimità delle clausole sociali.

In via di prima approssimazione, non pare possibile fornire una risposta positiva a tali interrogativi. Per meglio motivare quest'ultima affermazione è opportuno affrontare due questioni: la prima riguarda il caso in cui la clausola sociale sia prevista nel bando di gara di un appalto pubblico nel quale l'appaltante, come nel caso *Bundesdruckerei*, possa svolgere (o far svolgere ad un subappaltatore) il servizio messo a gara interamente in uno Stato membro differente rispetto a quello della stazione appaltante⁶⁰⁰. La seconda questione riguarda il caso nel quale la clausola sociale sia prevista nel bando di gara di un appalto pubblico in cui l'appaltatore, come nei casi *Rüffert* e *RegioPost*, ricorra al subappalto ed al distacco transnazionale di lavoratori.

5.1. I servizi svolti interamente in uno Stato membro diverso da quello della stazione appaltante.

Per quanto riguarda la prima questione, si può ricordare che, nel caso *Bundesdruckerei*, la Cge aveva ritenuto in contrasto con l'art. 56 Tfeue una clausola sociale che imponeva ad appaltatori e subappaltatori il rispetto di un saggio di salario minimo fissato per legge, affermando che tale clausola non si poteva ritenere finalizzata alla tutela dei lavoratori, essendo applicabile soltanto nel settore degli appalti pubblici.

Le considerazioni svolte dalla Corte nel caso *RegioPost*, circa la peculiarità della disciplina europea degli appalti pubblici, se fossero state svolte anche nel caso *Bundesdruckerei*, non avrebbero comunque potuto portare la Cge a dichiarare la clausola sociale finalizzata alla tutela dei lavoratori: è probabile, infatti, che la Corte di Giustizia non avrebbe ritenuto legittima una disposizione che imponeva il rispetto di un salario minimo legale anche a subappaltatori stabiliti in uno Stato membro diverso da quello della stazione appaltante, che avessero svolto il servizio operando direttamente sul loro territorio e senza distaccare lavoratori. Ciò perché, come abbiamo avuto modo di vedere in precedenza, le misure adottate in virtù dell'art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce, dovevano pur sempre essere compatibili con il diritto europeo. E la Corte ha ritenuto che la disciplina dettata per gli appalti pubblici al centro della sentenza *Bundesdruckerei* non fosse compatibile con i principi di cui all'art. 56 Tfeue, perché sproporzionata, dal momento che prevedeva l'imposizione del rispetto del saggio di salario in vigore nello Stato della stazione appaltante a favore di lavoratori operanti in uno Stato membro differente, ove il livello salariale era sì più basso, ma più basso era anche il costo della vita.

Ci si può domandare, però, se la risposta data allora dalla Corte sia ancora valida all'indomani dell'emanazione della Dir. n. 2014/24/Ue (che non trovava applicazione al caso in esame, *ratione temporis*), ove l'art. 70 (che ha sostituito l'art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce), relativo alle condizioni di esecuzione dell'appalto, dispone che «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto [...]

⁶⁰⁰ Per comprendere la rilevanza del segmento di mercato in cui i servizi messi a gara possono essere svolti interamente in uno Stato membro differente rispetto a quello dell'autorità aggiudicatrice, basti pensare al settore dei *call center*.

e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione». Il fatto che nel testo della disposizione non sia più presente il riferimento alla necessaria compatibilità delle clausole sociali con il diritto europeo, è stato interpretato da una parte della dottrina, anche in virtù della formulazione dell'art. 18, par. 2, Dir. n. 2014/24/Ue⁶⁰¹, come un possibile segnale di piena compatibilità di tali clausole con l'ordinamento europeo⁶⁰². Se così fosse, una clausola sociale modellata su quella in discussione nel caso *Bundesdruckerei*, in un contesto fattuale analogo, potrebbe essere ritenuta legittima.

Tale opinione, tuttavia, non convince. Anzitutto, occorre evidenziare che le nuove direttive sui contratti pubblici non hanno proceduto ad una armonizzazione completa della materia a livello europeo, così che eventuali disposizioni adottate nel procedimento di recepimento e di attuazione debbono essere valutate alla luce del diritto primario dell'Unione: ciò, peraltro, è ribadito nei considerando delle direttive, ove è prevista la necessaria conformità delle misure poste a tutela dei lavoratori con l'impianto generale del diritto europeo⁶⁰³.

Vi è poi da sottolineare il fatto che, secondo il considerando n. 38, Dir. n. 2014/24/Ue, «i servizi dovrebbero essere considerati come prestati nel luogo in cui sono eseguite le prestazioni caratteristiche. Se prestati a distanza [...] i servizi dovrebbero essere considerati come prestati nel luogo in cui sono effettuati, a prescindere dai luoghi e dagli Stati membri a cui sono destinati»: sembra così rafforzarsi la prospettiva di una necessaria connessione fra le condizioni minime da garantire ai lavoratori impiegati nell'esecuzione di un appalto pubblico e ed il costo della vita e del lavoro del luogo di svolgimento del medesimo appalto.

Se si tiene conto di questi elementi testuali, è inevitabile concludere che le argomentazioni della Corte nella sentenza *Bundesdruckerei* non vengano "scalpite" né dalla presa d'atto della peculiarità della disciplina degli appalti pubblici, rispetto a quella degli appalti privati, né dalla nuova disciplina dettata dalla Dir. n. 2014/24/Ce⁶⁰⁴: le problematiche che sono emerse, infatti, pongono soprattutto il problema del difficile bilanciamento fra la necessità di garantire le libertà di mercato e quella di approntare livelli di tutela adeguata per i lavoratori. La questione, in particolare, sembra inserirsi nel dibattito relativo alla "territorialità del diritto"⁶⁰⁵ e all'identificazione dei confini oltre i quali non si può spingere la libertà delle imprese nella scelta dei regimi giuridici che risultino maggiormente vantaggiosi⁶⁰⁶: le vicende che hanno dato origine al caso *Bundesdruckerei* rappresentano proprio un anello della (oramai lunga) catena di casi in cui un'impresa stabilita in uno

⁶⁰¹ La disposizione in esame recita: «Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X». Sui contenuti dell'allegato X, *infra*, par. 5.2.

⁶⁰² Forlivesi, 2015a, par. 5.

⁶⁰³ Cfr. considerando nn. 37, 39 e 98 Dir. n. 2014/24/Ue. Sul rilievo dei considerando nell'impianto delle nuove direttive sui contratti pubblici, cfr. Varva, 2016, 66.

⁶⁰⁴ Proprio all'interno della Dir. n. 2014/24/Ce, però, alcuni "anticorpi" contro la diffusione della prassi di delocalizzazione, motivata dalla volontà di sfruttare i differenziali salariali, si possono individuare: il riferimento è al criterio di aggiudicazione delle gare basato sull'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (*infra*, par. 5.2.I).

⁶⁰⁵ Cfr. Bano, 2015.

⁶⁰⁶ Cfr. Meli, 2015, 86.

Stato membro sfrutta le libertà fondamentali del mercato (la libertà di stabilimento e di prestare servizi) per trarre un vantaggio economico dal regime giuridico meno oneroso di un diverso Stato membro⁶⁰⁷.

In verità, considerato che le libertà economiche dell'UE «non possono essere interpretate nel senso di garantire alle imprese il diritto di aggirare o eludere le disposizioni nazionali di legge e le prassi in materia previdenziale e di lavoro oppure d'imporre una sleale concorrenza sul piano delle condizioni retributive e normative»⁶⁰⁸, ci si potrebbe ancora interrogare, sulla legittimità della condotta di quell'impresa che ricorra l'utilizzo di un'impresa controllata al 100%, stabilita in uno Stato differente da quello in cui la controllante ha la propria sede e contraddistinto da livelli inferiori di tutela per i lavoratori dipendenti, per svolgere un servizio messo a gara nello Stato ove è stabilita la società capogruppo (a prescindere, addirittura, come nel caso *Bundesdruckerei*, dal ricorso al distacco transnazionale di manodopera), e sulla configurabilità, in una tale ipotesi, di una fattispecie di "abuso del diritto"⁶⁰⁹ da parte dell'appaltatore principale.

Dare una risposta al quesito posto nel testo porterebbe lontano dal tema al centro del presente studio. In merito, tuttavia, si deve segnalare che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶¹⁰, l'abuso di diritto non si può prefigurare quando è in gioco l'esercizio di un diritto fondamentale, qual è la libertà di prestare servizi⁶¹¹: non sembra così scontato, allora, che si possa ritenere illegittima la condotta di quell'impresa che, attraverso una controllata stabilita in uno Stato membro differente, nell'ambito di un appalto pubblico, sfrutti a proprio favore i differenziali del costo del lavoro esistenti fra i due Paesi.

5.2. I servizi svolti da un appaltatore attraverso il ricorso al distacco transnazionale di manodopera.

I temi della territorialità del diritto e dell'(eventuale) abuso delle libertà fondamentali del mercato ritornano anche quando si affronta l'ipotesi di un servizio pubblico messo a gara e svolto da un appaltatore attraverso il ricorso al distacco transazionale di manodopera⁶¹². Come abbiamo già

⁶⁰⁷ Proprio la diffusione delle prassi di delocalizzazione, nei casi in cui un servizio messo a gara possa essere svolto interamente in uno Stato membro differente rispetto a quello della stazione appaltante, ha indotto il legislatore italiano ad introdurre specifiche contro-misure, con particolare attenzione al settore dei *call center* (*supra*, nota 65): il riferimento è al d.l. n. 83/2012 (convertito con modifiche dalla l. n. 134/2012), ove, all'art. 24 *bis*, è stabilito che le imprese che delocalizzano la propria attività in Paesi esteri non possano fruire degli incentivi all'occupazione. Questa disposizione, ad oggi, è largamente disattesa (Albanella, 2015, 9; Battafarano e Damiano, 2015, 4), anche perché pare potersi dubitare della sua legittimità in rapporto all'art. 107 Tfeue, in materia di aiuti di Stato (essendo vietati quelli che risultano selettivi, ossia a favore esclusivo di talune imprese o produzioni). Sempre al fine del contenimento delle prassi di delocalizzazione, l'art. 1, c. 10, l. n. 11/2016, prevede che le amministrazioni e le imprese pubbliche, prima di stipulare un contratto di appalto per servizi di *call center*, debbano darne comunicazione «alle rappresentanze sindacali aziendali e alle strutture territoriali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale»: in merito, si segnala la stipulazione dell'accordo quadro, in data 30 maggio 2016, fra Asstel, Slc-Cgil, Fistel-Cisl e Uilcom-Uil.

⁶⁰⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 ottobre 2008, n. 2085.

⁶⁰⁹ Nel senso più ampio del termine (Bano, 2015, 597, e ivi ulteriori rinvii alla dottrina).

⁶¹⁰ Cfr. par. 27 e 29, Cge 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd* (ma già in precedenza, par. 16, Cge 10 luglio 1986, C-79/85, *D.H.M. Segers*), su cui Razzolini, 2014, par. 3 (e ivi, riferimenti dottrinali e giurisprudenziali).

⁶¹¹ Cfr. Bano, 2015, 595.

⁶¹² In quest'ottica, si può leggere la Dir. n. 2014/67/UE, che, pur senza modificare le logiche e le finalità della Dir. n. 96/71/Ce (Bano, 2015, 590; Giubboni, 2015, par. 7), ha messo in campo misure di carattere sostanziale e procedurale finalizzate al contrasto dei comportamenti elusivi, all'interno delle prassi di distacco transazionale (e, in particolare, del fenomeno delle c.d. "*letter box companies*": cfr. Allamprese, Orlandini, 2014, 169 ss.).

accennato, si tratta di problemi di grande portata: in questa sede, però, si ritiene di potersi limitare, coerentemente con l'impostazione dell'analisi fino ad ora svolta, allo studio dell'impatto della sentenza *RegioPost* e delle nuove direttive relative all'affidamento dei contratti pubblici sul bilanciamento fra tutela dei lavoratori e libertà di mercato e sulla legittimità delle clausole sociali (con particolare riferimento al contesto italiano).

l) In questa chiave, si può affermare che la sentenza *RegioPost*, rappresenta una netta inversione di rotta rispetto a quanto prospettato nel caso *Rüffert*, ma ciò non è causato da una differente ponderazione fra le esigenze di tutela del lavoro e la necessità di garantire le libertà del mercato, ovvero da una differente considerazione della nozione di "ordine pubblico" (modellata non più su quella di "ordine pubblico internazionale", ma traguadata sul concetto di "ordine pubblico sociale"): il cambio di direzione è dovuto, piuttosto, al fatto che la legge del Land Renania-Palatinato non rinvia ai contratti collettivi privi di efficacia generale, ma fissa direttamente la retribuzione minima da applicare ai lavoratori impiegati in qualsiasi appalto pubblico. «Proprio questo spiega il diverso esito del giudizio della Corte di giustizia [...] l'obbligo di rispettare determinati standard retributivi è stabilito con una fonte di generale applicazione (la legge e non un contratto collettivo di diritto comune), in quanto tale capace di vincolare tutte le imprese sia nazionali che straniere»⁶¹³.

È vero, dunque, che, come ieri (art. 26, Dir. n. 2004/18/Ce), anche oggi l'ordinamento europeo (artt. 18, par. 2⁶¹⁴, e 70; considerando nn. 37, 39 e 98, Dir. n. 2014/24/Ue), consente l'inserimento nei bandi per i contratti pubblici, di clausole sociali che assicurano il rispetto dei contratti collettivi⁶¹⁵. Ed è vero che la nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni valorizza in modo evidente gli aspetti sociali inerenti all'oggetto del contratto pubblico⁶¹⁶, nel tentativo di contribuire a "dar corpo" alla nozione di "economia sociale di mercato", fino ad oggi rimasta una "fórmula retórica"⁶¹⁷: il richiamo principale, in merito, è alla preferenza attribuita al criterio di aggiudicazione delle gare basato sull'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (attraverso il metodo della c.d. *best price-quality ratio*, che consente alle autorità aggiudicatrici di tenere in considerazione anche parametri di tipo sociale ed occupazionale nella valutazione delle offerte), rispetto a quello del minor costo⁶¹⁸.

Tutto ciò, comunque, non consente di affermare che le eventuali clausole sociali previste nell'ordinamento degli Stati membri possano essere ritenute lecite, anche a prescindere da un vaglio di legittimità rispetto al diritto dell'Unione. E così, nel caso in cui un'opera o un servizio messi a gara

⁶¹³ Orlandini, 2015. Analogamente Borgogelli, 2016, 15, e Carosielli, 2016, 844.

⁶¹⁴ Ai sensi dell'art. 71, par. 5, Dir. n. 2014/24/Ue, l'osservanza degli obblighi di cui all'art. 18, par. 2, deve essere garantita, da parte delle autorità nazionali competenti, anche a carico dei subappaltatori.

⁶¹⁵ Si ricorda che il mancato rispetto di tali obblighi può «essere considerato un grave illecito perpetrato dall'operatore economico in questione» e, infine, «comportare l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico» (considerando n. 39, Dir. n. 2014/24/Ue).

⁶¹⁶ In generale, sul rilievo delle finalità sociali dei contratti pubblici nella disciplina dettata dalle direttive europee e sulla giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia, sono imprescindibili gli studi di Arrowsmith (da ultimo, Arrowsmith, 2015, 307 ss.).

⁶¹⁷ Muñoz, 2015, 81.

⁶¹⁸ Fra i molti, cfr. Miconi, 2014, 27; Comporti, 2015; Caranta, Dragos, 2014, 493 ss.

abbiano rilievo europeo (e sia anche soltanto ipotizzabile il ricorso al distacco transnazionale di manodopera da parte di un appaltatore), i criteri ed i requisiti riguardanti le condizioni di lavoro debbono essere applicati conformemente alla Dir. n. 96/71/CE, come interpretata dalla Cge⁶¹⁹. In tal modo, si può avere certezza della legittimità dell'eventuale clausola sociale soltanto nel caso in cui il contratto collettivo di riferimento per l'individuazione dei minimi di trattamento per i lavoratori impiegati nell'appalto abbia efficacia generale (ovvero il livello minimo salariale sia definito *ex lege*).

II) Alla luce di quanto appena affermato, è evidente che la disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori e l'interpretazione datane dalla Cge rimangano fondamentali per la valutazione della legittimità delle clausole sociali. Non si può allora tacere il fatto che, nel momento in cui si scrive, sia in discussione una proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, Com. (2016) 128 def., di modifica della Dir. n. 96/71/Ce.

Non è questa la sede per affrontare in modo sistematico i contenuti della proposta⁶²⁰: si deve tuttavia sottolineare che la finalità della Com. (2016) 128 def. sia la «revisione mirata della direttiva sul distacco dei lavoratori per contrastare le pratiche sleali e promuovere il principio che lo stesso lavoro nello stesso posto dovrebbe essere retribuito allo stesso modo»⁶²¹.

Se nell'impianto della proposta di direttiva si rinvenissero disposizioni adeguate a dare effettività al «principio della parità retributiva», si potrebbe parlare di un'inversione di rotta da parte delle autorità europee rispetto al tema del *dumping* salariale, che comporterebbe il superamento degli interrogativi circa la legittimità delle clausole sociali all'interno della regolamentazione degli appalti pubblici, anche in caso di distacco transnazionale di lavoratori. Ma così non è, e, fatto salvo quanto previsto in chiave antielusiva all'art. 2 *bis*, Dir. n. 96/71/Ce, previsto nella Com. (2016) 128 def.⁶²², la parità retributiva resta una mera enunciazione di principio⁶²³.

Resta allora da valutare l'impatto dell'eventuale approvazione della proposta di direttiva sulle problematiche connesse alle clausole sociali: in proposito, si può rilevare che, all'art. 3, par. 1 *bis*, Dir. n. 96/71/Ce, contemplato nella Com. (2016) 128 def., è stabilito che se le imprese stabilite nel territorio di uno Stato membro sono soggette all'obbligo (di natura legale, amministrativa o contrattuale) di subappaltare soltanto a imprese che garantiscano determinate condizioni di lavoro e di occupazione relative alla retribuzione, lo Stato membro può disporre che tali imprese siano soggette ai medesimi obblighi per quanto riguarda i subappalti a favore delle imprese che distaccano lavoratori nel suo territorio.

⁶¹⁹ Cfr. considerando n. 98, Dir. n. 2014/24/Ue.

⁶²⁰ Per una tale analisi, si può rinviare a Orlandini, 2016.

⁶²¹ Punto 1.1 della relazione di accompagnamento.

⁶²² L'art. 2 *bis*, Dir. n. 96/71/Ce, come modificato dalla Com. (2016) 128 def., prevede l'applicazione della disciplina lavoristica vigente nello Stato di destinazione, soltanto qualora il distacco abbia durata superiore a due anni. Il limite dei due anni non è derogabile e può essere calcolato come somma di più periodi di distacco (di durata pari o superiore a sei mesi) di lavoratori diversi, che svolgano le stesse mansioni nello stesso posto.

⁶²³ Cfr. Orlandini, 2016.

Quest'obbligo non deve essere soltanto non discriminatorio, ma anche proporzionato: ciò porta a ritenere che questa disposizione non giustifichi «di per sé l'utilizzo di clausole sociali nei capitoli di gara», ma consenta agli Stati membri «di regolare la disciplina del contratto di appalto in modo tale da vincolare imprese appaltatrici nazionali e straniere al rispetto di determinati standard retributivi e, quindi, eventualmente, all'applicazione di contratti collettivi che fissano tali standard»⁶²⁴.

In merito, si può rilevare, che l'art. 3, Dir. n. 96/71/Ce (anche per come novellato nella proposta di direttiva), continua a fare riferimento, per la determinazione della retribuzione da riconoscere ai lavoratori distaccati⁶²⁵, ai contratti collettivi dichiarati di applicazione generale: in questo modo, uno dei principali pilastri su cui la Corte di Giustizia ha eretto la propria giurisprudenza in materia di clausole sociali (ritenute illegittime – in caso di distacco transnazionale di lavoratori – qualora impongano il rispetto di un contratto collettivo ad efficacia limitata) non verrebbe scalfito da un'eventuale approvazione della Com. (2016) 128 def.

III) Dunque, all'indomani della sentenza *RegioPost*, non sembrano esserci buone notizie per l'ordinamento italiano.

Infatti, a differenza di quanto accaduto in Germania all'indomani della pronuncia *Rüffert*, il legislatore non ha introdotto misure per la definizione *ex lege* dei minimi salariali e la disciplina in materia di clausole sociali nei contratti pubblici continua ad imporre non solo il rispetto dei minimi di trattamento (art. 36, l. n. 300/1970) ma, addirittura, l'applicazione integrale dei trattamenti fissati dai contratti collettivi nazionali (o, anche, territoriali), in vigore per il settore e per la zona (artt. 30, c. 4, e 105, c. 9, d.lgs. n. 50/2016)⁶²⁶, che, sebbene sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, restano privi di efficacia generale⁶²⁷. Non solo: i contratti collettivi stipulati fra le organizzazioni sindacali e quelle dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sono presi a riferimento dal legislatore anche all'art. 23, c. 16, d.lgs. n. 50/2016, per ciò che riguarda la procedura di determinazione, da parte del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, del costo del lavoro che deve essere assunto come parametro dalle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte anormalmente basse⁶²⁸.

⁶²⁴ Orlandini, 2016.

⁶²⁵ All'art. 3, par. 1, lett. c, è prevista la sostituzione della nozione di "tariffe minime salariali" con quella di "retribuzione", concetto comprensivo (almeno) degli elementi che ancorano il saggio di salario al costo della vita nel Paese ospitante (in ossequio alla sentenza *Sähköalojen*, richiamata in nota 10).

⁶²⁶ L'art. 30, c. 4, d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che «al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo» nazionale o territoriale, mentre l'art. 105, c. 9, sancisce che «l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi» nazionali o territoriali». Le due disposizioni citate danno attuazione agli artt. 1, c. 1, lett. fff e 1, c. 1, lett. ggg, l. n. 11/2016 (delega al Governo per l'attuazione delle Dir. nn. 2014/23/Ue, 2014/24/Ue e 2014/25/Ue), su cui Giacobbe, 2015, 12; Borgogelli, 2016, 10.

⁶²⁷ Per non creare situazioni di "asimmetria informativa", che potrebbero danneggiare le imprese non stabilite in Italia, il legislatore ha stabilito all'art. 97, c. 9, d.lgs. n. 50/2016, che siano messe a disposizione degli altri Stati membri le informazioni relative a leggi, regolamenti, contratti collettivi applicabili o norme tecniche nazionali, da prendere in considerazione per la partecipazione delle imprese ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico.

⁶²⁸ Il rinvio è all'art. 97, d.lgs. n. 50/2016, ove si stabilisce che «gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse». Un'offerta, in particolare, è da considerarsi anormalmente bassa quando il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi determinati ai sensi dell'art.

Tuttavia, l'obbligo di rispettare integralmente la parte economica e normativa del contratto collettivo (e di sostenerne i costi conseguenti), proprio alla luce di quanto affermato fino ad ora, non presenta criticità soltanto qualora nell'esecuzione di un contratto pubblico non si venga a concretizzare (e non sia nemmeno ipotizzato) un distacco transnazionale di lavoratori⁶²⁹. Le cose, però, si complicano quando nell'esecuzione di un contratto pubblico si realizzi (o sia anche soltanto ipotizzabile) un distacco transnazionale di lavoratori e si configuri un quadro giuridico simile a quello che la Cge si è trovata innanzi nei casi *Rüffert* e *RegioPost*.

L'ordinamento italiano, infatti, è ancora lontano dal dotarsi di un impianto normativo in grado di conferire efficacia generalizzata ai contratti collettivi e/o dall'introdurre un "compenso orario minimo legale", anche se, in tal senso, qualche passo avanti è stato fatto, con la previsione contenuta all'art. 1, c. 7, lett. g, l. n. 183/2014⁶³⁰, di delega al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, 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 lavoro⁶³¹ (relativamente, però, ai soli «settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»⁶³²).

Evidentemente, il fatto che, nell'ordinamento italiano, sia la disciplina delle le clausole sociali, sia quella del distacco transazionale, per la determinazione dei minimi di trattamento da riconoscersi ai lavoratori dipendenti, non possano far altro che rinviare a contratti collettivi di diritto comune⁶³³ espone al rischio che, un domani, anche in Italia la disciplina di cui all'art. 36, l. n. 300/1970, e agli artt. 30, c. 4, e 105, c. 9, d.lgs. n. 50/2016, possa essere considerata alla stregua di un ostacolo alla libertà delle imprese di prestare servizi nel mercato europeo degli appalti pubblici e delle concessioni.

23, c. 16, d.lgs. n. 50/2016. L'art. 97, c. 6, d.lgs. n. 50/2016, stabilisce poi che non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge: tuttavia, «la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di un'offerta che appaia, in base ad elementi specifici, anormalmente bassa» (sul punto, cfr. De Nictolis, 2016, par. 22).

⁶²⁹ Non si può trascurare il fatto che sarebbe stata opportuna una formulazione degli artt. 30, c. 4, e 105, c. 9, d.lgs. n. 50/2016, meno simile a quella dell'abrogato art. 118, c. 6, d.lgs. n. 163/2006: quest'ultima disposizione, imponendo alle imprese affidatarie – o comunque partecipanti alla gara – l'obbligo di osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi, aveva sollevato rilevanti dubbi di legittimità costituzionale con riferimento al principio di libertà sindacale: cfr. Costantini, 2014, par. 3.2 (e lì ulteriori rinvii alla dottrina, anche per opinioni divergenti).

⁶³⁰ Sull'*iter* parlamentare dell'art. 1, c. 7, lett. g, l. n. 183/2014, Biasi, 2015, par. 6.

⁶³¹ Tale parte della l. n. 183/2014 è rimasta ad oggi inattuata.

⁶³² Sempre Biasi, 2015, par. 6, ricostruisce il dibattito dottrinale circa l'interpretazione da darsi alla locuzione "settori non regolati da contratti collettivi", essendo dubbio se il legislatore delegante abbia voluto riferirsi ai settori merceologici privi di contrattazione collettiva (come pare doversi intendere, stante il tenore letterale della disposizione), ovvero alle imprese che non applicano alcun contratto collettivo.

⁶³³ Pare opportuno segnalare che la novellata disciplina del distacco transnazionale di lavoro, di cui al d.lgs. n. 136/2016, prevede, all'art. 4, c. 1, che ai lavoratori distaccati si applichino, durante il periodo del distacco, «le medesime condizioni di lavoro e di occupazione previste per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui si svolge il distacco», dove per "condizioni di lavoro e di occupazione" si devono intendere (art. 2, c. 1, lett. e) le condizioni disciplinate dalle disposizioni normative e dai contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015: il rinvio alla contrattazione collettiva, perciò, non riguarda soltanto i contratti collettivi nazionali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ma, addirittura, anche quelli di livello territoriale o aziendale.

IV) Peraltro, al fine di sostenere la legittimità dell'art. 36, l. n. 300/1970, e degli artt. 30, c. 4, e 105, c. 9, d.lgs. n. 50/2016, rispetto al diritto dell'Unione, non pare sufficiente sostenere che queste disposizioni diano attuazione alla previsione della Convenzione Oil n. 94/1949 (ratificata con la l. n. 1305/1952), relativamente all'obbligo di inserire clausole tali da garantire ai lavoratori impiegati nell'ambito dei contratti pubblici condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona (anche se privi di efficacia generale).

La Convenzione Oil n. 94/1949, infatti, non può essere considerata parte integrante della disciplina europea degli appalti pubblici: da un lato, si può ricordare che, all'interno degli allegati delle nuove direttive sui contratti pubblici (in particolare, l'allegato X, Dir. n. 2014/24/Ue), fra i vincoli applicabili in materia di diritto sociale e del lavoro stabiliti dalle fonti internazionali che gli Stati membri possono introdurre nel proprio ordinamento, non figurano gli obblighi discendenti dalla Convenzione Oil n. 94/1949⁶³⁴. Dall'altro lato, la Convenzione Oil n. 94/1949, non fa parte delle c.d. *Core Conventions* (ossia le Convenzioni che gli Stati, per il solo fatto di essere membri dell'Oil, sono tenuti a rispettare, anche senza averle ratificate), indicate nella Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali adottata dalla Conferenza internazionale nel 1998⁶³⁵.

In senso contrario, parte della dottrina ha sostenuto che la Convenzione Oil n. 94/1949, nonostante l'esclusione dall'allegato X, sia da ritenersi applicabile e cogente nel mercato europeo dei contratti pubblici «posto che la stessa Oil ha riconosciuto le clausole sociali stipulate a sensi della Convenzione 94/1949 come strumento idoneo a promuovere e garantire i diritti fondamentali del lavoro sanciti proprio dalle Convenzioni richiamate nell'allegato X e universalmente applicabili»⁶³⁶.

Questa tesi, però, non appare convincente: la Convenzione Oil n. 94/1949, per quanto possa contenere disposizioni utili al fine di un effettivo raggiungimento dei diritti essenziali tutelati dalle Convenzioni "*Core*", difficilmente può assurgere essa stessa al ruolo di *Core Convention*, visto che resta semplicemente strumentale a garantire il rispetto delle Convenzioni fondamentali (di cui – è opportuno ribadire – non fa parte)⁶³⁷.

Ma se così stanno le cose, è probabile che, in un ipotetico caso *Rüffert* italiano, "si assisterebbe" ad un conflitto fra le fonti del diritto internazionale (Convenzione Oil n. 94/1949⁶³⁸) e quelle dell'Unione Europea (Dir. n. 2014/24/Ue) in materia di appalti pubblici: e, qualora non fosse possibile (come appare plausibile) interpretare in modo conforme gli obblighi discendenti dalle Convenzioni internazionali con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, sarebbe quest'ultimo a prevalere, con necessaria denuncia della Convenzione internazionale⁶³⁹. Di conseguenza, restando irrisolti i nodi relativi all'efficacia generale dei contratti collettivi, ovvero al salario minimo legale, il destino delle clausole sociali in Italia, in caso di distacco transnazionale di lavoratori,

⁶³⁴ Tale assenza era già evidente nella proposta di direttiva Com. (2011) 896 def.: cfr. Costantini, 2014, 42.

⁶³⁵ Le convenzioni "*Core*" riguardano: il lavoro forzato; la libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione; il diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva; l'uguaglianza di retribuzione; l'abolizione del lavoro forzato; la discriminazione; l'età minima; il lavoro minorile.

⁶³⁶ Forlivesi, 2015a, 45-46. Cfr. anche Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 672 ss.

⁶³⁷ Cfr. Orlandini, 2013, 156-157; Borgogelli, 2016, 8.

⁶³⁸ Si può rilevare che l'art. 30, c. 3, d.lgs. n. 50/2016, preveda che, nell'esecuzione dei contratti pubblici, gli operatori debbano rispettare gli obblighi imposti, in materia del lavoro, dalla normativa nazionale, europea, dai contratti collettivi e dalle Convenzioni internazionali indicate all'allegato X del decreto (in cui non viene fatto cenno alcuno alla Convenzione Oil n. 94/1949).

⁶³⁹ Con specifico riferimento al caso delle clausole sociali nell'ambito dei contratti pubblici, cfr. Orlandini, 2013, 161.

appare legato ad una ritrovata sensibilità dei giudici europei al tema della tutela del lavoro dipendente nel bilanciamento con le libertà di mercato e ad una svolta nell'interpretazione della nozione di ordine pubblico: insomma, non c'è molto da stare tranquilli.

Bibliografia

Alaimo A., Caruso B. (2010). *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 82/2010.

Albanella L. (2015). *Cosa cambia nei call center*. In *Lavoro&Welfare*, n. 20, p. 8.

Algostino A. (2009). *Costituzionalismo e trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*. In *Dir.Pub.*, p. 835.

Allamprese A., Orlandini G. (2014). *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 169.

Arrowsmith S. (2015). Rethinking the Approach to Economic Justifications under the EU's Free Movement Rules. In *Current Legal Problems*, p. 307.

Ballestrero M.V. (2008). *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*. In *Lav. Dir.*, p. 371.

Bano F. (2008). *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino.

Bano F. (2015). *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*. In *Lav. Dir.*, p. 583.

Barberis G. (2015). *Appalti pubblici e distacco transnazionale di lavoratori*. In *Urbanistica e Appalti*, p. 520.

Barnard C. (2011). Using Procurement Law to Enforce Labour Standards. In G. Davidov, B. Langille, *edited by*, *The Idea of Labour Law*. Oxford: University Press., p. 256.

Battafarano G., Damiano C. (2015). *Appalti, l'ora della svolta*. In *Lavoro&Welfare*, n. 20, p. 3.

Biasi M. (2015). *Il salario minimo legale nel "Jobs Act": promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 241/2015.

Borelli S. (2008). Social clauses in public contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: the Rüffert Case. In *Transfer*, p. 358.

Borgogelli F. (2016). *Le clausole sociali di equo trattamento negli appalti pubblici*. In www.regolazioneideimercati.it.

Brino V. (2012). *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea*. Padova: Cedam.

Bruun N., Jacobs A., Schmidt M. (2009). *La Convenzione 94 dell'Ilo alla luce del caso Rüffert*. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 649.

Buelen W., Cremers J., Wixforth S. (2015). *Considerazioni sociali nel quadro degli appalti pubblici. Una scelta politica*, Bruxelles.

- Buoso S. (2015). *La portata della nozione di «tariffe minime salariali» tra direttiva europea sul distacco di lavoratori e disciplina nazionale applicabile*. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 898.
- Carabelli U. (2009). *Europa dei mercati e conflitto sociale*. Bari: Cacucci.
- Caranta R., Dragos D.C. (2014). *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*. In *Urbanistica e Appalti*, p. 493.
- Carosielli G. (2016). *La sentenza RegioPost e l'anima "dimezzata" della Corte di Giustizia europea nella tutela dei lavoratori impegnati negli appalti pubblici*. In *Dir. Rel. Ind.*, p. 881.
- Comporti G.D. (2015). *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*. In *federalismi.it*, n. 6.
- Costantini S. (2011). *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*. In *Ianus*, p. 199.
- Costantini S. (2014). *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 196/2014.
- Cozzio M. (2014). *Libera prestazione di servizi e tutela dei lavoratori: la difficile ricerca di un nuovo equilibrio nel settore degli appalti pubblici*. In *Informator*, n. 4.
- De Mozzi B. (2011). *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*. In M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli, a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 29.
- De Nictolis R. (2016). *Il nuovo codice dei contratti pubblici*. In *Urbanistica e Appalti*, p. 503.
- De Salvia A. (2008). *Non c'è due senza tre: la corte di giustizia nel caso Rüffert*. In *Arg. Dir. Lav.*, p. 1415.
- Forlivesi M. (2015a). *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e regioni del mercato*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 275/2015.
- Forlivesi M. (2015b). *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia Europea: il caso Bundesdruckerei*. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 558.
- Ghera E. (2001). *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*. In *Dir. Rel. Ind.*, p. 133.
- Giacobbe A. (2015). *Un sistema per la qualità*. In *Lavoro&Welfare*, n. 20, p. 11.
- Giubboni S. (2015). *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi*. In *Eur. Dir. Priv.*, p. 493.
- Giubboni S., Orlandini G. (2007). *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino.
- Gottardi D. (2010). *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*. In *Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 509.
- Guadagno S. (2015). *Subappalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*. In *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 33.

- Jacobs A. (2015). *L'appalto, le esternalizzazioni ed il diritto del lavoro*. In M.T. Carinci, a cura di, *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*. Milano: Giuffrè, p. 401.
- Kilpatrick C. (2011). *Internal market architecture and the accomodation of labour rights: as good as in gets?* EUI Working Papers Law 2011/04.
- Lo Faro A. (2008). *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*. In *Lav. Dir.*, p. 63.
- Magnani M. (2015). *Diritto sindacale europeo e comparato*. Torino: Giappichelli.
- Mc Crudden C. (2011). The Rüffert Case and Public Procurement. In M. Cremona, *edited by*, *Market Integration and Public Services in the European Union*. Oxford: University Press, p. 117.
- Meli G. (2012). *Procedure di affidamento dei contratti pubblici, obbligo di applicazione dei contratti collettivi di lavoro e diritto comunitario: il caso Rüffert e la sindrome (italiana) dello struzzo*. In *Lav. Pubbl. Amm.*, p. 570.
- Meli G. (2014). *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte I)*, In *Dir. Lav. Mer.*, p. 719.
- Meli G. (2015). *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte II)*. In *Dir. Lav. Mer.*, p. 67.
- Miconi L. (2014). *Osservazioni preliminari sulle direttive appalti e concessioni*. In *Dir. Prat. Amm., Speciale*, V, p. 25.
- Muñoz J.M.G. (2015). Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo. In *Temas Laborales*, p. 47.
- Nocera I.L. (2014). *Salario minimo in appalto pubblico: "dove e "chi" sono i fattori fondamentali*. In *Dir. & Gius.*, p. 15.
- Orlandini G. (2008). *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 66/2008.
- Orlandini G. (2009). 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*. Bari: Cacucci, p. 55.
- Orlandini G. (2013). *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*. Milano: F. Angeli.
- Orlandini G. (2015). *Shopping contrattuale nelle gare di appalto*. In www.cgil.it.
- Orlandini G. (2016). *Note sulla proposta di direttiva recante modifica della direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori*. In www.cgil.it.
- Pallini M. (2008). *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*. In *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 3.
- Pallini M. (2009). *La tutela dell'"ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*. In A. Vimercati, a cura di, *Il conflitto sbilanciato*. Bari: Cacucci, p. 197.
- Pera G. (1998). *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*, in *Gius. Civ.*, I, p. 2423.

Razzolini O. (2014). *Il difficile confine fra uso e abuso del diritto di stabilimento: il caso degli avvocati stabiliti*. In *Dir. Rel. Ind.*, p. 1169.

Rödl F. (2009). *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materiale salariale nell'esperienza tedesca*. In A. Vimercati, a cura di, *Il conflitto sbilanciato*. Bari: Cacucci, p. 131.

Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer M. (2008). *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?* In *Rel. Lab.*, n. 15-16, p. 83.

Scarpelli F. (2006). *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 753.

Scarpelli F. (2011). *La dimensione sociale nella regolamentazione degli appalti pubblici*. In M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli, a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 307.

Sciarra S. (2008). *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*. In *Lav. Dir.*, p. 245.

Varva S. (2011). *Le clausole sociali*, In M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli, a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 321.

Varva S. (2016). *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/Ue*, in *Lav. Dir.*, p. 53.

Veneziani B. (2008). *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 295.

Venturi D. (2015). *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, p. 552.

I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*

Carlo Pisani

1. Le posizioni nostalgico – creative.	200
2. La sottovalutazione da parte dei critici dell'indispensabile ruolo dell'autonomia collettiva.	201
3. L'anacronistica difesa della concezione statica della professionalità costituzionalmente non obbligata.	206
4. Lo scetticismo ingiustificato nei confronti della formazione.	209
5. La valenza di norma anti incertezza del comma 1 ignorata dai critici.	213
6. Le interpretatio abrogans: il recupero surrettizio dell'equivalenza e l'introduzione di una giustificazione obiettiva.	214
7. Il superamento del problema dell'eccesso di delega.	218

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 310/2016

1. Le posizioni nostalgico – creative.

La maggiore novità introdotta dal nuovo art. 2103 cod. civ. è di tecnica legislativa. Viene infatti abbandonato il precedente modello basato sulla norma inderogabile di legge a precetto generico, quale era l'equivalenza, con conseguente superamento del monopolio legale della disciplina dei limiti al mutamento delle mansioni, e dei connessi problemi di rigidità, uniformità regolativa ed incertezza che ne derivavano. È stata invece adottata la tecnica del rinvio al contratto collettivo, utilizzando un istituto di quest'ultimo (il sistema di inquadramento) per riconnettervi un effetto, e cioè il limite al mutamento delle mansioni.

Questa modifica di tecnica normativa è stata accolta con favore⁶⁴⁰ ma ha sollevato anche qualche critica da parte di coloro che potremmo definire i nostalgici dell'equivalenza.

In una certa misura è fisiologico che tutte le riforme destinate ad operare cambiamenti effettivi (e non gattopardeschi, del tipo “tutto cambi affinché nulla cambi”) possano suscitare qualche timore per il “nuovo”. Indubbiamente l'abbandono della vecchia e rassicurante protezione data dal binomio norma generale/giudice, può suscitare qualche spaesamento; così come può ingenerare opposizioni pregiudizialmente contrarie per motivi ideologici; oppure rammarichi per un lucroso contenzioso giudiziario fatto di risarcimenti danni da demansionamento⁶⁴¹.

Queste posizioni nostalgiche partono tutte dal medesimo facile argomento, secondo cui in uno stesso livello di inquadramento gli *attuali* contratti collettivi, alle volte o spesso, prevedono qualifiche anche professionalmente eterogenee tra loro. Di qui i timori che ciò possa consentire comportamenti fraudolenti del datore di lavoro, ad esempio, per indurre il dipendente alle dimissioni o per “mobbarlo”⁶⁴², adibendolo a mansioni a lui sgradite (va di moda l'esempio del cuoco spostato ad autista), oppure a mansioni che non riesca a svolgere, nonostante la formazione (va di moda l'esempio del capotreno adibito addirittura a ufficiale di macchina nei collegamenti *ferry-boat* per le isole! ⁶⁴³); ovvero, possa comunque legittimare mutamenti verso mansioni che non comportino più, necessariamente ed inevitabilmente, la tutela integrale della professionalità acquisita.

⁶⁴⁰ C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, 35 ss.; F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel d. lgs. n. 81/20158*, in W.P. CSDLE “Massimo D'Antona”, 252/2015, 5; A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 129 ss.; V. Nuzzo, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 1047; V. Ferrante, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, AA. VV., *I contratti di lavoro*, Torino, 2016, 38, secondo cui la possibilità che sia la contrattazione collettiva a riempire di significati la previsione normativa è “soluzione sulla quale si può senz'altro convenire”; D. De Feo, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, *Arg. dir. lav.*, 2015, 86.

⁶⁴¹ in cui “la sindrome ansiosodepressiva reattiva a situazioni di lavoro sembra ormai divenuta un carattere antropologico dell'italiano medio”; così A. Vallebona, *Il danno alla persona del lavoratore: prospettiva di disciplina legislativo, Lavoro e Spirito*, Torino, 2011, 366, il quale, per porre un argine a questa corsa al risarcimento, auspicava con intervento del legislatore affinché ricollegasse all'illecito una penale fissata tra un minimo e un massimo, anche mediante il rinvio all'autonomia collettiva: così, Id., *Il danno da dequalificazione tra presunzione e risarcimento equitativo*, *ivi*, 370.

⁶⁴² D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 863, il quale teme che la “risorsa” possa essere “stressata”.

⁶⁴³ Così V. Ferrante, *Nuova disciplina*, cit., 36-37.

L'obiettivo di tutte queste posizioni è sostanzialmente uno solo: tornare alla situazione *quo ante*⁶⁴⁴, e cioè al controllo del giudice sulla conservazione della professionalità acquisita dal lavoratore.

Il problema, però, per i critici della norma, è che il suo tenore letterale è chiaro e non lascia adito a dubbi sulla scomparsa dell'equivalenza e sulla sua sostituzione con il limite costituito dalla categoria legale e dal livello di inquadramento. Anche sotto l'aspetto sistematico, l'obbligo di formazione, previsto dal comma 3, conferma la precisa volontà del legislatore di superare una tutela esclusivamente conservativa della professionalità.

Ed allora ecco che, per superare questi seri ostacoli di ordine testuale e sistematico e giungere alla restaurazione del binomio "norma generale inderogabile/giudice", non si è fatto attendere l'immane ricorso all'interpretazione creativa "costituzionalmente orientata", anche al fine di ovviare ad un presunto eccesso di delega⁶⁴⁵, oppure l'altrettanto immane invocazione delle clausole generali di buona fede e correttezza⁶⁴⁶, oppure, ancora, la censura diretta di costituzionalità⁶⁴⁷. Si è giunti addirittura a sostenere che il "riconducibile" di cui al comma 1, debba leggersi come "variante semantica" della nozione di equivalenza⁶⁴⁸.

Come puntualmente accade in questi casi, si finisce sempre per prospettare interpretazioni creative, ovvero *abrogans*⁶⁴⁹, immaginando una norma diversa, e, quindi, nella sostanza, facendo rientrare dalla finestra quell'equivalenza che è uscita dalla porta, dando voce così ad un soggettivismo interpretativo avulso dalla mediazione praticata dal legislatore. Con analogie con quanto si è verificato in relazione al comma 5 dell'art. 18 Stat. lav. da parte di tutti coloro che hanno sostenuto l'inclusione del giudizio di proporzionalità nell'insussistenza del fatto di cui al comma 4.

Si potrebbe dire che questo è il bello della "creatività" degli interpreti; tuttavia questa attività creativa forse si attaglierebbe meglio al mondo dell'estetica e non a quello del diritto dove non dovrebbe trovare spazio il principio nichilistico del "tutto è permesso"⁶⁵⁰.

2. La sottovalutazione da parte dei critici dell'indispensabile ruolo dell'autonomia collettiva.

In primo luogo, quello che sorprende maggiormente è come queste critiche trascurino il ruolo regolativo a cui è chiamata l'autonomia collettiva dalla nuova norma, ragionando esclusivamente sugli *attuali* sistemi di inquadramento, i quali, come è evidente, fino ad oggi hanno svolto solo la

⁶⁴⁴ Se non altro lo ammettono esplicitamente G. Ianniruberto, *Jus variandi orizzontale e nuovo art. 2103 c.c.*, *Mass. giur. lav.*, 2016, 260 ss. e U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel "nuovo art. 2103"*, *Riv. giur. lav.*, 2015, 1, 619.

⁶⁴⁵ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 263.

⁶⁴⁶ E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione AIDLASS, Napoli, 16 – 17 giugno 2016, 53-54 (dattiloscritto); D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 863-864.

⁶⁴⁷ A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, *Mass. giur. lav.*, 2016, 7.

⁶⁴⁸ Cfr. V. Ferrante, *Nuova disciplina*, cit., 38, U. Gargiulo, *Lo jus variandi*, cit., 619, secondo cui "la nozione di equivalenza sembra sopravvissuta".

⁶⁴⁹ Cfr. appunto, V. Ferrante, *Nuova disciplina delle mansioni*, cit., 38, evoca il "rischio" di un'interpretatio *abrogans*, che sembra però poi auspicata dal medesimo autore.

⁶⁵⁰ Cfr. V. Nuzzo, *La norma oltre la legge*, Napoli, 2012, 9; G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 5, S. Chiassoni, *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del metodo tradizionale*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 554. Più in generale, Cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma - Bari, 2004, 13.

funzione tradizionale di determinazione del corrispettivo spettante al lavoratore, senza preoccuparsi della individuazione della prestazione esigibile.

È ancor più sorprendente che queste critiche arrivino dopo che per decenni si era sempre sostenuto il contrario, e cioè il necessario coinvolgimento del contratto collettivo in *subjecta materia*⁶⁵¹. Tant'è vero che vi era stata perfino una proposta legislativa in tal senso da parte del CNEL, in cui si suggeriva appunto di affidare alla contrattazione collettiva di definire in concreto il rapporto di equivalenza, in considerazione della strutturale difficoltà del giudice di esercitare poteri di controllo in questa materia⁶⁵². Anche Giugni, in un articolato predisposto per la revisione di alcune norme dello Statuto dei lavoratori, proponeva una modifica dell'art. 2103 ridisegnandolo in modo da riconoscere un ruolo più ampio alla contrattazione collettiva⁶⁵³.

Ed infatti il legislatore aveva già accolto una prima volta queste proposte, anticipando la riforma odierna in riferimento al rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, soprattutto con il precedente testo dell'art. 52 d. lgs. n. 165/01, in cui le mansioni equivalenti erano quelle "considerate" tali nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi (poi diventate quelle "equivalenti" nell'ambito dell'area di inquadramento nel testo modificato dal d. lgs. n. 150/2010). Di tale norma la Cassazione, non solo non ne ha mai dubitato della costituzionalità, ma, inoltre, ha sempre affermato l'insindacabilità da parte del giudice della valutazione dell'autonomia collettiva perfino nei casi in cui il contratto collettivo aveva accorpato in un'unica qualifica mansioni di professionalità differente⁶⁵⁴. Eppure la norma disponeva di un rinvio più ampio alla fonte collettiva rispetto all'attuale 2103 in quanto la disciplina era dovuta in maniera totale e in via esclusiva, senza limitazioni⁶⁵⁵.

Più in generale, la tecnica del decentramento al contratto collettivo⁶⁵⁶ è stata già sperimentata con successo, ad esempio, a proposito della tipizzazione delle causali del contratto a termine, ai

⁶⁵¹ Così, E. Ghera, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 St. lav., Mass. giur. lav., 1984, 397*; A. Garilli, *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva, Quad. dir. lav. rel. ind., 1989, 181*; M. Grandi, *La mobilità interna, AA.VV., Strumenti e limiti della flessibilità, Milano, 1986, 266 e ss.*; L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore, Diritto e valori, Bologna, 1985, 371 ss.*; A. Rossi, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie informatiche, Questione giustizia, 1983, 2, 230 s.*; F. Liso, *L'incidenza delle trasformazioni produttive, Quad. dir. rel. ind., 1987, 63*; G. Bianchi D'Urso, *op. cit.*, 130; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore, Commentario al Codice Civile, diretto da Schlesinger, Milano, 1997, 142*; L. Ferluga, *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni, Milano, 2012, 74 ss.* F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: rapporto individuale, Giorn. dir. lav. rel. ind., 1985, 228-229*; M. Persiani, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro, in Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile, Atti convegno AIDLASS Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 629 ss.*; L. Calcaterra, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità, Arg. dir. lav., 2014, 1298*; P. Ichino, *Il lavoro e il mercato, Milano, 1996, 172 ss.*; S. Visonà, *Breve cronistoria dell'intervento del Jobs Act in materia di mansioni, AA. VV., La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act, Bari, 2016, 54.*

⁶⁵² A. Garilli, *op. loc. ult. cit.*; cfr. CNEL, *La revisione della normativa sul rapporto di lavoro*, a cura di F. Liso, M. Rusciano, Il, Napoli, 1987, 896.

⁶⁵³ Pubblicato su *Lavoro e informazione*, 1982, n. 1, 3.

⁶⁵⁴ Cass. 11 maggio 2010, *Foro it.*, I, 2010, I, 2371; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22535, *Foro it.*, 2015, I, 116; Cass. 11 maggio 2010, n. 11405, *ivi*, 2010, I, 2371; Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, *Mass. giur. lav.*, 2010, 222.

⁶⁵⁵ Cfr. su queste nozioni, C. Pisani, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico, Torino, 2009, 127 e ss.*

⁶⁵⁶ Cfr. per tutti, G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano, DLRI, 338*; S. Simitis, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro, ibidem, 1986, 215-216*; G. Teubner, *Aspetti, limiti, alternative alla legificazione, in Sociol. del diritto, 1985, 7*; G. Ferraro, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità, DLRI, 667.*

sensi dell'art. 23, comma 1, Legge n. 56/1987⁶⁵⁷. Anche in quel caso la giurisprudenza aveva rispettato l'ampiezza della delega all'autonomia collettiva ritenuta libera nel determinare le causali, che potevano essere previste anche non necessariamente per ragioni temporanee ovvero anche per causali soggettive⁶⁵⁸.

Infine diventa difficilmente spiegabile per quale ragione viene pacificamente affidato all'autonomia collettiva il compito così delicato e vitale per il lavoratore di individuare la retribuzione proporzionale e sufficiente per le diverse qualifiche, mentre tale compito non potrebbe essere demandabile ai fini della delimitazione dell'ambito della mobilità consentita.

Tutt'al più potrebbe essere mosso dal legislatore il rimprovero di non aver introdotto una norma di diritto transitorio per dar tempo alla contrattazione collettiva di aggiornare gli inquadramenti, magari prevedendo sub livelli nell'ambito dello stesso livello retributivo per evitare i casi più clamorosi di eterogeneità di mansioni, o per disegnare percorsi coerenti di mobilità professionale differenziata, anche al fine di scongiurare i tanto paventati casi di comportamenti fraudolenti del datore di lavoro prevedendo, ad esempio, il divieto di spostamenti verso mansioni per le quali il lavoratore non possiede neppure la capacità di base ovvero le abilitazioni o i titoli di studio richiesti per quell'attività (anche se riesce difficile immaginare quale possa essere l'interesse dell'imprenditore a disporre una simile mobilità).

Invece i critici della norma, spaventati dalla eterogeneità di mansioni previste da alcuni livelli degli attuali inquadramenti, hanno dato la loro bocciatura incongruamente a "bocce ferme". Di questo si è reso conto perfino chi ha sollevato una sorta di questione di incostituzionalità "condizionata" o subordinata alle modifiche che riusciranno ad apportare i contratti collettivi agli attuali sistemi di inquadramento⁶⁵⁹.

Una simile mancanza di "pazienza" nei confronti dell'autonomia collettiva determina l'effetto, come si suol dire, di buttare a mare anche il bambino insieme all'acqua sporca: il "bambino" sarebbe l'innovazione consistente nell'assegnare in questa materia un ruolo decisivo all'autonomia collettiva, "come è giusto che sia in un'area nella quale si tratta di contemperare dinamiche dell'organizzazione a tutela delle posizioni dei lavoratori in essa coinvolti"⁶⁶⁰.

Difficile dubitare che questo possa essere uno dei compiti fondamentali del contratto collettivo, di un gradino appena al di sotto a quello di determinare la retribuzione proporzionata e sufficiente; suo "naturale dominio"⁶⁶¹, essendo l'unica sede dove si possa attuare il bilanciamento di

⁶⁵⁷ Per una classificazione delle ipotesi di rinvio dalla legge alla contrattazione collettiva, cfr. F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, DLRI, 1998, 274 e ss. Per una analisi dei contenuti della contrattazione collettiva in relazione ai rinvii operati dalla legge in materia di «lavori flessibili», cfr. gli interventi programmati alle giornate di studio AIDLASS, su *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*; Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 629 ss.: F. Carinci, *La contrattazione collettiva nel lavoro interinale*, Lambertucci, *Contrattazione territoriale e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*.

⁶⁵⁸ Cass., 11 dicembre 2002, n. 17674, *Foro it.*, 2003, I, 443; Cass. 6 settembre 2003, n. 13044, *Guida al lav.*, n. 41, 8; Cass. 7 maggio 2004, n. 8740, *ivi*, 2004, n. 29, 33; Cass. S.U., 2 marzo 2006, n. 4588, *Mass. giur. lav.*, 644; Cass. S.U., 2014/2006, n. 9245, *ivi*, 2006, 967.

⁶⁵⁹ A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 7.

⁶⁶⁰ F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., 13; A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., 135; V. Nuzzo, *Il nuovo art. 2103*, cit., 1050, D. De Feo, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, cit., 861; V. Ferrante, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, cit., 38.

⁶⁶¹ Sempre F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., 9.

interessi tra esigenze delle imprese a flessibilità e certezza e interessi di lavoratori⁶⁶². È chiaro che l'intento del legislatore è stato proprio quello di offrire la possibilità alle parti collettive di delimitare l'area della mobilità consentita in modo più aderente al dato reale dell'organizzazione rispetto a quanto accadeva con la norma dell'equivalenza.

La riforma, con questa devoluzione della materia alle parti sociali, si iscrive, infatti, nel modello del c.d. garantismo flessibile, quale strada intermedia tra la rigidità delle tipizzazioni legali e l'incertezza propria delle norme a precetto generico, idonea ad attenuare i caratteri negativi dell'una e dell'altra, secondo una tendenza progettuale e riformistica risalente agli ottanta del secolo scorso⁶⁶³. Si tratta della nota tecnica del decentramento o devoluzione al contratto collettivo in funzione integrativa o sostitutiva delle norme legali⁶⁶⁴, la quale sposta le tutele dal piano rigido della legge, al piano mobile della contrattazione collettiva dinamica⁶⁶⁵, che quindi è in grado di assicurare, da un lato, una ragionevole certezza, e, dall'altro, una ragionevole flessibilità data dalla fonte, il contratto collettivo, più vicino che non la legge alla realtà da regolare⁶⁶⁶.

Del resto il rapporto flessibile tra legge e contratto collettivo è da sempre ritenuto uno dei pilastri su cui poggia la costruzione di un sistema di deregolazione contrattata e controllata⁶⁶⁷. La riregolazione, come scriveva Giugni, "non si pone il problema di cambiare norme, piuttosto di cambiare il metodo di normazione"⁶⁶⁸.

Per tentare di dimostrare la non necessità di un intervento legislativo in tal senso, si è giunti perfino a sostenere che anche sotto la vigenza del vecchio art. 2103 cod. civ. l'autonomia collettiva rivestisse un ruolo importante⁶⁶⁹, citando a sostegno le Sezioni Unite del 2006 a proposito delle mansioni promiscue⁶⁷⁰.

Ma è evidente la forzatura insita in questa ricostruzione. Infatti, in precedenza lo spazio riconosciuto all'autonomia collettiva dalla giurisprudenza era limitato soltanto alla individuazione del requisito necessario, ma non sufficiente, per la legittimità dello spostamento, e cioè l'appartenenza delle nuove mansioni allo stesso livello di inquadramento delle precedenti, ritenendosi *in re ipsa* non equivalenti mansioni collocate in un livello inferiore. Al di là di questo non si andava; era infatti sempre il giudice poi che accertava l'altro requisito indispensabile della fattispecie del

⁶⁶² Cfr., tra i tanti, M. Persiani, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti convegno AIDLASS Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 629 ss.; L. Calcaterra, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, *Arg. dir. lav.*, 2014, 1298; P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, 172 ss.; S. Visonà, *Breve cronistoria dell'intervento del Jobs Act in materia di mansioni*, AA. VV., *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Bari, 2016, 54.

⁶⁶³ Cfr. per tutti, G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione*, *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1986, 317 e ss.; E. Ghera, *Mercato del lavoro: prospettive di riforma*, *DLRI*, 1992, 607; G. Ferraro, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, *Giorn. lav. e rel. ind.*, 1986, 667.

⁶⁶⁴ Per una classificazione delle ipotesi di rinvio dalla legge alla contrattazione collettiva, cfr. F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, *DLRI*, 1998, 274 e ss.

⁶⁶⁵ M. V. Ballestrero, *La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi*, *LD*, 1987, 291.

⁶⁶⁶ Cfr. M. Persiani, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, relazione alle giornate di studio AIDLASS, in *Interessi e tecniche*, cit., 2.

⁶⁶⁷ G. Giugni, *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, *DLRI*, 1985, 53; ID., *Giuridificazione e deregolazione*, cit., 357-358.

⁶⁶⁸ G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione*, cit., p. 317.

⁶⁶⁹ S. Visonà, *Breve cronistoria*, cit., 58.

⁶⁷⁰ Cass. S.U. 24 novembre 2006, n. 25033, *Mass. giur. lav.*, 2007, 17, con nota di C. Pisani; *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*.

legittimo mutamento delle mansioni, costituito, come è noto, dalla conservazione della professionalità acquisita. Emblematico in tal senso l'orientamento della Cassazione sul carattere non vincolante del "riclassamento" delle mansioni ad opera del contratto collettivo, sul presupposto che dovesse essere sempre e solo il giudice a dover accertare se le nuove mansioni, pur ritenute equivalenti dall'autonomia collettiva, consentissero o no al lavoratore di continuare a conservare la precedente professionalità acquisita⁶⁷¹.

Qualche contratto collettivo ha previsto sistemi di inquadramento più innovativi. Ad esempio nel CCNL dei chimici, con l'intento di "consentire un ampliamento delle ipotesi di mobilità, accorpamento e arricchimento delle mansioni", vengono considerate equivalenti tutte le figure professionali "riconducibili" a un determinato livello, a cui è legata la retribuzione minima contrattuale. Tuttavia queste previsioni correvano sempre il rischio di incappare in qualche giudice che, applicando la norma inderogabile di legge dell'equivalenza, ritenesse che le mansioni del medesimo livello non consentissero al lavoratore di conservare la professionalità pregressa e che quindi dichiarasse nulla la relativa clausola del contratto collettivo per contrarietà a norma imperativa. Ora invece con il nuovo art. 2103 cod. civ., questo tipo di previsioni dell'autonomia collettiva viene "messa in sicurezza"⁶⁷² non potendo più essere sindacate dal giudice. Il che non è poco, soprattutto in termini di certezza del diritto.

Anche l'esempio citato dai critici come apertura all'autonomia collettiva da parte della giurisprudenza non è dei migliori, in quanto le Sezioni Unite n. 25033 del 2006, in realtà, hanno imposto pesanti limiti al contratto collettivo a proposito delle mansioni promiscue, oltretutto con interpretazione creativa, sostenendo la loro legittimità solo ove le differenti mansioni appartengano alla stessa qualifica e la modifica sia giustificata da esigenze aziendali di carattere temporaneo⁶⁷³. Ed invece, proprio quello delle mansioni promiscue o polivalenti, sempre più richieste da organizzazioni del lavoro integrate e flessibili, è uno degli aspetti in cui più si può apprezzare il "rendimento applicativo" della nuova norma. Ed infatti, buona parte dei problemi interpretativi che si ponevano in precedenza, potrebbero ora essere risolti con l'accorpamento da parte del contratto collettivo di mansioni promiscue in un determinato livello, che renderebbe legittimi gli spostamenti tra i vari compiti, anche inferiori, così accorpati dall'autonomia collettiva nella più ampia qualifica promiscua, senza i vincoli invece imposti creativamente dalle Sezioni Unite. Ad esempio, applicando il nuovo art. 2103 al caso deciso da tale sentenza, non sarebbero sorti problemi in quanto l'inclusione in un unico livello di inquadramento da parte del contratto collettivo delle due mansioni di addetto allo sportello e portalettere, svolte dal dipendente delle poste, consentirebbe lo spostamento del lavoratore da una parte all'altra, senza dover soggiacere all'incertezza della valutazione del singolo magistrato.

Anche sotto questo aspetto l'autonomia collettiva è la sede da privilegiare e valorizzare per individuare, e perfino creare, fattori di omogeneità o unitarietà tra mansioni attinenti o differenti

⁶⁷¹ Cass. 3 marzo 2016, n. 4211, *Guida al lav.*, 2016, n. 14, 28; Cass. 4 marzo 2014, n. 4989, *ivi*, 2014, n. 14, 63.

⁶⁷² Così F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., 13.

⁶⁷³ Per questo motivo non è condivisibile l'opinione di chi ritiene che tale sentenza abbia valorizzato l'autonomia collettiva, come invece sostenuto da D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 857, che parla addirittura di "svolta". Per una critica a tale sentenza sia consentito rinviare a C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, op. cit., 65 e ss.

posizioni di lavoro⁶⁷⁴; si tratta di una sua naturale funzione di cogliere e “registrare” la tipicità di un insieme “promiscuo” di mansioni, così come lo è quello di individuare il loro inquadramento retributivo, ponendo così fine anche per questo aspetto all’incertezza derivante dall’individuazione da parte del giudice delle mansioni promiscue “primarie e caratterizzanti”, appunto al fine di stabilire la retribuzione di un insieme promiscuo di mansioni⁶⁷⁵.

3. L’anacronistica difesa della concezione statica della professionalità costituzionalmente non obbligata.

Sorprende anche l’anacronistica difesa, da parte dei critici della norma, di una concezione esclusivamente statica e conservativa del bagaglio professionale posseduto dal lavoratore, anche mediante l’immane denuncia di incostituzionalità per violazione della solita sequenza “aurea” degli artt. 2, 3, 4, 35 Cost. Si parte sempre dal medesimo presupposto, e cioè che i livelli di inquadramento degli *attuali* contratti collettivi mettono insieme mansioni che implicano professionalità anche molto diverse tra loro; e si postula che il “saper fare acquisito” del lavoratore sarebbe protetto dalle suddette norme costituzionali che si riferiscono alla dignità del lavoratore⁶⁷⁶. Peraltro il dubbio di costituzionalità sarebbe “sospensivamente condizionato” alla capacità dei contratti collettivi di prevedere tanti sub livelli quante sono le diverse professionalità, in tal modo con sostanziale ritorno al passato⁶⁷⁷.

Questa impostazione non è condivisibile in quanto non si può sostenere che la prevalente interpretazione giudiziale dell’equivalenza fosse costituzionalmente obbligata. Al riguardo occorre infatti considerare che la tutela della professionalità del lavoratore può essere attuata per mezzo di varie modalità, nel senso che non sembra sia costituzionalmente imposta una sua tutela solo “statica”. Dalla Carta Costituzionale non è certo ricavabile un vincolo al legislatore diretto ad imporre che “il tornitore rimanga per sempre tornitore, il gruista rimanga sempre gruista”⁶⁷⁸.

Sarebbe incostituzionale soltanto una norma che ignorasse del tutto di tutelare la professionalità del lavoratore, trattandosi di un nucleo garantistico iscritto nei valori di dignità del lavoratore che non possono essere coinvolti nel rapporto di lavoro subordinato⁶⁷⁹. Ma ciò non significa che il *tipo di tutela* debba essere sempre il medesimo.

Sicché il legislatore è abilitato a tutelare la professionalità anche prescindendo da una sua protezione meramente “statica”, diretta *unicamente* a preservare il patrimonio professionale in precedenza acquisito dal lavoratore, quasi che questo patrimonio sia un bene “infungibile” da tutelare in forma specifica. Questa forma di tutela non è affatto costituzionalizzata.

⁶⁷⁴ Cfr. E. Ghera, *Mobilità introaziendale e limiti dell’art. 13 St. lav., Mass. giur. lav.*, 1984, 397; M. Grandi, *La mobilità interna*, AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986.

⁶⁷⁵ Esemplarmente in questo senso, Cass. 9 gennaio 2004, n. 174, NGL, 2004, 303.

⁶⁷⁶ A. Vallebbona, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 6; G. Franza, *Prime considerazioni e alcuni dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina delle mansioni*, MGL, 2015, 655; E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro ...*, cit., 19, parla di possibile “erosione” dei diritti fondamentali alla dignità e alla tutela della persona del lavoratore.

⁶⁷⁷ A. Vallebbona, op. cit., 7.

⁶⁷⁸ Così, efficacemente, F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Milano, 1982, 175.

⁶⁷⁹ L. Mengoni, *I poteri dell’imprenditore, Diritto e Valori*, Bologna, 1958, 401.

In tempi in cui l'innovazione tecnologica determina una rapida obsolescenza dei contenuti professionali tradizionali, è ragionevole che il legislatore abbia inteso evitare che una determinata modalità di tutela della professionalità, e cioè quella "statica", si traduca, anche a causa della previsione dell'inderogabilità, nell'ostacolo più serio alla possibilità che il lavoratore acquisisca una nuova professionalità. Infatti i mutamenti incessanti e repentini dell'organizzazione non possono tollerare professionalità eternamente ingabbiate. Per queste ragioni è stato giustamente ribadito che ormai la flessibilità professionale non appare più funzionale esclusivamente all'interesse imprenditoriale ma anche a quello del prestatore di lavoro⁶⁸⁰.

Non occorre fare esercizi di futurologia per prestare fede a ciò che gli economisti del lavoro vanno ripetendo e cioè che, in questa materia, chi vuole difendere l'esistente ha già perso, in un mondo in cui il cambiamento è una costante strutturale; in cui processo tecnologico e globalizzazione stanno riconfigurando le modalità di produzione ed il tipo di lavoro; in cui alcuni settori e occupazioni stanno letteralmente sparendo, tant'è vero che dal 1995 ad oggi il numero degli operai in America ed Europa si è dimezzato; in cui i processi produttivi richiedono sempre più innovazione e conoscenze non solo e non più nelle alte qualifiche; in cui la competizione si è spostata sul capitale umano, in quanto il fattore economico più prezioso non è più il capitale fisico o qualche materia prima, ma la creatività; in cui negli ultimi cinquanta anni l'occidente è passato da un'economia dove era prevalente la produzione di beni materiali a una basata su conoscenza e innovazione. Il dato fondamentale su cui riflettere è che è proprio in questi settori che l'occupazione è cresciuta a ritmi travolgenti: l'ingrediente è il capitale umano e dunque istruzione e creatività⁶⁸¹.

Sicché, insistere su una tutela rigida inderogabile della professionalità acquisita evoca l'aneddoto del re Canuto, il sovrano inglese che nella convinzione di poter ordinare alle maree di ritirarsi, finì quasi per annegare; oppure, se si preferisce, quello del soldato giapponese trovato anni dopo la fine della seconda guerra mondiale e fare la guardia a un barile vuoto di benzina. Ai nostalgici dell'equivalenza manca semplicemente il potere di fermare la storia.

Perfino subito dopo l'entrata in vigore dello Statuto, qualcuno in dottrina coglieva questa contraddizione, lamentando che l'interpretazione della norma si andasse stabilizzando in una concezione prevalentemente statica della professionalità, considerata essenzialmente un patrimonio personale intangibile e soprattutto "immodificabile" del lavoratore⁶⁸².

Poi, a partire dagli anni 80 del secolo scorso, sotto l'incalzare dell'innovazione tecnologica, si era evidenziato da più parti l'inadeguatezza della suddetta interpretazione statica della professionalità. Era evidente fin d'allora, infatti, che una simile lettura della norma, oltre ad imporre rigidità eccessiva al datore di lavoro, sortiva l'effetto, anche a causa della previsione della nullità dei patti contrari, di inibire al prestatore di lavoro l'acquisizione di nuova e diversa professionalità, con la

⁶⁸⁰ L. Nogler, *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, *Mass. giur. lav.*, 2012, 451, secondo cui la disciplina delle mansioni «irrigidisce a tal punto lo *jus variandi* del datore di lavoro da far confondere spesso le esigenze di efficienza con il fenomeno del *mobbing*»; R. De Luca Tamajo, F. Bianchi D'Urso, *La mobilità professionale dei lavoratori*, *Lavoro e dir.*, 1990, 236; F. Liso, *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, *Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 1987, I, 56; F. Scarpelli, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, *Dir. rel. ind.*, 1994, 43; A. Garilli, *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva*, *Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 1989, 176 e 181; D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 853.

⁶⁸¹ Cfr. E. Moretti, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, Milano, 2014, 14 e ss.

⁶⁸² Così M. Grandi, «Intervento», *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, Atti delle Giornate di studio di Pisa, 26-27 maggio 1973, Giuffrè, Milano, 140-141; L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e Valori*, Bologna, 1985, 404.

conseguenza che il lavoratore era destinato a svolgere, durante l'arco della sua carriera, sempre il medesimo tipo di attività lavorativa.

Questa conclusione, se, tutto sommato, non sollevava particolari perplessità in periodi in cui il contesto produttivo era caratterizzato da una tendenziale staticità di mansioni e mestieri, si scontrava inevitabilmente con la realtà rappresentata dai profondi processi di ristrutturazione e di riprogettazione dell'organizzazione del lavoro con rapida obsolescenza di alcune figure professionali e nascita di nuove.

Pertanto era ed è costituzionalmente legittima, in quanto razionale e ragionevole, la scelta del legislatore di prevedere, come unico limite imprescindibile del mutamento delle mansioni, non la conservazione di un medesimo tipo di professionalità, e cioè il bagaglio professionale acquisito, bensì il mantenimento di una professionalità, anche diversa ma del medesimo valore; questo "valore" è dato dall'inquadramento delle nuove mansioni nella medesima categoria e nello stesso livello delle precedenti mansioni⁶⁸³. Si tratta di una scelta normativa diretta dunque a tutelare il medesimo *quantum* di «saper fare» dedotto nel rapporto⁶⁸⁴, e non il mantenimento del medesimo tipo di apporto professionale.

Tant'è vero che la Cassazione, come si è visto (par. 2), non ha mai dubitato della costituzionalità dell'art. 52 d. lgs. n. 165/2001, laddove anch'esso fa propria la c.d. nozione "formale" dell'equivalenza, vale a dire la legittimità degli spostamenti nell'ambito della stessa area di inquadramento, lì addirittura senza neppure la precisazione espressa di un obbligo o onere di formazione⁶⁸⁵.

Anche per quanto riguarda la categoria legale e il livello di inquadramento, quali riferimenti per sancire l'egual valore professionale delle mansioni di nuova adibizione rispetto alle precedenti, si tratta di una scelta razionale e ragionevole. Infatti, l'appartenenza alla medesima categoria legale è stata tradizionalmente sempre ritenuta il limite "fisiologico", anche se non esclusivo, allo *jus variandi*⁶⁸⁶. Il medesimo livello, nella misura in cui si sostanzia nell'apprezzamento da parte del contratto collettivo della meritevolezza della medesima retribuzione, è un indice tra i più significativi diretto a registrare l'egual valore delle diverse professionalità insite nelle mansioni ivi inquadrate.

Pertanto il valore della professionalità non è solo quello espresso dalla medesima retribuzione, ma è anche quello registrato dalle declaratorie di ciascun livello, nelle quali viene specificato il grado in cui sono presenti, in tutte le mansioni inquadrate in quel livello, quegli elementi che i sociologi del lavoro chiamano le dimensioni centrali della qualità del lavoro. Tali dimensioni riflettono le caratteristiche salienti e qualificanti comuni a mansioni anche differenti tra loro, e ven-

⁶⁸³ Per questa tesi, già sotto il vigore dell'equivalenza, sia consentito il richiamo a C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, 131.

⁶⁸⁴ Cfr. già in relazione alla norma sull'equivalenza G. Giugni, *Mansioni e qualifica*, Enc. Diritto, XXV, Milano, 1975, 555.

⁶⁸⁵ Cass. 11 maggio 2010, *Foro it.*, I, 2010, I, 2371; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22535, *Foro it.*, 2015, I, 116; Cass. 11 maggio 2010, n. 11405, *ivi*, 2010, I, 2371; Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, *Mass. giur. lav.*, 2010, 222; sia consentito il rinvio in argomento a C. Pisani, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 127 e ss.

⁶⁸⁶ G. Giugni, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 331, e *ivi* ulteriore bibliografia.

gono considerati come un attendibile *standard* di misurazione dell'egual valore delle varie professionalità, e sono: la dimensione della complessità, da intendersi come il grado di complessità dei problemi decisionali in cui qualsiasi lavoro può essere scomposto; la dimensione dell'autonomia, da intendersi come il grado di discrezionalità nell'esecuzione del lavoro, e quindi anche del controllo a cui soggiace il lavoratore; la dimensione dell'importanza che la mansione riveste nell'organizzazione tecnico materiale (cfr. art. 96, comma 2, disp. at., cod. civ.: "le qualifiche dei prestatori nell'ambito di ciascuna categoria possono essere raggruppate per gradi secondo la loro importanza nell'ordinamento dell'impresa")⁶⁸⁷.

Anche sotto la vigenza della regola dell'equivalenza, qualche isolata sentenza aveva intuito che questa fosse la strada da intraprendere; ad esempio, la Cassazione aveva ritenuto legittima la modifica verso mansioni le quali, pur non consentendo più l'utilizzo integrale del precedente corredo di esperienza, comportavano la stessa misura di responsabilità, di autonomia, di poteri decisionali e di coinvolgimento nel processo produttivo⁶⁸⁸.

Tuttavia, nonostante qualche tentativo, ora, di accreditare aperture innovative della giurisprudenza in relazione all'equivalenza⁶⁸⁹, in realtà, è noto che non è mai riuscita a farsi strada, tranne isolate eccezioni, un'interpretazione più elastica di tale norma, giacché preesisteva nella giurisprudenza di gran lunga prevalente l'attenzione "spasmodica"⁶⁹⁰ alla conservazione del bagaglio professionale acquisito, sintetizzata nella massima pressoché univoca e tralaticia secondo cui le nuove mansioni dovevano consentire al dipendente di conservare il "patrimonio professionale specifico acquisito"⁶⁹¹.

Di qui la necessità dell'intervento legislativo, peraltro auspicato da molti (come si è già visto, par. 2), fin da un Convegno dell'AIDLISS del lontano 1985 su "Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro", in cui, tra gli specifici punti di sofferenza del rapporto individuale di lavoro, si annoverava anche la rigidità della disciplina del mutamento delle mansioni e se ne auspicava un aggiornamento⁶⁹².

4. Lo scetticismo ingiustificato nei confronti della formazione.

Indispensabile corollario di questa nuova tecnica di tutela è ovviamente l'obbligo di formazione, ora espressamente sancito dal comma 3.

⁶⁸⁷ Per tutti, L. Gallino, *Informatica e qualità del lavoro*, Einaudi, Torino, 1983; A. Baldissera, *Professionalità: un solo termine per molti significati*, in *Studi organizzativi*, 1982, n. 3-4, 191 e ss.

⁶⁸⁸ Cass. 16 giugno 2009, n. 13941, *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 4, 122.

⁶⁸⁹ A. Palladini, op. cit., *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 3; G. Ianniruberto, *Jus variandi orizzontale*, cit., 261.

⁶⁹⁰ Così A. Palladini, cit., 200.

⁶⁹¹ Giurisprudenza costante e straripante; tra le più recenti che ribadiscono l'orientamento rigido, Cass. 4 agosto 2015, n. 17624, *Guida al lav.*, 2014, n. 37, 48; Cass. 3 febbraio 2015, n. 1916, secondo cui le mansioni devono essere aderenti alla competenza professionale specifica acquisita dal dipendente senza che assuma rilievo l'inquadramento formale tra le vecchie e le nuove mansioni. Conformi Cass. 3 marzo 2016, n. 4211, *Guida al lav.*, 2016, n. 14, 28; Cass. 23 maggio 2013, n. 12725, *Guida al lav.*, 2013, n. 26, 33; Cass. 24 giugno 2013, n. 15769, *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 611; Cass. 14 giugno 2013, n. 15010, *Rep. Foro it.*, 2013, *Lavoro (Rapporto)*, n. 892.

⁶⁹² F. Carinci, *Rivoluzione tecnologia e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 228-229.

Finalmente, dunque, il legislatore ha introdotto un diritto alla formazione ad ampio spettro come da tempo si auspicava⁶⁹³, così da coniugare l'ampliamento delle mansioni esigibili con l'accrescimento professionale del lavoratore. Tale previsione era quanto mai opportuna in conseguenza del superamento della concezione statica e conservativa della professionalità, per cui diventava prioritaria l'esigenza per il dipendente di acquisire sempre nuove conoscenze e capacità spendibili nell'organizzazione produttiva. La precedente norma dell'equivalenza, interpretata solo come immutabilità della professionalità acquisita, certo non incentivava o comunque non rispondeva a questa esigenza.

Proprio questo obbligo, tra l'altro, può costituire un fattore tale da indurre il datore di lavoro ad evitare spostamenti del lavoratore verso mansioni notevolmente differenti dalle precedenti per limitare i costi della formazione rappresentati, oltre che dalla formazione vera e propria, anche dal pagamento della retribuzione durante il periodo di formazione in cui il lavoratore non è produttivo o comunque lo è meno rispetto ai normali standards. Sicché esso può fungere da deterrente anche nei confronti dei tanto sbandierati "casi limite" di uso fraudolento della norma da parte dell'imprenditore.

Le posizioni critiche svalutano non condivisibilmente la portata innovativa di questa norma, ritenendola inefficace in considerazione della previsione del comma 3 dell'art. 2103, secondo cui il mancato adempimento di tale obbligo non determina la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni⁶⁹⁴.

Questa lettura è però riduttiva in quanto la suddetta previsione non è idonea a sminuire la portata innovativa della disposizione e la sua effettività. Infatti, anche volendo ricostruire in termini di obbligo quello a carico del datore di lavoro, anziché, come sembra più pertinente, come onere⁶⁹⁵, la "non nullità" dell'atto di assegnazione non fa comunque venir meno la qualificazione in termini di inadempimento dell'omessa formazione da parte del datore di lavoro (il comma 3 recita "... il cui mancato adempimento non determina la nullità ..."); tutt'al più si potrebbe escludere soltanto l'ammissibilità del rifiuto da parte del lavoratore dello svolgimento delle nuove mansioni a fronte della mancata formazione⁶⁹⁶, anche se sarebbe difficile negare la legittimità di questo rifiuto nel caso in cui l'incapacità del lavoratore a svolgere i nuovi compiti, sempre derivante da omessa formazione, costituisca un pericolo per l'integrità fisica sua e degli altri, e quindi possa consentire l'autotutela a fronte di quello che diventerebbe anche un inadempimento all'obbligo di sicurezza ex art. 2087 cod. civ.⁶⁹⁷.

In ogni caso, ciò non significa però che l'incapacità del lavoratore alla esecuzione delle nuove

⁶⁹³ Cfr. C. Pisani, *Formazione professionale "continua", equivalenza delle mansioni, giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, *Mass. giur. lav.*, 2004, 397. Così anche A. Palladini, *La mobilità del lavoro in azienda: recenti tendenze giurisprudenziali e contrattazione di prossimità*, *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 3, 201; V. Dell'Olio, *Nuove forme di lavoro dipendente*, *Mass. giur. lav.*, 1984, 676.

⁶⁹⁴ Cfr. U. Gargiulo, *Lo jus variandi*, cit., 10; M. L. Buconi, *L'obbligo formativo*, AA. VV., *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, 2016, 96; A. Garilli, *La nuova disciplina*, cit., 136; A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 7.

⁶⁹⁵ Per la qualificazione in termini di onere gravante sul datore di lavoro e di obbligo sul lavoratore, C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, op. cit., 145 e ss.; F. Liso, *Brevi osservazioni ...*, cit., 5; E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro ...*, cit., 23.

⁶⁹⁶ Favorevole invece all'esperibilità di un'autotutela incondizionata, M. L. Buconi, *Obbligo formativo*, cit., 97.

⁶⁹⁷ Così anche M. L. Buconi, cit., 97.

mansioni dovuta alla mancata formazione, non possa essere fatta valere come causa di non imputabilità dell'inadempimento perché dovuto ad impossibilità della prestazione derivante, appunto, da causa a lui non imputabile, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.⁶⁹⁸. Pertanto il lavoratore non potrebbe essere sanzionato per l'inesatto adempimento, non rispondendo neppure a titolo risarcitorio per eventuali danni che dovesse arrecare all'imprenditore.

Inoltre, la configurabilità comunque in termini di inadempimento della mancata formazione, comporta che il lavoratore può, in primo luogo, chiedere una pronunzia di condanna del datore di lavoro all'adempimento del suddetto obbligo. È vero che si tratterebbe di condanna ad un fare infungibile; tuttavia, da questa incoercibilità non deriva la inammissibilità della stessa condanna, che conserva una sua utilità sia perché è comunque potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, sia perché è funzionale alla produzione delle ulteriori conseguenze risarcitorie derivanti dalla persistenza e volontà dell'inadempimento posteriore alla condanna⁶⁹⁹.

Soprattutto, rimane esperibile la tutela risarcitoria ogni qual volta l'inadempimento dell'obbligo abbia causato danni al lavoratore⁷⁰⁰. Qui può venire in rilievo la tipologia dei pregiudizi che tipicamente emergevano quando il demansionamento consisteva nell'assegnazione a mansioni non equivalenti, giacché si riproporrebbe una fattispecie analoga nella misura in cui l'omessa formazione dovesse determinare la situazione di una perdita della professionalità pregressa senza acquisizione di una nuova. E se da ciò dovesse scaturire l'inutilizzazione o la forzata inattività del lavoratore, si riaffaccerebbe anche la fattispecie di illecita sottrazione delle mansioni⁷⁰¹.

Pertanto i danni risarcibili, se provati, in questa situazione potrebbero essere alla professionalità, strettamente intesa come perdita del precedente "saper fare" accompagnata dalla mancata acquisizione di una diversa capacità del medesimo valore; ma anche il danno non patrimoniale nelle sue componenti di danno biologico, danno c.d. esistenziale, danno morale soggettivo, e danno biologico⁷⁰².

Sicché, a fronte di tutto questo, nonostante la previsione di legge della non nullità dell'atto di assegnazione, c'è da chiedersi che interesse possa spingere l'imprenditore a mantenere il lavoratore su mansioni che non è in grado di svolgere senza impartirgli la formazione; anzi, l'irrazionalità di una simile scelta potrebbe anche concorrere, come uno dei fatti indizianti, alla configurabilità di una presunzione di motivo illecito.

Oltre al piano delle tutele del lavoratore nei confronti dell'inadempimento, vi è anche una tutela "preventiva" in quanto vi è spazio per un controllo del giudice sulla sussistenza o no dell'obbligo di formazione poiché qui il legislatore è ritornato a far uso della tecnica della norma a precetto generico, prevedendo che la formazione sia dovuta "ove necessario"; e l'"ove sia necessario" lo

⁶⁹⁸ M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, ADL, 2015, 1156; U. Gargiulo, op. cit., 10; M. L. Buconi, op. cit., 102.

⁶⁹⁹ L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, Enc. dir. XXXIX, Milano, 1988, 10967.

⁷⁰⁰ In questo senso, S. Visonà, *Breve cronistoria*, cit., 54; M. L. Buconi, *L'obbligo formativo*, cit., p. 102; U. Gargiulo, op. cit., 10; M. Brollo, op. cit., 86.

⁷⁰¹ C. Pisani, *La nuova disciplina*, cit., 145 e ss.

⁷⁰² Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, *Mass. giur. lav.*, 2009, 49; Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, *ivi*, 2006, 478; Cass. Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, *Foro it.*, 2014, I, 719; Cass. 7 giugno 2011, n. 12408, *ivi*, I, 2274; Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585, *ivi*, I, 3433.

decide, *ex ante*, il datore di lavoro e, *ex post*, appunto, il giudice; il che avrebbe dovuto tranquillizzare gli appassionati, o nostalgici, di questa tecnica⁷⁰³.

La suddetta previsione potrebbe infatti diventare centrale nell'equilibrio complessivo della nuova disciplina della mobilità orizzontale, se si tiene conto che la novità di maggior rilievo al riguardo, consistente nella possibilità di adibire il lavoratore a mansioni per le quali egli non utilizzi il patrimonio professionale pregresso, presuppone inevitabilmente che egli acquisisca un diverso "saper fare" mediante formazione. Sicché, definire l'ambito del controllo giudiziario sulla necessità o no della formazione, potrebbe incidere in misura notevole sull'efficienza applicativa al comma 1.

Se è vero che il giudice può sindacare sulla sussistenza o no dell'obbligo della formazione, tuttavia, tranne nei casi di evidente diversità tra le mansioni, nelle altre situazioni questo accertamento mal si presta ad essere condotto in un'aula giudiziaria, con i consueti strumenti della prova testimoniale ovvero di una eventuale consulenza tecnica.

L'unica soluzione è rappresentata dalla contrattazione collettiva che anche su questo aspetto è auspicabile offra un contributo importante alla certezza del diritto, ad esempio individuando, nell'ambito di possibili percorsi di mobilità tra le diverse mansioni, ovviamente all'interno di ciascun livello (e categoria), gli spostamenti per i quali occorra o no la formazione. Il giudice dovrebbe poi essere rispettoso di queste valutazioni dell'autonomia collettiva, anche se in teoria per lui non vincolanti poiché potrebbe applicare direttamente la norma di legge dell' "ove necessario".

Aspetto ancora più delicato è quello dell'ammissibilità o no del controllo giudiziale sull'acquisibilità da parte del lavoratore della nuova professionalità nonostante una formazione adeguata, a causa delle carenze della preparazione di base del lavoratore o delle sue capacità potenziali. Anche qui risulterebbe difficilmente comprensibile l'interesse dell'imprenditore ad attuare un simile spostamento per il quale egli è consapevole *ex ante* che il lavoratore non sarà mai in grado di svolgere adeguatamente le nuove mansioni nonostante la formazione. Sicché questo tipo di controllo appare più che altro limitato a smascherare e contrastare gli spostamenti fraudolenti attuati al solo fine di mettere in difficoltà il dipendente. Però occorre molta prudenza, perché un uso improprio di questo accertamento giudiziale potrebbe rischiare di depotenziare notevolmente la novità introdotta dal comma 1, in quanto, se il giudice dovesse ritenere neppure acquisibile la nuova professionalità del dipendente, il mutamento di mansioni non sarebbe consentito. In tal caso, infatti, non troverebbe applicazione la disposizione della non nullità dell'atto di assegnazione, in quanto questa si riferisce alle diverse fattispecie in cui l'adempimento dell'obbligo sia possibile venendo altrimenti meno l'oggetto dell'obbligazione stessa. Pertanto, a prescindere dai "casi limite" dettati da motivo illecito da parte del datore di lavoro, appare più ragionevole ritenere che il controllo del giudice sia limitato all'accertamento dell'adempimento secondo buona fede e correttezza dell'obbligo di formazione da parte del datore di lavoro e del corrispondente onere di cooperazione creditoria da parte del lavoratore, o viceversa, se si ritiene che sul lavoratore gravi l'obbligo della formazione e sul datore il relativo onere⁷⁰⁴.

Nel caso in cui la formazione risulti adeguata e il lavoratore, nonostante gli sforzi profusi, non

⁷⁰³ Per questo motivo non appare condivisibile quanto sostiene A. Garilli, *La nuova disciplina*, cit., 136, secondo cui, l' "ove necessario" lascerebbe "ampi spazi di discrezionalità difficilmente sindacabili in sede giudiziaria".

⁷⁰⁴ Così, C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., 145 e ss.

riesca proprio a conseguire l'obiettivo formativo, pur ragionevole rispetto alla sua preparazione di base e alle sue capacità potenziali, a prescindere dall'annoso problema se si possa configurare ugualmente un inadempimento pur in assenza di "colpa" del debitore – perché nella specie il lavoratore avrebbe usato la diligenza necessaria⁷⁰⁵ – si potrebbero ipotizzare gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per inidoneità professionale sopravvenuta⁷⁰⁶.

Come si può notare, quella del comma 3 è norma ricca di implicazioni, erroneamente e sbrigativamente sottovalutata dai nostalgici dell'equivalenza.

5. La valenza di norma anti incertezza del comma 1 ignorata dai critici.

Sorprende altresì che le posizioni critiche trascurino di considerare l'altra importante finalità insita in questa nuova tecnica normativa del comma 1, ravvisabile nell'intento di ridurre il tasso di incertezza in una materia così cruciale per l'organizzazione produttiva, mediante la sostituzione di una norma legale a precetto generico, quale era l'equivalenza delle mansioni, con un criterio più certo quale è il livello di inquadramento a parità di categoria legale.⁷⁰⁷ E tanto più sorprende che tali critiche siano state avanzate anche da chi ha portato avanti la "giusta battaglia" per una maggiore certezza nel diritto del lavoro⁷⁰⁸.

È noto infatti che, proprio a causa dell'indeterminatezza del precetto legale dell'equivalenza, aveva trovato largo spazio in materia l'elaborazione giurisprudenziale, con il conseguente inevitabile soggettivismo giudiziario nella decisione del caso concreto; problema, questo, comune a tutte le norme inderogabili a precetto generico.

Non convince al riguardo l'obiezione secondo cui sotto la vecchia norma l'orientamento giurisprudenziale si era comunque stabilizzato, pur nella sua rigidità interpretativa, relativamente al requisito della conservazione della professionalità acquisita. Infatti, ciò era vero in astratto, ma poi, calando nel singolo caso concreto la suddetta tralattricia massima, iniziavano le incertezze in quanto il giudice doveva accertare, in modo inevitabilmente avulso dallo specifico contesto produttivo: in che consisteva il bagaglio professionale acquisito dal lavoratore; se in esso rientravano o no, ad esempio, elementi riguardanti più specificamente la posizione raggiunta⁷⁰⁹; quali erano i connotati di professionalità delle nuove mansioni; se il loro svolgimento consentiva o no di conservare o, secondo alcuni, addirittura di accrescere, la professionalità acquisita, ecc. Oltretutto questo accertamento giudiziale diveniva sempre più difficoltoso ed incerto al cospetto di contesti

⁷⁰⁵ Il che presuppone qualificare l'obbligazione in esame come di "mezzi": cfr. Cass. 28 febbraio 2014, n. 4876, ined.; Cass. 5 agosto 2013, n. 18612, *Rep. Foro it.*, 2013, *Professioni intellettuali*, n. 171; in dottrina, da ultimo, cfr. M. Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012; P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2015.

⁷⁰⁶ Cfr. Cass. 6 aprile 1999, n. 3314, *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 843, in un caso in cui il dipendente non era riuscito ad adeguarsi all'informizzazione aziendale.

⁷⁰⁷ Giustamente mette in evidenza questo aspetto, F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., 7, il quale afferma che con il comma 1 si realizza una "semplificazione della gestione aziendale, perché si crea un quadro idoneo a conferire maggiore certezza alle decisioni assunte dal datore di lavoro". S. Bini, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni*, *Arg. dir. lav.*, 2015, 1248.

⁷⁰⁸ In precedenza e ripetutamente, A. Vallebona, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, oppure in *Norme inderogabili e certezza del diritto*, oppure in *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, ora tutti in *Lavoro e Spirito*, Torino, 2011, rispettivamente, 263, 205, 241.

⁷⁰⁹ Per le differenti interpretazioni giurisprudenziali, sia consentito il rinvio a C. Pisani, *La nuova disciplina ...*, cit., 15 e ss. Cfr. A. Garilli, *La nuova disciplina*, cit., 131, secondo cui il principio di equivalenza così interpretato "ha creato dubbi e difficoltà applicative".

produttivi ormai caratterizzati sempre meno da una tendenziale staticità di mansioni e mestieri, per essere invece investiti da continui processi di ristrutturazione e riprogettazione dovuti all'introduzione di tecnologie sempre nuove.

Con la nuova norma, invece, viene cancellata una simile incertezza giacché il datore di lavoro deve soltanto verificare se le mansioni a cui intende spostare il lavoratore siano previste nello stesso livello delle precedenti e non siano di una differente categoria legale. Una volta svolta questa verifica egli dovrà unicamente valutare se per svolgere le nuove mansioni occorra impartire la formazione al lavoratore. Il passo avanti, dunque, in termini di certezza è indubitabile poiché "deve escludersi un'ingerenza dei giudici nelle scelte contrattuali"⁷¹⁰.

Non bisogna neppure dimenticare che l'incertezza delle regole, oltre a non assicurare approdi giurisprudenziali affidabili e con essi un trattamento tra i destinatari della risposta giudiziaria rispettoso del disposto dell'art. 3 Cost.⁷¹¹, è ritenuta uno dei fattori maggiormente disincentivanti della propensione all'assunzione da parte dei datori di lavoro; per questo motivo l'acquisizione di maggior certezza svolge un ruolo centrale nella legislazione del Jobs Act, nella misura in cui questa è diretta a "rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione" (art. 1, comma 7, legge delega n. 183/2014)⁷¹².

È infatti indubitabile che, accanto al reperimento delle risorse per interventi di natura economica, le riforme, per essere efficaci in tal senso, devono essere in grado di introiettare nel sistema dosi massicce di stabilità e certezze richieste dagli investitori, come bene esprime la nota battuta di un imprenditore: "una volta nella mia fabbrica c'erano ingegneri, oggi solo avvocati".

La mutata tecnica normativa in *subjecta* materia, che ha abbandonato il precedente modello della norma a precetto generico, dovrebbe essere salutata con approvazione anche su di un piano più teorico, considerato la rinnovata attenzione negli ultimi anni, anche con riguardo al diritto del lavoro, al delicato problema della "neutralità" dell'attività interpretativa al cospetto delle norme a struttura "vaga"⁷¹³ che possano risultare terreno privilegiato per un accentuato soggettivismo giudiziario⁷¹⁴.

6. Le interpretatio abrogans: il recupero surrettizio dell'equivalenza e l'introduzione di una giustificazione obiettiva.

Tra le "tecniche" evocate per conseguire sostanzialmente l'obiettivo del ritorno all'equivalenza delle mansioni, vi è quella di utilizzare le clausole generali di buona fede e correttezza al fine di

⁷¹⁰ La norma, infatti, "esprime con chiarezza l'intendimento di devolvere in toto la mobilità orizzontale (e quindi la valutazione della professionalità) all'autonomia collettiva": così, A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., 136; conforme V. Nuzzo, *Il nuovo art. 2103*, cit., 1051; F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit. 5.

⁷¹¹ Così, G. Vidiri, *Il contratto a termine: l'eterna ricerca della flessibilità in entrata*, *Mass. giur. lav.*, 2014, 87. Riesce difficile per l'avvocato spiegare al proprio assistito perché una medesima causa si può vincere o perdere a seconda del giudice o del collegio; e ciò anche presso la Suprema Corte, con conseguente depotenziamento della sua funzione nomofilattica. G. Vidiri, op. cit., nota 4, pone l'accento su di una giurisprudenza non di rado anarchica e creativa e talvolta ideologicamente condizionata.

⁷¹² A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, 129; D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 853.

⁷¹³ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

⁷¹⁴ M. Libertini, *Clausole generali norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 345 e ss.; V. Velluzzi, *Le clausole generali*, Milano, 2010.

consentire nuovamente al giudice di accertare se le nuove mansioni a cui è adibito il lavoratore a mansioni, pur collocate nello stesso livello del contratto collettivo e categoria delle precedenti, siano omogenee alle competenze professionali acquisite dal lavoratore⁷¹⁵.

Come si può notare si tratta di una non condivisibile *interpretatio abrogans* del comma 1 nel tentativo di far rivivere la norma dell'equivalenza che il legislatore ha inteso chiaramente superare.

Infatti, l'obbligo (di non fare) di non adibire a mansioni non equivalenti il lavoratore non esiste più per inequivoca volontà del legislatore⁷¹⁶; esso, quindi, non può essere reintrodotta mediante la buona fede e correttezza. E di ciò dovrebbero farsene una ragione i critici della norma.

Altrimenti, attraverso un simile uso dei canoni di buona fede e correttezza, si arriverebbe ad reintrodurre un limite "esterno" al potere non previsto dalla legge consistente nella necessaria e dimostrabile coerenza professionale delle nuove mansioni rispetto alle precedenti.

Su di un piano più generale, ciò sarebbe in contrasto con il principio del nostro sistema lavoristico, ribadito più volte nella Corte Costituzionale, secondo cui, per introdurre limiti e vincoli alla disciplina legale dei poteri datoriali, occorrono specifici interventi della legge e dell'autonomia collettiva⁷¹⁷.

Va altresì ricordato l'orientamento della Cassazione che esclude la possibilità che gli art. 1175 e 1375 cod. civ. possano creare obbligazioni autonome, ritenendoli invece rilevanti solo per la verifica del puntuale adempimento di obblighi preesistenti⁷¹⁸. E qui, come si è detto, non esiste più l'obbligo di non adibire il lavoratore a mansioni non equivalenti bensì quello, differente, di non adibirlo a mansioni non riconducibili al medesimo livello e categoria delle precedenti.

È bene, dunque, far professione di maggior cautela prima di sostenere che i principi di buona fede e correttezza siano la fonte di nuovi obblighi, finendo così per assolvere la funzione impropria di strumenti generali di controllo dei poteri del datore in riferimento a quegli ambiti del loro esercizio che la legge e il contratto hanno inteso lasciare volutamente non vincolati⁷¹⁹.

Oltretutto qui il controllo si estenderebbe anche alla scelta dell'autonomia collettiva di inserire quelle mansioni a cui è adibito il lavoratore nello stesso livello in cui erano inquadrati le mansioni

⁷¹⁵ E. Balletti, *I poteri del datore*, cit., 53-54, secondo cui la delimitazione dello *jus variandi* è configurabile, secondo buona fede e correttezza, in ragione delle reali competenze ed esperienze professionali del lavoratore; D. De Feo, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, cit., 863-864.

⁷¹⁶ A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., 136.

⁷¹⁷ A. Vallebona, *Filosofia della Corte Costituzionale in materia di lavoro*, Riv. it. dir. lav., I, 1992, 275; Cfr. ad es., Corte Cost., 14 gennaio 1986, n. 2, *Foro it.*, 1986, Parte II, 1184; Corte Cost., 25 maggio 1989, n. 427, *ivi*, 1989, I, 2685.

⁷¹⁸ Cfr. tra le tante Cass. 28 marzo 2011, n. 7037, *Guida al lav.*, e Cass. 21 gennaio 2007, n. 1333, *ivi*, 2007, 40, secondo cui "nel rapporto di lavoro i principi di correttezza e buona fede rilevano, come norme di relazione con funzioni di fonti integrative del contratto solo ove ineriscano a comportamenti ritenuti in relazione ad obblighi imposti al datore di lavoro dalla legge o dal contratto collettivo". Conformi Cass. 3 febbraio 1994, n. 1091, in *DPL*, n. 94, 1252; Cass. 1° dicembre 1994, n. 10282, *Mass. giur. lav.*, 1994, 686; Cass. S. U., 29 maggio 1993, n. 6030, cit.; Cass. 19 ottobre 1990, n. 10178, *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 750; Cass. 10 agosto 1987, n. 6864, *Foro it.*, 1987, I, 2987; Cass. 4 aprile 1986, n. 2358, *GC*, *Mass.* 1986, 650; Cass. 7 febbraio 1985, n. 986, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Lavoro (Rapporto)*, 859; Cass. 21 novembre 1983, n. 6933, *Foro it.*, 84 I, 456; Cass. 5 ottobre 1980, n. 5610, *AG*, 1981, 133; Cass. 20 luglio 1977, n. 3250; Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, *Foro it.*, 63, I, 1769.

⁷¹⁹ Sia consentito rinviare a C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1986, 81 e ss e *ivi* ulteriore bibliografia; G. Vidiri, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro nelle relazioni sindacali*, *Mass. giur. lav.*, 2014, 632 e ss.

cui era precedentemente assegnato. Ma, come si è visto (par. 2), sarebbe poco coerente sostenere la sindacabilità da parte del giudice delle previsioni del contratto collettivo solo in questa materia⁷²⁰; tant'è vero che la Cassazione, in relazione alla analoga norma dell'art. 52 d. lgs. n. 165/01, ha escluso un'ingerenza dei giudici sulle scelte contrattuali⁷²¹.

La forzatura interpretativa qui criticata non può essere giustificata neppure dall'obiettivo di contrastare i "casi limite" di fraudolento esercizio dello *jus variandi*, tesi a mettere in difficoltà il lavoratore assegnandolo a mansioni totalmente differenti rispetto alle precedenti. Un'innovazione di questa portata di tecnica normativa non può essere bocciata enfatizzando la sua possibile applicazione patologica sul presupposto di condotte fraudolente e irragionevoli del datore di lavoro, anche perché si dovrebbe presumere l'opposto e cioè che l'imprenditore agisca in base a logiche razionali di efficienza produttiva, cui è funzionale il miglior impiego del lavoratore⁷²².

Si è visto (par. 4) come queste eventuali condotte patologiche trovino già un deterrente con la corretta applicazione dell'obbligo di formazione. Inoltre questi casi sono destinati a diventare progressivamente più marginali man mano che l'autonomia collettiva interverrà con gli opportuni aggiustamenti sugli attuali sistemi di inquadramento.

In ogni caso, i "casi limite" possono essere risolti con i rimedi del motivo illecito, del divieto degli atti discriminatori, della frode alla legge o abuso del diritto, la cui prova da parte del lavoratore può essere agevolata anche mediante l'uso delle presunzioni semplici ex art. 2729 cod. civ.

Tra i critici della disposizione vi è inoltre chi, allo scopo di evitare asseriti problemi di incostituzionalità, vuoi per violazione degli artt. 2, 3, 4, 35 Cost., vuoi per eccesso di delega⁷²³, ha proposto un'interpretazione creativa, ovvero *abrogans*, della norma, che sarebbe l'unica coerente con la legge delega⁷²⁴. Si è così sostenuto che, avendo la legge delega condizionato la revisione della disciplina delle mansioni ad esigenze aziendali (processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale), nonché a determinati interessi tipizzati del lavoratore (tutela del posto di lavoro, della professionalità, condizioni di vita od economiche), lo *jus variandi* di cui al comma 1 dovrebbe essere letto introducendo, a dispetto del suo tenore letterale, ulteriori limiti asseritamente coerenti con la legge delega, e cioè l'indispensabile e dimostrabile coerenza con processi di risistemazione dell'organizzazione aziendale,⁷²⁵ oppure, o in aggiunta, la coerenza delle nuove mansioni con la professionalità pregressa⁷²⁶.

In questo modo, è stato ammesso, se non altro chiaramente, che "viene restituito al giudice ciò che in qualche modo «si intendeva» sottrarre, ossia la possibilità di verificare l'equivalenza

⁷²⁰ A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, op. cit., 136.

⁷²¹ Cfr. su queste nozioni, C. Pisani, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 127 e ss.

⁷²² S. Visonà, *La nuova disciplina*, cit., 56.

⁷²³ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 262; D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 863.

⁷²⁴ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 262; G. Franza, *Prime considerazioni*, cit., 655, V. Ferrante, *Nuova disciplina*, cit., 38.

⁷²⁵ G. Franza, *Prime considerazioni*, cit., 655; D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 863.

⁷²⁶ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 262.

quando la contrattazione collettiva non dovesse essere concretamente rispettosa di questi valori⁷²⁷. Il problema sta proprio in quel «si intendeva», che è la volontà del legislatore di cui, in teoria, l'interprete dovrebbe tener conto⁷²⁸.

Ma, si deve ribadire che lo *jus variandi*, una volta che sia rispettoso, prima, della regola dell'equivalenza, ed ora, del medesimo livello e categoria, deve considerarsi un potere "libero" o "non vincolato", sottratto in quanto tale al controllo giudiziale, tranne nei soliti casi di motivo illecito, atti discriminatori, frode alla legge o abuso del diritto. Ciò in quanto "è da escludere ogni possibilità di valutazione in ordine alla bontà del giudizio tecnico, alla sua congruità rispetto al fine conseguito, alla sua preferibilità o meno rispetto ad altre, alternative soluzioni"⁷²⁹.

Lo *jus variandi* doveva essere vincolato ad una giustificazione obiettiva solo nel testo dell'art. 2103 cod. civ., *ante* Statuto dei lavoratori, in cui la norma faceva espresso riferimento appunto alle "esigenze delle imprese" quale criterio di giustificazione del mutamento delle mansioni⁷³⁰. Se nonch  di questo elemento costitutivo della fattispecie non   rimasta traccia n  nell'art. 2103 novellato dall'art. 13 Stat. lav. n  nell'odierno testo; ed anzi la previsione in quest'ultimo di un analogo limite al comma 2 a proposito dello *jus variandi in peius*, conferma che il legislatore, quando ha voluto condizionare ad una giustificazione obiettiva l'esercizio di tale potere, ha provveduto a sancirlo espressamente, come peraltro anche nel trasferimento.

Le esigenze organizzative sottese a tale potere si identificano, dunque, con il "motivo" dell'atto, come tali irrilevanti, con conseguente loro impenetrabilit  ed insindacabilit ⁷³¹. Altrimenti il datore di lavoro si vedrebbe sempre costretto, innanzitutto, ad esternare i motivi posti a base dell'atto di esercizio del potere; inoltre, questi motivi sarebbero oggetto del controllo giudiziario afferente, non solo la loro effettiva sussistenza, ivi compreso il nesso causale con la decisione adottata, ma anche la loro "coerenza" rispetto alle finalit  per le quali il potere   riconosciuto. In pratica, pur volendo escludere che si arriverebbe al controllo sul "merito" della decisione imprenditoriale (ma il confine, come si sa,   labile), ci  comporterebbe l'accertamento giudiziale dell'esigenza obiettiva dell'impresa e la rispondenza e congruit  della decisione ad una delle possibili e ragionevoli scelte gestionali. Tutto ci  si risolverebbe, in sostanza, nel reintrodurre una giustificazione obiettiva allo *jus variandi*, cos  come potrebbe avvenire anche per gli altri poteri "liberi" del datore del lavoro come ad es., il potere direttivo, l'attribuzione di superminimi, le promozioni, il licenziamento *ad nutum*. E cos  si tornerebbe indietro agli anni novanta del secolo scorso, con una sorta di riedizione della tesi della c.d. parit  di trattamento⁷³².

⁷²⁷ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 262.

⁷²⁸ A proposito dell'uso sovrabbondante della tecnica dell'interpretazione costituzionalmente orientata, si   evidenziato che in tal modo essa finisca con l'avallare un soggettivismo avulso dalla mediazione praticata dal legislatore, "magari servente al mero contrasto con un dettato normativo sgradito, ma del tutto inequivoco: cfr. M. Magnani, *Il giudice e la legge*, op. cit., 778, che riporta la medesima opinione di R. De Luca Tamajo e L. Montuschi: diviene cos  "maggiormente concreto il pericolo di attivit  ermeneutiche volto attraverso il richiamo ad «interpretazioni costituzionalmente orientate», a sottendere «interpretazioni ideologicamente orientate»: cos , G. Vidiri, *Clausole generali e certezza del diritto*, cit., 642.

⁷²⁹ G. Giugni, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 321.

⁷³⁰ G. Giugni, *Mansioni e qualifiche*, cit., 287 e ss.

⁷³¹ G. Giugni, *Mansioni e qualifiche*, iEnc. Dir., voce, XXV, Milano, 1975, 556; M. Persiani, *Prime osservazioni sulla disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, Dir. lav., 1971, I, 18.

⁷³² C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli Editore, Milano, 1996.

Queste conseguenze, da un lato, non appaiono coerenti con la scelta, connessa al riconoscimento dell'iniziativa economica privata, di salvaguardare margini dell'esercizio discrezionale delle decisioni del datore di lavoro sottratte a forme di sindacato giudiziarie; scelta cristallizzata in norma dall'art. 30 comma 1, Legge 103/2010; dall'altro lato, renderebbe evidentemente superflua l'espressa previsione di quei vincoli, svuotando così in gran parte il significato evolutivo assegnato alla legislazione lavoristica e alla contrattazione collettiva, appunto diretto a limitare poteri altrimenti liberi⁷³³.

7. Il superamento del problema dell'eccesso di delega.

Se l'obiettivo di alcune delle suddette interpretazioni abrogative/creative è effettivamente quello di "salvare" il comma 1 da possibili censure di eccesso di delega⁷³⁴, sono prospettabili altre soluzioni più coerenti con il testo e la *ratio* della disposizione.

Indubbiamente nella legge delega non è espressamente sancito un principio o un criterio direttivo che autorizzi il legislatore delegato a modificare il precedente limite alle mansioni esigibili in via ordinaria costituito dall'equivalenza⁷³⁵.

Infatti, la prima parte della lett. e) del comma 7, art. 1 della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, riguarda, sì, la revisione della disciplina delle mansioni, però con riferimento a processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, individuati sulla base di parametri oggettivi, oltretutto 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 anche limiti alla modifica dell'inquadramento.

Tutti questi criteri sono stati coerentemente seguiti dal d. lgs. n. 81/2015: nel comma 2, con la fattispecie dell'assegnazione a mansioni di un solo livello inferiore giustificate da modifiche degli assetti organizzativi aziendali che abbiano "inciso" sulla posizione del lavoratore; nel comma 6, con la fattispecie del demansionamento anche di più livelli e di categoria legale inferiore ma sempre per ragioni oggettivamente individuate per evitare il licenziamento, oppure nell'interesse del lavoratore all'acquisizione di diversa professionalità o miglioramento delle condizioni di vita⁷³⁶.

Non sembra, però, che in tali criteri possa rientrare il comma 1 del nuovo art. 2103 cod. civ., perché, come si è visto (par. 6) i mutamenti ivi presi in considerazione non presuppongono una giustificazione obiettiva dovuta ad esigenze aziendali o a particolari interessi del lavoratore, come invece prevede la prima parte della lett. e).

Vi è tuttavia la seconda parte della lett. e) dell'art. 7, comma 1, della legge delega, in cui è espresso il criterio direttivo di prevedere che la contrattazione collettiva possa individuare "ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera". Qui, a differenza della prima parte della lettera e), non viene ribadita la necessità della giustificazione del mutamento delle mansioni; né

⁷³³ Cfr. G. Ferraro, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, DLM, 2009, 175; A. Vallebona, *Filosofia della Corte Costituzionale in materia di lavoro*, cit., 284; O. Mazzotta, *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, Riv. it. dir. lav., 1987, I, 216; U. Natoli, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.

⁷³⁴ G. Ianniruberto, *Jus variandi orizzontale*, cit., 260 e ss.

⁷³⁵ Cfr. L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni e i suoi (difficilissimi) rapporti con la legge delega*, Foro it., 2015, V, 434.

⁷³⁶ Sia consentito, per tutti questi aspetti, rinviare a C. Pisani, *La nuova disciplina ...*, cit., 69 e ss.

tale vincolo può essere desunto implicitamente in quanto il secondo periodo è chiaro nel prevedere che si tratta di “ulteriori ipotesi” rispetto all'altra, disposta “ai sensi della presente lettera”, che invece richiede alcune giustificazioni.

Il decreto legislativo ha dato seguito anche a questa direttiva con la previsione del comma 4 del nuovo art. 2103 cod. civ., in cui appunto si abilita il contratto collettivo a prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori, sempre con il limite della immutabilità della categoria, ma, a differenza della fattispecie di cui al comma 2, senza la necessaria giustificazione dettata da esigenze aziendali.

Anche la fattispecie di cui al comma 1, può rientrare in questa seconda parte della lett. e) della legge delega, in quanto l'unica che non prevede la necessaria giustificazione del mutamento delle mansioni, ma soltanto la previsione da parte dell'autonomia collettiva. E, indubbiamente, qui la norma fa riferimento ad un istituto previsto dal contratto collettivo, qual è quello del sistema di inquadramento.

Resta, è vero, una certa distonia letterale tra il criterio della seconda parte della lett. e), che sembra far riferimento a specifiche ipotesi aggiuntive di mutamento delle mansioni e la norma di cui al comma 1, che invece si atteggia a norma generale di esigibilità ordinaria delle mansioni, come in precedenza lo era la regola dell'equivalenza, tendenzialmente diretta, quindi, a regolare tutte le modifiche orizzontali.

Questo ostacolo, però, può essere superato facendo doveroso ricorso alle (e valorizzando le) finalità della legge delega, che appaiono molto più rilevanti rispetto a qualche imprecisione del testo della norma. Al riguardo, infatti, la Consulta afferma che, nell'interpretare la norma delegata nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega, si deve tener conto del complessivo contenuto normativo nel quale si inseriscono la legge delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, che costituiscono, non solo la base e il limite delle norme delegate, ma anche gli strumenti per l'interpretazione della loro portata. Afferma la Corte Costituzionale che la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato; questa può essere più o meno ampia, “ma per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia stata con essa coerente”⁷³⁷.

Applicando questi principi al nostro caso, riemerge prepotentemente la finalità fondamentale del comma 7, dell'art. 1 della legge delega, espressa chiaramente nella frase di esordio che, non a caso, inizia con “Allo scopo”, di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”; questa finalità viene ribadita anche in relazione all'altro “scopo” ivi enunciato, e cioè quello di “riordinare i contratti di lavoro”, al fine, appunto, anche qui, di renderli “coerenti con l'attuale contesto occupazionale”; sempre a questo scopo, recita la frase iniziale, il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti di cui uno recante un testo “organico semplificato”, non solo delle discipline delle tipologie contrattuali, ma anche “dei rapporti di lavoro”; quindi la “semplificazione” deve riguardare non solo le tipologie contrattuali, ma anche più genericamente, la disciplina dei rapporti di lavoro.

⁷³⁷ Tra le altre, Corte Cost. 4 giugno 2014, n. 153, *Mass. giur. lav.*, 2015, 2015; Corte Cost. 9 luglio 2013, n. 184, *Foro it.*, Rep. 2013, voce Fallimento, 219.

Dalla legge delega, si ricava, dunque, che la sua finalità ultima, e cioè la lotta alla disoccupazione, va perseguita, come si è visto (par. 5), anche riducendo il livello di incertezza che permea alcuni istituti cardine del rapporto di lavoro.

Pertanto il comma 1 del nuovo art. 2103 cod. civ. può ritenersi conforme alla finalità “anti incertezza” che ha ispirato la legge delega⁷³⁸, avendo realizzato una semplificazione della gestione aziendale mediante una maggiore certezza *ex ante* delle decisioni assunte dal datore di lavoro in ordine al mutamento “orizzontale” delle mansioni, e quindi in relazione alla flessibilità endoaziendale (par 5).

In relazione al paventato problema dell'eccesso di delega vi è un altro importante aspetto da considerare. Invero, quanto sopra esposto si basa sul presupposto che anche la norma in esame rientri in quella “revisione” della disciplina delle mansioni alla cui modifica è stato delegato il Governo nei casi previsti dalla prima parte della suddetta lett. e) del comma 7, art. 1, della legge delega.

Senonché questo presupposto non è così scontato come potrebbe sembrare a prima vista, e la cui messa in discussione escluderebbe in radice ogni questione di eccesso di delega, proprio perché l'ultima parte del comma 1, del nuovo art. 2103 cod. civ., non integrerebbe gli estremi della “revisione” della precedente disciplina delle mansioni.

Questa affermazione potrebbe apparire in contraddizione con quanto affermato in precedenza sulla “novità” dell'abolizione della regola dell'equivalenza. Ma non bisogna dimenticare che la “novità”, indiscutibile, è solo rispetto ad una determinata interpretazione giurisprudenziale di tale regola; vale a dire quella che non riteneva equivalenti tutte le mansioni inquadrare nello stesso livello perché reputava che la norma tutelasse solo la professionalità acquisita dal lavoratore; interpretazione consolidata, è vero, ma pur sempre interpretazione, neppure assurda a rango del c.d. “diritto vivente”, considerati gli orientamenti minoritari che invece adottavano una concezione più flessibile di professionalità⁷³⁹.

Anche in precedenza, infatti, non vi erano ostacoli, né testuali né di *ratio*, che impedissero di ricavare in via interpretativa dalla norma dell'equivalenza il significato fatto proprio dal legislatore nel nuovo testo del comma 1, e cioè la legittimità degli spostamenti nelle mansioni inquadrare nello stesso livello⁷⁴⁰. Sicché, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario non era un dogma immutabile; anzi, anche se la norma fosse rimasta la medesima, era previsione ragionevole che quell'orientamento sarebbe stato destinato ad aprirsi a letture maggiormente flessibili, come peraltro confermano anche le prime sentenze successive all'entrata in vigore della nuova disciplina, le quali, pur pronunciandosi sulla regola dell'equivalenza, hanno optato già per una sua interpretazione evolutiva coerente con il nuovo art. 2103, comma 1, cod. civ.⁷⁴¹.

Del resto è tipico delle norme a precetto generico essere suscettibili di assumere più d'un significato compatibile con il tenore letterale.

⁷³⁸ Ritene superabile ogni dubbio di violazione dell'art. 76 Cost., anche G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 472.

⁷³⁹ Cfr., ad es., Cass. 24 novembre 2015, n. 23945, ined. a quanto consta; Cass. 16 giugno 2009, n. 13941, *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 4, 122; Cass. 23 maggio 2013, n. 12725, *Guida al lav.*, 2013, n. 26, 33; Cass. 22 maggio 2014, n. 11395, *ivi*, 2014, n. 29, 31.

⁷⁴⁰ Per questa interpretazione sia consentito richiamare quanto da me scritto in *La modificazione delle mansioni*, op. cit., 130 e ss.

⁷⁴¹ Cass. 24 novembre 2015, n. 23945, cit.; Trib. Ravenna, 22 settembre 2015, Est. Rivero, - P. G. c. H. S. P. A., *Mass. giur. lav.*, 2016, 163.

Anche l'obbligo di formazione, ora espressamente introdotto dal comma 3, poteva essere ricavabile in via interpretativa dalla precedente norma; anche in precedenza, infatti, se il datore di lavoro intendeva esercitare legittimamente il potere di assegnare il lavoratore a mansioni inquadrate nel medesimo livello, ma per le quali il dipendente non era professionalmente idoneo, sarebbe stato suo preciso onere, appunto per esercitare legittimamente lo *jus variandi*, provvedere alla formazione, così come sarebbe stato obbligo del lavoratore quello di "formarsi" diligentemente⁷⁴².

⁷⁴² Cfr. C. Pisani, *La nuova disciplina ...*, cit., 24.

Tornando sul *Welfare**

Roberto Pessi

1. Premessa.	223
2. Livelli essenziali delle prestazioni e solidarietà intergenerazionale.	223
3. Proporzionalità, sufficienza e adeguatezza.	223
4. L'interesse pubblico alla soddisfazione del bisogno.	224
5. La tensione tra merito e solidarietà.	224
6. L'adeguatezza pensionistica.	225
7. La questione della solidarietà intergenerazionale.	226
8. Ripensare il sistema del Welfare.	226
9. Ipotesi di modifica integrale dell'assetto costituzionale.	227
10. Welfare occupazionale e Welfare universalistico.	228
11. Crisi strutturale, debito pubblico e prelievo fiscale.	228
12. Sulla possibile obbligatorietà della previdenza complementare.	228
13. Previdenza familiare e crisi demografica.	229
14. Sulla necessità di una rimodulazione del Welfare.	229

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 311/2016

1. Premessa.

Il presente contributo è destinato alla Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale. Ne anticipo, tuttavia, alcuni passaggi in WP CSDLE "Massimo D'Antona, stante la crucialità e l'attualità del tema, sperando che altri colleghi vogliano partecipare con rapidità al dibattito in vista degli interventi legislativi annunciati e delle prossime pronunzie della Corte Costituzionale.

Nel farlo sono cosciente dell'avvertimento di Maurizio Cinelli, che segnala come «ragionare sull'effettività delle tutele sociali» comporti «un impegno improbo, se non disperante»⁷⁴³.

Ma sono anche confortato dal suo richiamo alla percorribilità, se si assumono come prospettiva di verifica dell'effettività dei diritti sociali i seguenti profili di analisi: la concreta esigibilità, il *quantum* dell'oggetto del diritto, la stabilità nel tempo, i destinatari attuali e potenziali, gli strumenti approntati per la loro realizzazione.

2. Livelli essenziali delle prestazioni e solidarietà intergenerazionale.

Lo stimolo a tornare sul tema è offerto da un recentissimo contributo di Mattia Persiani, «Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale», dedicato in particolare a puntualizzare il quadro sistemico, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 70 del 2015⁷⁴⁴.

Il centro del ragionamento di Persiani è il primo comma dell'art.1 del d.l. n. 65 del 2015, che motiva il ripristino di un regime perequativo, analogo a quello che era stato previsto dalla legge n. 488 del 1998 (ovvero di un modello di riduzione della perequazione inversamente proporzionale all'ammontare delle pensioni), con il "rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio" e con la necessità di assicurare "la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale". Ecco, allora, per Persiani, la necessità di concentrare l'attenzione sul riferimento ai «livelli essenziali delle prestazioni» e «soprattutto, alla necessaria salvaguardia della solidarietà intergenerazionale», di per sé esaustivo per la conferma della legittimità costituzionale di un intervento riduttivo, anche permanente, della perequazione, inversamente proporzionale all'ammontare delle pensioni.

3. Proporzionalità, sufficienza e adeguatezza.

A Persiani, del resto, preme soprattutto criticare l'interconnessione tra gli artt. 36 e 38 Cost., presente nella sentenza n. 70/2015, in quanto «errata e fuorviante», in modo che, «dissipato l'equivoco», risulti «agevole, quando si tratti di prestazioni previdenziali, distinguere tra i concetti "proporzionalità", "sufficienza" e "adeguatezza".

Tutto ciò, in un serrato argomentare, per pervenire all'affermazione che nel nostro Welfare la garanzia «di mezzi adeguati all'esigenze di vita» è «realizzata con il ricorso alla solidarietà e alla solidarietà intergenerazionale», così che le prestazioni previdenziali, destinate a concretizzare quest'obiettivo, «tendono a soddisfare esclusivamente l'interesse pubblico alla liberazione del bisogno» e «non possono essere destinate a soddisfare interessi personali ed egoistici dei soggetti protetti». Da qui l'esplicita conclusione che il diritto a "mezzi adeguati alle esigenze di vita" «non

⁷⁴³ M. CINELLI, *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Rdss*, 2016, 1, 21 e ss.

⁷⁴⁴ M. PERSIANI, *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Adl*, 2016, 3, 552 e ss.

tutela l'eventuale interesse dei pensionati al mantenimento del tenore di vita raggiunto durante lo svolgimento dell'attività lavorativa».

4. L'interesse pubblico alla soddisfazione del bisogno.

Ora, Persiani ci ribadisce, con tutta la sua autorevolezza, che la liberazione del bisogno è un interesse pubblico e, quindi, con coerenza matematico-simmetrica, che l'adeguatezza pensionistica è un derivato di quest'assioma, così che è adeguata quella pensione che secondo l'interesse pubblico è idonea a liberare dal bisogno.

In questo modo il Maestro ci libera da qualsiasi ingombrante richiamo alla corrispettività, sia quella assoluta della proporzionalità alla retribuzione differita da collegamento 36-38, sia quella relativa tra «mantenimento» ed «esigenze di vita», laddove di diritto coincidenti se il bisogno si identifica con la povertà. E ci consegna alla lettura di interesse pubblico che di tempo in tempo è affidata al potere legislativo, del tutto libera nel suo concretizzarsi, laddove il bilanciamento tra generazioni rende auspicabile una minore longevità ottenibile con accorti dosaggi del diritto alla salute ed al mantenimento.

Certo alla discrezionalità legislativa, libera da condizionamenti per assenza di una definizione ontologica dell'interesse pubblico, ed ottenibile solo in una lettura che tendenzialmente fa coincidere il primo ed il secondo comma dell'art. 38 Cost., si potrebbe opporre come argine la ragionevolezza. Ma resta difficile costruirla quando il controllo si deve concretizzare sulla sussistenza o meno dell'interesse pubblico nel provvedimento scrutinato. Ed il controllore è composto per due terzi da soggetti espressi da chi dovrebbe essere il controllato; che per di più si è protetto, costituzionalizzando il principio di equilibrio di bilancio, idoneo ad impedire giudizi di ragionevolezza su di un singolo provvedimento ed insieme paralizzante laddove il controllo sull'insieme non è costituzionalmente consentito.

5. La tensione tra merito e solidarietà.

Personalmente non ritengo che l'attuale assetto costituzionale si presti alla lettura che prospetta Persiani sin dall'inizio degli anni '60. Sono convinto, al contrario, che l'adeguatezza del 38, secondo comma, Cost. esprima una correlazione con le esigenze di vita concretizzatesi nel periodo lavorativo.

Una convinzione che si esplicita nella improponibilità del diniego della rivalutazione, ovvero nella sua eutanasia per blocchi, semiblocchi, dimensionamenti quantitativi, tutti tesi al depauperamento del potere d'acquisto nell'età in cui il bisogno si fa ontologicamente più grave.

Non posso, quindi, non concordare con l'osservazione di Maurizio Cinelli, secondo cui, rispetto alla sufficienza di cui al minimo vitale del primo comma dell'art. 38 Cost., l'adeguatezza, di cui al secondo comma, esprima un «quid pluris», che è «innegabile» e che, «stante la qualità della fonte», «non può non essere apprezzato, secondo ragione, se non come indicativo, a livello costituzionale di un ulteriore valore di carattere basilare, valore che (...) non può che collegarsi al "merito" acquisito (nel periodo di vita attiva) dal soggetto da proteggere»⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵ M. CINELLI, *op. cit.*, 21 e ss.

“In sostanza, la questione posta al proposito dall’art. 38 Cost.”, nota ancora Cinelli, “rende manifesta la coesistenza, nella considerazione della fonte costituzionale, dei valori della «retribuzione» e della «redistribuzione», in rapporto dialettico; una «tensione» tra «merito e solidarietà», che rimanda alla doppia anima che impronta di sé, *ab origine*, la stessa struttura del sistema previdenziale: «solidaristica», per un verso, «meritocratica», per un altro verso”.

Concordo con Maurizio Cinelli quando sottolinea come l’innegabile riflesso di questa bipolarità si concretizzi proprio in materia pensionistica. L’ideale collegamento tra l’art. 36 (retribuzione proporzionata) e l’art. 38 (prestazione sociale adeguata), più volte evidenziato dalla Corte Costituzionale, da ultimo nella sentenza n. 70/2015, dunque, sostiene e giustifica la commisurazione della pensione al trattamento retributivo, attraverso l’equa mediazione, della contribuzione versata e degli anni di fruizione della prestazione. “E ciò, proprio perché «retribuzione» e «contribuzione» in qualche modo misurano il «merito» acquistato dal cittadino attivo nell’assolvere il dovere, sancito dall’art. 4, comma 2, Cost., di svolgere «un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»”.

Insomma, non posso non essere in sintonia con Maurizio Cinelli quando afferma che, nell’ambito del necessario bilanciamento tra valori fondamentali in reciproco concorso, «uno scostamento tra pensioni e retribuzioni correnti è lecito, ma deve essere “soportabile”», come del resto aveva già sottolineato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 226/1993.

6. L’adeguatezza pensionistica.

Il tema, quindi, è l’adeguatezza pensionistica, ovvero gli affidamenti maturati dall’ordinamento in un progetto di vita iniziato assolvendo, in un quarantennio (e più), il dovere costituzionale al lavoro, in attesa di un equo compenso non deteriorabile nel tempo, ma certo, avanzare della vecchiaia.

Sotto questo profilo mi inquieta anche il pensiero di Pasquale Sandulli, quando commenta la più recente Giurisprudenza Costituzionale in materia di contribuzione di solidarietà, ritenendola un possibile strumento di prelievo, magari a temporaneità alternata, per traslazioni di reddito all’interno del circuito previdenziale.

Sandulli si compiace della scelta del Giudice delle leggi di aver ritenuto legittimo il prelievo, diversamente dal precedente bocciato con la sentenza n. 116/13 in ragione della sua affermata natura tributaria, grazie al fatto di aver «messo a fuoco l’idea di un “circuito previdenziale” per dare un appropriato rilievo alla diversa (...) destinazione del contributo di solidarietà del triennio in corso» (sentenza n. 173/16). Nel suo compiacimento Sandulli afferma che «si delinea, dunque, (...), tenendo conto anche della crisi contingente e grave del sistema, una stimolante combinazione fra equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.) e valore della solidarietà (art. 2 Cost.), assunto come primario principio che presiede la redistribuzione delle scarse risorse del momento»⁷⁴⁶.

In conclusione, secondo Sandulli, la sentenza della Corte «assume parametri di valutazione che sembrano suscettibili di utilizzazione nelle prossime tornate di confronto» tra legislatore e giudice

⁷⁴⁶ P. SANDULLI, *Il contributo di solidarietà per il triennio 2014-2016 supera il vaglio della Corte Costituzionale*, in <http://www.mefop.it/blog/blog-mefop/corte-costituzionale-contributo-solidarieta-2014-2016>.

delle leggi «in ordine alle reiteratamente consumate scelte di contenimento della spesa previdenziale», prima tra tutte quella in materia di perequazione. Così, nel pensiero di Sandulli, tutte le opzioni legislative dovrebbero essere ritenute legittime in quanto ispirate dalla solidarietà previdenziale, in particolare, richiamando anche Persiani, da quella intergenerazionale.

7. La questione della solidarietà intergenerazionale.

Ma qui mi piace, ancora, richiamare Cinelli: “la delicatezza della questione della solidarietà intergenerazionale non può essere sottovalutata. E, tuttavia, l'impressione è che, al presente, tale questione tenda ad essere apprezzata più con i sentimenti, che con la ragione”.

“Impossibile”, nota ancora Cinelli, “non ricordare, innanzitutto, che tale particolare manifestazione della solidarietà è espressione di una sorta di «catena» che si snoda nel tempo. È, dunque, arduo sottrarsi all'imbarazzo di fronte a programmi ed interventi che, in nome della sorte degli «anelli» successivi di quella catena, appaiono dimentichi del fatto che l'anello, sul quale si pretende di incidere nell'attualità, è sostenuto da quelli che lo hanno preceduto; e che, pertanto, un suo indebolimento in funzione di esigenze a venire possa di fatto convertirsi esso stesso in una sorta di tradimento, in un *vulnus* di quel vincolo della solidarietà intergenerazionale, che pur si invoca, in un *vulnus*, cioè, alle stesse logiche di convivenza della quali lo specifico meccanismo è espressione”.

Insomma, si deve prendere atto che “l'argomento che fa leva sul patto generazionale appare più frutto di uno stereotipo, che un argomento realmente appropriato”. Sembra, anzi, di poter dire che esso viene utilizzato per mettere in ombra possibili opzioni politiche alternative, funzionali al recupero di effettività dell'assetto costituzionale, quali, ad esempio, l'utilizzo della leva fiscale.

8. Ripensare il sistema del Welfare.

Logicamente non sfugge al sottoscritto che l'intero sistema del Welfare è ormai del tutto fuori controllo, non essendovi più regole, ma un insieme scomposto di deroghe, rispetto al quale il pluralismo previdenziale del passato sembra una figura geometrica.

D'altro canto, se si guarda all'effettività dei diritti sociali in rapporto all'esigibilità, si assiste ad un fenomeno, certo condizionato dalla scarsità delle risorse, per cui il legislatore lega la possibilità di conseguire una specifica tutela, non più ad un criterio selettivo astratto, predeterminato e valido per tutta la platea dei destinatari (cioè subordinando l'accesso al possesso di idonei requisiti amministrativi, contributivi, anagrafici, biologici, reddituali e così via), ma ad un dato quantitativo, ovvero ad un numero ristretto di accesso alla prestazione, collegato al plafond finanziario disponibile, così che il Welfare si concretizza in una «gara di velocità» che premia una minoranza favorita dalla sorte e crea una «lista d'attesa» produttrice di tensioni sociali⁷⁴⁷.

Peraltro, se gli approcci ricostruttivi di Persiani, solidamente onnicomprensivo, e di Sandulli, pragmaticamente funzionale ad esigenze storiche, appaiono eticamente rispondenti alle esigenze del Paese post-sovranià monetaria, è forse, a mio avviso, più equo por mano ad una modifica, anche abrogativa, dei capisaldi che avevano costituzionalizzato il nostro sistema costituzionale e ripensare il nostro Welfare.

⁷⁴⁷ M. CINELLI, *op. cit.*, 25.

La realtà è che si sta affermando una linea di pensiero che, in ragione delle difficoltà di sostenere finanziariamente il settore pensionistico, «che rappresenta il cuore del sistema del Welfare», tende a valutare in termini di «essenzialità» lo stesso criterio dell'«adeguatezza», di cui al secondo comma dell'art. 38 Cost. «Si prospetta così la eventualità della materiale traduzione di quel criterio in termini di tutele di livello sostanzialmente paritario» tra il primo ed il secondo comma dell'art. 38 Cost. «e, dunque (recuperando risalente impostazione concettuale) di una conversione del sistema nella direzione di una protezione sociale di stampo strettamente “beveridgiano”». Insomma, si delinea «una prospettiva molto spartana», con l'aggravante a mio avviso, di una sua concretizzazione occulta, sia per il presente, che per il futuro. Del resto, conferme a questa conclusione vengono dal ridimensionamento, già in atto o in corso di concretizzazione, di istituti che erano centrali nel sistema corrispettivo, quali il principio di automaticità delle prestazioni e la contribuzione figurativa.

Torno, allora, alla domanda che mi sono posto nel 2013: "Ripensare il Welfare", dopo aver constatato nel triennio che la prospettiva conservativa non è stata perseguita, gestendo una sorta di "Luna Park" normativo, assistito e/o contrastato dalla magistratura, dalla dottrina e dalla stessa Corte Costituzionale, dove ogni caso ha trovato o non trovato la sua risposta esistenziale, con andamenti spesso ludici, accreditati dai mass media, nazionalmente orientati ad un'informazione alle "Montagne Russe"⁷⁴⁸.

9. Ipotesi di modifica integrale dell'assetto costituzionale.

A questo punto del percorso iniziò a convincermi, con qualche sofferenza, che, forse, è più appagante, rispetto alla ricerca di legittimazione dell'operato discrezionale-redistributivo del legislatore ispirato alla lettura, sondaggicamente modificabile, dell'interesse pubblico, accettare l'approfondimento di un'ipotesi modificativa integrale dell'assetto costituzionale esistente con il passaggio dal modello occupazionale a quello universalistico (sostanzialmente prendendo atto di come sia più corretto dichiararlo apertamente, che concretizzarlo quotidianamente, attraverso depauperamenti sistematici della corrispettività).

Certo valgono le considerazioni di Stefano Giubboni: "la ricostruzione di un equilibrio virtuoso tra sistemi nazionali di Welfare state e le dinamiche di integrazione europea esige (...) una riappropriazione della nuova questione sociale europea nell'ambito del processo politico, a livello sia sovranazionale che nazionale"⁷⁴⁹. Ma non può non tenersi conto che l'auspicio di Giubboni, che richiama «le nuove opportunità ermeneutiche» offerte dal Trattato di Lisbona «per ripensare le dottrine costituzionali del mercato interno, al fine di assicurare agli Stati membri un più ampio margine di apprezzamento in ordine alle scelte di politica sociale e di giustizia distributiva compiute nell'ambito dei propri sistemi di Welfare», non solo non è stato raccolto, ma ha visto e vede la migliore dottrina assecondare gli sforzi di ogni esecutivo per l'allineamento alle indicazioni comunitarie orientate al contenimento della spesa sociale.

⁷⁴⁸ R. PESSI, *Ripensando il welfare*, in *Rdss*, 2013, 3, 473 e ss.

⁷⁴⁹ S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in *Rdss*, 2013, 3, 519.

10. Welfare occupazionale e Welfare universalistico.

Restano le considerazioni di Sandulli, secondo il quale l'ipotesi di passaggio da un Welfare occupazionale ad un Welfare universalistico pone, al di là dei tempi per approntare il nuovo modello, «seri interrogativi sulle modalità di finanziamento della consolidata esposizione determinata dalle regole pregresse»⁷⁵⁰.

Per far fronte a quest'ultima problematica, al di là della soluzione prescelta (manutentiva o riformatrice), Sandulli propone: a) «un prelievo perequativo con uno scaglionamento più diluito ed aliquote più gradualali» per le pensioni retributive intrinsecamente generose per carriere dinamiche, anche in ragione dell'«improvvisa soppressione di quei massimali», fisiologici nel modello della legge n. 153 del 1969; b) «un'aliquota di riduzione perequativa commisurata agli anni di anticipata fruizione del trattamento» per le pensioni di anzianità e per le «c.d. baby pensioni del pubblico impiego»; c) «un'aliquota di riduzione perequativa» per le pensioni che «hanno fruito di regimi convenzionali», come quello per il lavoro italiano all'estero, «proporzionale al numero di anni di utilizzazione» di questi regimi.

Leggo la proposta come una *reductio* al modello corrispettivo in chiave equitativa, finalizzata, seppur tendenzialmente ed in ritardo, al recupero di un equilibrio del «dare-avere», comunque viziato dai fenomeni evasivi, oggi protetti dal decorso della prescrizione.

In fondo è la stessa linea di pensiero su cui si muovono Governo e Parti Sociali nell'ipotesi allo studio di anticipazione del pensionamento, laddove la «penalizzazione» quantitativa è in realtà la conseguenza della conservazione dell'equilibrio del rapporto tra capitale virtualmente accantonato ed anni di fruizione.

11. Crisi strutturale, debito pubblico e prelievo fiscale.

Ma tutto ciò non risponde alla domanda di fondo, ovvero se è possibile tenere in vita per le generazioni future un Welfare che garantisca un'adeguatezza «ontologicamente oggettiva» ai ceti produttivi.

Ora, a mio avviso, la prima considerazione da svolgere è che l'Europa e l'Italia avevano assunto come premesse dei loro schemi pensionistici la persistenza di una crescita economica, seppur contenuta, e di un saldo positivo nel rapporto tra attivi ed inoccupati.

Sappiamo che queste premesse non si sono concretizzate e che soprattutto non sono concretizzabili per il futuro, stante la presa d'atto che la crisi non è congiunturale, ma strutturale.

Nel caso italiano, poi, la dimensione del debito pubblico e quella del prelievo fiscale rendono impraticabili interventi di sostegno del Welfare, se non autoalimentati con tecniche redistributive, in sé portatrici di crescenti lesioni del principio di affidamento, base della persistenza della coesione sociale in un ordinamento democratico.

12. Sulla possibile obbligatorietà della previdenza complementare.

È proprio il principio di affidamento che mi porta a ritenere equo prospettare alle generazioni

⁷⁵⁰ P. SANDULLI, *Le "pensioni d'oro" di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla Corte costituzionale italiana e al legislatore*, in *Rdss*, 2013, 4, 691.

future uno schema ispirato alla garanzia del minimo vitale per tutti i pensionati (cittadini e/o lavoratori), incrementabile con una previdenza complementare, che potrebbe farsi obbligatoria.

Credo, infatti, che non si possa ignorare che un mercato del lavoro sempre più precarizzato non potrà garantire tassi di sostituzione soddisfacenti anche in presenza dello schema contributivo. Il capitale virtualmente accantonato retrocederà, nella maggior parte dei casi rendite non idonee a garantire l'adeguatezza alle esigenze di vita, proiettandosi piuttosto verso la tutela del mantenimento.

Sembra corretto, allora, che il contratto sociale concluso con chi ha ingresso sul mercato del lavoro chiarisca le condizioni d'ingaggio, stimolando un risparmio privato idoneo ad integrare le tutele offerte da uno statuto protettivo sempre più debole.

13. Previdenza familiare e crisi demografica.

Tutto ciò è, del resto, già in evidenza, laddove la previdenza familiare supplisce strutturalmente, prima alla carenza di opportunità occupazionali, poi a quelle di reddito pensionistico, anche attraverso la contrattualizzazione della pensione di reversibilità.

Una conseguenza sotto certi profili obbligata per un Welfare nato sull'impianto fordista della grande impresa industriale e della competitività assistita, e poi spiazzato dalla globalizzazione, dalla società dei servizi, dalla finanziarizzazione dell'economia, dalla rinuncia alla sovranità monetaria.

Nel caso italiano, oltretutto, il quadro è aggravato da una crisi demografica, che si è concretizzata nel passaggio da strutture sufficientemente equilibrate, sia nei rapporti tra fasce d'età che nei saldi migratori, ad un'alterazione in ordine ad ambedue gli assetti, per il primo in forza del contestuale operare del declino della fertilità e dell'aumento delle speranze di vita, per il secondo per il forte incremento dell'afflusso di migranti provenienti dai teatri di guerra.

14. Sulla necessità di una rimodulazione del Welfare.

Questo quadro sembra confermativo della necessità di por mano per tempo ad una rimodulazione del Welfare, annunciata e non «mascherata», che consenta l'elaborazione del progetto di vita all'inizio, quando è ancora possibile apportarvi correttivi, e non imponga invece modifiche finali, quando la sola concretizzabile è la povertà.

Che ciò sia difficilmente contestabile lo confermano gli interventi normativi dell'ultimo decennio, tutti orientati a misure restrittive della spesa e dei diritti, specie nei settori pensionistico e sanitario; nonché insieme la constatazione che il nostro Welfare non è riuscito a dare risposte al fenomeno della transizione al post-industrialismo, che nel contesto dell'integrazione europea, ha determinato solo un decremento della protezione sociale. Emblematica in questa prospettiva è la vicenda kafkiana degli esodati, salvaguardati e non, con la rateizzazione delle tutele.

In conclusione, l'emergenza che si fa sistema sembra, dunque, imporre una rimodulazione delle funzioni assolve dalla spesa previdenziale, a mio avviso possibile, volendo declinare solidarietà ed eguaglianza, attraverso una «riscrittura» e non una «rilettura» dell'art. 38 Cost., a mezzo di un approdo ad un Welfare universalistico.

Misure di sostegno al reddito ed obblighi di attivazione dei beneficiari*

Raffaele Fabozzi

1. Gli interventi oggetto del decreto legislativo n. 150/2015.	231
2. Obblighi di attivazione e patto di servizio.	232
3. Condizionalità e sostegno del reddito a favore dei disoccupati.	233
4. Condizionalità e sostegno del reddito a favore dei beneficiari di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto.	235
5. L'offerta di lavoro congruo.	236
6. La nuova condizionalità tra criticità operative e lacune normative.	237
7. Le prospettive della condizionalità.	239

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 312/2016

1. Gli interventi oggetto del decreto legislativo n. 150/2015.

Il decreto legislativo n. 150/2015, nel riordinare la normativa in materia di servizi per il lavoro, ancora l'accesso alle misure finalizzate alla ricollocazione, nonché la fruizione di alcune delle garanzie oggetto degli ammortizzatori sociali, al "coinvolgimento attivo" dei soggetti protetti e, quindi, all'ottemperanza di precisi obblighi di attivazione in capo a questi ultimi⁷⁵¹.

L'intervento normativo delinea un modello di supporto integrato, in forza del quale i soggetti protetti accedono (sulla base di un meccanismo di attivazione individuale) ai servizi accreditati e sono accompagnati in un percorso che mira al conseguimento di una ricollocazione, per mezzo di attività di orientamento, formazione e riqualificazione professionale⁷⁵².

Sotto il profilo amministrativo, questo modello viene attuato con l'istituzione della "Rete nazionale dei servizi per le politiche attive", che include la neo-istituita Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro (ANPAL), nonché soggetti pubblici (quali i Centri per l'Impiego) e privati (le agenzie per il lavoro) sulla base di uno schema integrato che mira alla garanzia dei "livelli minimi essenziali di servizi per il lavoro", il cui conseguimento dovrebbe fare venire finalmente meno le attuali differenziazioni territoriali in ordine all'efficacia ed all'efficienza dei servizi per l'impiego⁷⁵³.

⁷⁵¹ Sui recenti interventi in materia di politica attiva cfr. ALAIMO A., *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-249/2015; CARUSO B. – CUTTONE C., *Verso il diritto del lavoro della responsabilità e contratto di ricollocazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 63 e ss.; TIRABOSCHI M., *"Jobs Act" e ricollocazione dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 119 e ss.; CANAVESI G., *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, p. 247 e ss.; CHIECO P., *Riforme strutturali del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governante economica europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 359 e ss.; CINELLI M., *Jobs Act e dintorni. Appunti sulla metamorfosi in progress del sistema delle tutele sociali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, p. 285 e ss.; CINELLI M. – NICOLINI C.A., *L'attuazione del Jobs Act: le nuove tutele per i disoccupati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, III, p. 121; DONINI A., *Effettività dei servizi per l'impiego: forme di garanzia nella ricerca del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 287 e ss.; GHERA D. – GAROFALO G., *Commentario al d.lgs. n. 150/2015*, Bari, 2016 e, in particolare, in tale opera, VERGARI S., *Prove di convivenza. L'organizzazione del mercato del lavoro dopo il d.lgs. n. 150/2015*, p. 123 e ss.; ESPOSITO M., *Servizi e politiche del lavoro nell'attuazione del "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-306/2016; SALOMONE R., *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 281 e ss.

⁷⁵² Rispetto a tali specifici profili si rinvia a GAROFALO D., *Le politiche del lavoro nel Jobs Act*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, *Adapt Labour Studies*, n. 32, p. 48; RICCI M., *I servizi per l'impiego: il quadro legale*, in BROLO M. – MARAZZA M. (a cura di), *Diritto del lavoro e mercato. L'impatto delle riforme del lavoro nell'analisi giuridica dei dati sull'occupazione*, Padova, 2015, p. 129 e ss.

⁷⁵³ Il tema delle interazioni tra i diversi livelli amministrativi è affrontato, sia pure in senso critico rispetto alla attuale riforma, da FERRANTE D., *Le politiche attive del lavoro tra decentramento ed accentramento: un dolce girotondo?*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 267 e ss.; OLIVIERI L., *I servizi pubblici per l'impiego tra inadeguatezza strutturale e scarsità di risorse in attesa dell'Agenzia nazionale per l'occupazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 268 e ss. Sul tema, più in generale si rinvia a GOTTARDI D. – BAZZANI T., *Il coordinamento degli attori del mercato del lavoro*, Napoli, 2015 e, in particolare, il saggio di VARESI P.A., *Politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego: la perdurante necessità di costruire reti locali tra istituzioni competenti e stakeholders*, op. ult. cit., p. 151 e ss.; RICCI G., *Servizi per l'impiego tra modifiche legislative e una riforma spesso annunciata, mai compiutamente realizzata*, in *Studi in memoria di M.G. Garofalo*, Bari, 2015, p. 822 e ss.; GAROFALO D., *Mercato del lavoro e regionalismo*, in DI STASI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Milano, 2004, p. 229 e ss. Con riferimento al previgente regime cfr. MARROCCO M., *La doppia anima delle politiche attive del lavoro e la riforma Fornero*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-192/2013; SPATTINI S., *Politiche attive e condizionalità dei sussidi: il ruolo dei servizi per l'impiego*, in MAGNANI M. – TIRABOSCHI M., *La nuova riforma del lavoro*, Milano, p. 122 e ss.; PASCUCCI P., *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92/2012*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, p. 453 e ss. Con specifico riferimento alle competenze regionali in materia v. GAROFALO D., *Lo stato di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, *Adapt Working Papers*, 2005; CARINCI F., *Rapporti tra Stato e Regioni nella riforma del mercato del lavoro*, in LA MACCHIA C. (a cura di), *Riforma del mercato del lavoro e federalismo*, Messina, 2005, p. 342 e ss.; TREU T., *La riforma dei servizi per l'impiego e le competenze regionali*, MAGNANI M. – VARESI, P.A. (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, p. 51 e ss.; RUSCIANO M., *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 26 e ss. Sulla rilevanza della

Sempre in tale ottica, il decreto legislativo in commento prevede l'istituzione di un Sistema Informativo Unitario delle Politiche del Lavoro e di un Portale unico per la registrazione alla Rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, che dovranno garantire una interconnessione tra attività nazionali e quelle regionali, consentendo la condivisione, tra tutti gli operatori, delle informazioni necessarie a garantire l'implementazione delle politiche del lavoro ed all'espletamento delle funzioni istituzionali dei singoli soggetti coinvolti, includendo il sistema informativo dei percettori di ammortizzatori sociali, l'archivio informatizzato delle comunicazioni obbligatorie, i dati relativi alla gestione dei servizi per il lavoro e della politiche attive del lavoro (ivi incluse la scheda anagrafica e professionale ed il sistema informativo della formazione professionale)⁷⁵⁴.

2. Obblighi di attivazione e patto di servizio.

Nell'abrogare il d.lgs. n. 181/2000 (e nel superare le previsioni della l. n. 92/2012)⁷⁵⁵, il d.lgs. n. 150/2015 offre una nuova definizione di "disoccupato", prevedendo, all'art. 19, che siano tali i lavoratori privi di impiego che dichiarino in forma telematica (la quale diviene la modalità esclusiva di accesso allo *status* di disoccupazione) al Portale unico per la registrazione alla Rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro di cui all'art. 13 del decreto "la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa" ed "alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con i centri per l'impiego".

interazione tra servizi pubblici e provider privati cfr. TULLINI P., *Ragioni filosofiche della collaborazione tra pubblico e privato nel mercato del lavoro*, in *Diritto Lavoro Mercati*, 2011, p. 575 e ss.; LASSANDARI A., *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO-RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 393 e ss.; OLIVELLI P., *Prospettive di un sistema integrato pubblico privato, nei servizi per l'impiego*, in OLIVELLI P. (a cura di), *Il "collocamento" tra pubblico e privato*, Milano, 2003, 1 e ss. Per i profili inerenti i livelli essenziali delle prestazioni nella materia attualmente oggetto di indagine v. VARESI P.A., *I livelli essenziali concernenti i servizi per l'impiego e la sfida della "Garanzia per i Giovani"*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 187 e ss.; ALES E., *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale*, in *Diritti lavori mercati*, 1, 2003, p. 11 e ss.; nonché più in generale MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.

⁷⁵⁴ Art 13, comma 2, del d.lgs. n. 150/2015.

⁷⁵⁵ Cfr. per il previgente regime ALAIMO A., *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e strategia delle obbligazioni reciproche*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 507 e ss.; OLIVIERI A., *Condizionalità ed effettività nella legge n. 92/2012*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele del lavoro. Commentario delle legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, p. 123 e ss.; PACI N., *La condizionalità*, in CINELLI M. – FERRARO G. – MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, p. 271 e ss.; SCIARRA S., *Flessibilità e politiche attive del lavoro. Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 471 e ss.; VISCOMI A., *Servizi per l'impiego: i "patti di servizio"*, in *Diritto Lavoro Mercati*, 2007, p. 63 e ss.; LISO F., *I servizi per l'impiego*, in GAROFALO D. – RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 591. Più in generale sul tema della condizionalità cfr. VARESI P.A., *La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive*, in *Diritto Lavoro Mercati*, 2014, p. 507 e ss.; CORAZZA L., *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 489; EICHENHOFFER E., *Diritti sociali e benefici condizionati*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, p. 525 e ss.; in termini comparatistici, SARTORI A., *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013; LAGALA C., D'ONGHIA M. (a cura di), *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa. Le esperienze realizzate in Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Inghilterra, Spagna e Svezia*, Roma, 2010; GIUBILEO F., *Uno o più modelli di politiche del lavoro in Europa? I servizi al lavoro in Italia, Germania, Francia, Svezia e Regno Unito*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 759 e ss.; EICHHORST W. – KAUFMANN O. – KONLE-SEIDL R., *Bringing the Jobless into Work? Experiences of Activation Schemes in Europe and the US*, Berlino, 2008; FREEDLAND M. – COUNTOURIS N., *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l'impiego in Europa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 557 e ss.; WEISHAUP J.T., *From the Manpower Revolution to the Activation Paradigm: Explaining Institutional Continuity and Change in an Integrating Europe*, Amsterdam, 2011; KENWORTHY L., *Labour Market Activation*, in CASTLES F.G., LEIBFRIED S., LEWIS J., OBINGER H., PIERSON C. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, 2010.

Il legislatore però, ai fini della conservazione di tale *status*, impone a carico del lavoratore, e quale elemento costitutivo⁷⁵⁶, un preciso obbligo di attivazione e cioè che lo stato sia confermato con la conclusione di un patto di servizio personalizzato (art. 20).

In particolare, i lavoratori disoccupati sono tenuti a contattare il Centro per l'Impiego (CPI) territorialmente competente, con le modalità definite da questi, entro un mese dalla citata dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro; i disoccupati che siano invece beneficiari di una misura di sostegno del reddito sono tenuti a mettersi in contatto con il CPI entro 15 giorni dalla data di presentazione della domanda finalizzata al riconoscimento dell'ammortizzatore sociale di cui gli stessi sono destinatari.

In mancanza di iniziativa da parte dei soggetti interessati, gli stessi sono convocati (a pena dell'irrogazione delle sanzioni di cui si dirà a breve) dal CPI entro il termine stabilito con decreto emanato ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 150/2015⁷⁵⁷.

Con il patto di servizio l'amministrazione definisce le proprie funzioni e le specifiche attività costituenti oggetto dell'intervento di ricollocamento ed il disoccupato si impegna a partecipare ad iniziative formative e di riqualificazione, nonché ad accettare una congrua offerta di lavoro.

Proprio con riferimento agli obblighi appena richiamati si concentrano i meccanismi di condizionalità, previsti agli artt. 21 e 22 del d.lgs. n. 150/2015, implementati ponendo in stretta relazione funzionale le politiche passive del lavoro (e quindi l'erogazione delle prestazioni oggetto degli ammortizzatori sociali, nonché il riconoscimento di tutti i meccanismi protettivi connessi allo stato di disoccupazione), con le politiche attive, e ciò tanto in ipotesi di disoccupazione involontaria, che in costanza di rapporto di lavoro.

3. Condizionalità e sostegno del reddito a favore dei disoccupati.

Con riferimento ai soggetti disoccupati che godano di strumenti di sostegno del reddito, l'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 150/2015 prevede che la domanda di Assicurazione Sociale per l'Impiego, di cui all'articolo 2 della legge n. 92 del 2012, di Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpi) o Indennità di disoccupazione per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata (DIS-COLL), nonché la domanda di indennità di mobilità, resa dall'interessato all'INPS, equivalga a dichiarazione di immediata disponibilità, e sia trasmessa dall'INPS all'ANPAL, ai fini dell'inserimento nel sistema informativo unitario delle politiche attive.

L'erogazione dei trattamenti economici oggetto degli ammortizzatori sociali testè indicati è però condizionata alla partecipazione da parte del soggetto protetto a tutte le iniziative di attivazione previste dal decreto in commento.

⁷⁵⁶ Si ritiene di condividere sul punto quanto prospettato da VALENTE L., *La riforma dei servizi del mercato del lavoro*, cit., p. 120 in ordine alla natura costitutiva del patto concluso con il CPI.

⁷⁵⁷ La mancata presentazione a seguito di convocazione è soggetta alle sanzioni indicate agli artt. 21 e 22 del decreto in commento, di cui si dirà a breve. Occorre in ogni caso ricordare che, ai sensi dell'art. 19, comma 7, del d.lgs. n. 150/2015, se, trascorsi sessanta giorni dalla data di registrazione, il disoccupato non sia stato convocato dai centri per l'impiego, lo stesso ha diritto a richiedere all'ANPAL, tramite posta elettronica, le credenziali personalizzate per l'accesso diretto alla procedura telematica di profilazione predisposta dall'ANPAL al fine di ottenere l'assegno di ricollocazione.

In particolare, gli interessati sono tenuti ad attenersi ai comportamenti previsti nel patto di servizio personalizzato ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 150/2015⁷⁵⁸. Essi quindi devono partecipare a iniziative e laboratori per il rafforzamento delle competenze nella ricerca attiva di lavoro, nonché ad iniziative di carattere formativo o di riqualificazione o altra iniziativa di politica attiva o di attivazione e, soprattutto, devono accettare congrue offerte di lavoro che siano loro sottoposte.

L'adempimento degli obblighi di attivazione, come detto, è rafforzato da un articolato apparato sanzionatorio.

In particolare, a carico dei percettori di NASpi, DIS-COLL ed indennità di mobilità, è stabilita la decurtazione di un quarto di una mensilità in caso di prima mancata presentazione, in assenza di giustificato motivo, alle convocazioni per la stipulazione del patto di servizio per la conferma dello stato di disoccupazione o agli appuntamenti concordati con il CPI o con i servizi competenti; la decurtazione di una intera mensilità in caso di mancata presenza alla seconda convocazione; la decadenza dalla prestazione e dallo stato di disoccupazione in caso di ulteriore mancata presentazione.

Le sanzioni appena indicate operano anche in caso di mancata partecipazione, in assenza di giustificato motivo, ad iniziative di orientamento di cui all'art 20, comma 3, lett. a) del d.lgs. n. 150/2015⁷⁵⁹; mentre in caso di mancata partecipazione, in assenza di giustificato motivo, alle iniziative di cui all'articolo 20, comma 3, lettera b)⁷⁶⁰ del decreto appena citato è prevista la decurtazione di una mensilità, alla prima mancata partecipazione e la decadenza dalla prestazione e dallo stato di disoccupazione, in caso di ulteriore mancata presentazione.

Per quanto concerne invece l'ASDI, nel rammentare che la relativa concessione è condizionata alla preventiva sottoscrizione del patto di servizio personalizzato (che, invece, con riferimento a tutti gli altri ammortizzatori sociali è successiva all'accesso al trattamento), il legislatore ha deciso di definire un meccanismo sanzionatorio *ad hoc*.

In particolare, è stabilito che, in caso di prima mancata presentazione, in assenza di giustificato motivo, alle convocazioni ovvero agli appuntamenti presso il CPI, il lavoratore sia sanzionato con la decurtazione di un quarto di una mensilità e la concessione dei soli incrementi per carichi familiari; la decurtazione di una mensilità e la concessione dei soli incrementi per carichi familiari, alla seconda mancata presentazione; la decadenza dalla prestazione e dallo stato di disoccupazione, in caso di ulteriore mancata presentazione.

Parimenti, in caso di mancata partecipazione, in assenza di giustificato motivo, alle iniziative di orientamento di cui all'articolo 20, comma 3, lettera a), del d.lgs. n. 150/2015 è prevista la decurtazione di una mensilità e la concessione dei soli incrementi per carichi familiari, in caso di

⁷⁵⁸ Lo stesso, inoltre, ha l'obbligo di presenziare alle convocazioni da parte dei competenti servizi per il lavoro secondo modalità concordate nel medesimo patto di servizio personalizzato.

⁷⁵⁹ E cioè a "a iniziative e laboratori per il rafforzamento delle competenze nella ricerca attiva di lavoro quali, in via esemplificativa, la stesura del curriculum vitae e la preparazione per sostenere colloqui di lavoro o altra iniziativa di orientamento".

⁷⁶⁰ Vale a dire a "a iniziative di carattere formativo o di riqualificazione o altra iniziativa di politica attiva o di attivazione".

prima mancata presentazione, e la decadenza dalla prestazione e dallo stato di disoccupazione, nelle eventuali ulteriori ipotesi di mancata presentazione.

Infine, in caso di mancata partecipazione, in assenza di giustificato motivo, alle iniziative di cui all'articolo 20, comma 3, lettera b), del d.lgs. n. 150/2015, è prevista la decadenza dalla prestazione e dallo stato di disoccupazione; decadenza che occorre anche in ipotesi di mancata ingiustificata accettazione di una congrua offerta di lavoro⁷⁶¹.

Quale ulteriore sanzione, in tutte le ipotesi di decadenza dallo stato di disoccupazione, non è possibile, per il soggetto sanzionato, una nuova registrazione prima che siano decorsi due mesi dalla occorsa decadenza⁷⁶².

Legittimato ad irrogare le sanzioni indicate è il competente Centro per l'Impiego e non più l'INPS (essendo quindi l'Istituto semplicemente chiamato ottemperare delle indicazioni dei CPI, provvedendo eventualmente a recuperare gli importi che nelle more dell'*iter* procedurale siano stati indebitamente erogati)⁷⁶³.

Al fine di rafforzare l'effettività dell'apparato sanzionatorio in ipotesi di mancata attivazione del soggetto beneficiario, il legislatore ha stabilito, all'art. 21, comma 11, del d.lgs. n. 150/2015, che la mancata adozione dei provvedimenti di decurtazione o decadenza della prestazione determina responsabilità disciplinare e contabile del funzionario cui è imputabile l'inadempimento, ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 20 del 1994.

4. Condizionalità e sostegno del reddito a favore dei beneficiari di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto.

Coerentemente a quanto previsto con riferimento ai disoccupati, il legislatore del 2015 ha delineato misure di condizionalità anche con riferimento ad (una specifica categoria) di percettori di trattamenti a sostegno del reddito in costanza di rapporto di lavoro.

In particolare, i suddetti obblighi operano con riferimento ai lavoratori dipendenti per i quali la riduzione di orario connessa all'attivazione di una procedura di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa per integrazione salariale, contratto di solidarietà, o intervento dei fondi di solidarietà, sia superiore al 50 per cento dell'orario di lavoro, calcolato in un periodo di dodici mesi.

Tali soggetti devono essere convocati, in orario compatibile con la prestazione lavorativa, dal centro per l'impiego con le modalità ed i termini che saranno stabiliti con decreto del Ministero del Lavoro ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 150/2015, per stipulare il patto di servizio personalizzato.

⁷⁶¹ Si ricorda inoltre, che ai sensi dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 150/2012, il beneficiario dell'ASDI è tenuto a richiedere il servizio di assistenza intensiva nella ricerca di lavoro presso i centri per l'impiego o presso i soggetti privati accreditati, a pena di decadenza dallo stato di disoccupazione e dalla prestazione a sostegno del reddito, entro due mesi dalla data di rilascio dell'assegno.

⁷⁶² Art. 21, comma 9, del d.lgs. n. 150/2015.

⁷⁶³ L'art. 21, comma 12, del decreto del 2015, prevede che avverso il provvedimento sanzionatorio del CPI è ammesso ricorso all'ANPAL, che provvede ad istituire un apposito comitato, con la partecipazione delle parti sociali. Con finalità premiale è poi previsto che l'INPS provvede annualmente a versare le risorse non erogate in relazione a prestazioni oggetto di provvedimenti di decurtazione o decadenza per il 50 per cento al Fondo per le politiche attive di cui all'articolo 1, comma 215, della legge n. 147 del 2013, e per il restante 50 per cento alle regioni e province autonome cui fanno capo i centri per l'impiego che hanno adottato i relativi provvedimenti, per l'impiego in strumenti di incentivazione del personale connessi al raggiungimento di particolari obiettivi.

Allo scopo di mantenere o sviluppare le competenze in vista della conclusione della procedura di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa ed in connessione con la domanda di lavoro espressa dal territorio, il patto di servizio può essere stipulato sentito il datore di lavoro e con l'eventuale concorso dei fondi interprofessionali per la formazione continua di cui all'articolo 118 della legge n. 388 del 2000, e il lavoratore può essere avviato alle attività finalizzate al rafforzamento delle competenze nella ricerca attiva di lavoro quali, in via esemplificativa, la stesura del curriculum vitae e la preparazione per sostenere colloqui di lavoro o altra iniziativa di orientamento, nonché iniziative di carattere formativo o di riqualificazione o altra iniziativa di politica attiva o di attivazione ovvero alle attività socialmente utili di cui all'articolo 26, comma 1, del d.lgs. n. 150/2015⁷⁶⁴.

Ovviamente, non essendo i soggetti di cui si discute disoccupati, gli stessi non sono tenuti ad accettare una congrua offerta di lavoro, essendo invece chiamati solo agli interventi di formazione e riqualificazione professionale appena richiamati.

La mancata partecipazione a tali iniziative comporta, in proporzione alla gravità dell'inadempimento, la decurtazione del trattamento ovvero la decadenza della prestazione⁷⁶⁵.

Operano, anche con riferimento a tali fattispecie, i meccanismi di irrogazione delle sanzioni, nonché il regime di responsabilità disciplinare e contabile a carico dei funzionari dei CPI che omettano di applicare le stesse, già descritti nel precedente paragrafo.

5. L'offerta di lavoro congruo.

Dall'analisi del regime sanzionatorio, emerge la centralità del tema dell'offerta di lavoro congruo (la cui mancata accettazione comporta gli effetti decadenziali dallo stato di disoccupazione), i cui caratteri, quanto alla disciplina generale, devono essere determinati da un decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali sulla base dei seguenti principi: coerenza con le esperienze e le competenze maturate; distanza dal domicilio e tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico; durata della disoccupazione; retribuzione superiore di almeno il 20 per cento rispetto alla indennità percepita nell'ultimo mese precedente, da computare senza considerare l'eventuale integrazione a carico dei fondi di solidarietà⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Tale previsione stabilisce che allo scopo di permettere il mantenimento e lo sviluppo delle competenze acquisite, i lavoratori che fruiscono di strumenti di sostegno del reddito in costanza di rapporto di lavoro nonché i lavoratori sottoposti a procedure di mobilità possono essere chiamati a svolgere attività a fini di pubblica utilità a beneficio della comunità territoriale di appartenenza, sotto la direzione e il coordinamento di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, e successive modificazioni, nel territorio del comune ove siano residenti.

⁷⁶⁵ In particolare è previsto, all'art. 22, comma 3, del d.lgs. n. 151/2015, in caso di mancata presentazione alle convocazioni ovvero agli appuntamenti al centro per l'impiego e mancata partecipazione alle iniziative di orientamento di cui all'articolo 20, comma 3, lettera a), in assenza di giustificato motivo: la decurtazione di un quarto di una mensilità per la prima mancata presentazione; la decurtazione di una mensilità, per la seconda mancata presentazione; la decadenza dalla prestazione per la ulteriore mancata presentazione. In caso di mancata partecipazione alle iniziative di cui all'articolo 20, comma 3, lettera b), ovvero alle iniziative di cui all'articolo 26 è invece stabilita: la decurtazione di una mensilità per la prima mancata partecipazione; la decadenza dalla prestazione per la ulteriore mancata presentazione.

⁷⁶⁶ È in ogni caso previsto che, fino alla data di adozione del decreto ministeriale, trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 41 e 42 della legge 28 giugno 2012, n. 92, a mente dei quali la decadenza dai trattamenti occorre in caso di mancata

Rispetto al meccanismo di condizionalità introdotto dalla riforma Fornero⁷⁶⁷, è da segnalarsi positivamente l'inclusione tra i parametri della congruità dell'offerta anche il riferimento al bagaglio professionale del soggetto protetto, il cui "peso specifico", rispetto agli altri criteri indicati dal legislatore, potrà essere valutato solo a seguito dell'emanazione del regolamento attuativo.

In ogni caso, il conferimento di una ragionevole rilevanza al parametro della "coerenza con le esperienze e le competenze maturate" potrebbe mitigare la rigidità dei meccanismi di condizionalità in precedenza descritti, divenendo espressiva di un indirizzo delle politiche di ricollocamento che premi anche le *capabilities* e le possibilità di sviluppo personale dei beneficiari⁷⁶⁸.

Il legislatore introduce poi una nozione di offerta di lavoro congruo specifica con riferimento all'istituto dell'ASDI, in relazione al quale la congruità dell'offerta, ai fini del godimento del servizio di assistenza alla ricollocazione, viene determinata con riferimento alle sue capacità, aspirazioni, e possibilità effettive, in rapporto alle condizioni del mercato del lavoro nel territorio di riferimento nonché al periodo di disoccupazione.

In merito a tale ultimo tema, non può non sottacersi che la discrasia tra i parametri di riferimento per la congruità dell'offerta di lavoro "generale" e quella, difforme, prevista con riferimento all'ASDI, potrebbe determinare alcune difficoltà sotto il profilo operativo, in quanto, essendo l'istituto appena richiamato strettamente connesso alla NASpl, una offerta di lavoro congrua rispetto al parametro "generale", potrebbe non esserlo con riferimento al parametro "speciale" previsto per l'ASDI, con la conseguenza, alquanto irragionevole, che in tale ultima ipotesi, in caso di mancata accettazione dell'offerta di lavoro, il soggetto interessato perderebbe le prestazioni dell'ammortizzatore sociale "principale", ma non quelle proprie dello strumento "accessorio".

6. La nuova condizionalità tra criticità operative e lacune normative.

Non vi è dubbio che la condotta del soggetto disoccupato, che deve mirare al reperimento di una diversa collocazione lavorativa, costituisce (e deve costituire) l'effettiva conferma del carattere involontario della disoccupazione e che alla stessa deve essere necessariamente correlato l'accesso ed il mantenimento delle garanzie offerte dagli ammortizzatori sociali⁷⁶⁹.

La riforma del 2015, in linea con tale intendimento, pare proseguire nel percorso di rafforzamento dei meccanismi di condizionalità avviati dalla l. n. 92/2012, delineando un articolato (e restrittivo) regime sanzionatorio – addirittura assistito da una esplicita responsabilità erariale a carico di funzionari che omettano di applicare tali sanzioni – che porta alla decadenza (parziale o totale)

accettazione di una offerta di un lavoro con inquadramento in un livello retributivo superiore almeno del 20 per cento rispetto all'importo lordo dell'indennità cui ha diritto e con attività lavorativa che si svolga in un luogo che non dista più di 50 chilometri dalla residenza del lavoratore, o comunque che è raggiungibile mediamente in 80 minuti con i mezzi di trasporto pubblici.

⁷⁶⁷ Cfr. nota precedente.

⁷⁶⁸ Con riferimento a tali temi si rinvia, in particolare, alla parte introduttiva del saggio di CARUSO B. – CUTTONE C., *Verso il diritto del lavoro della responsabilità e contratto di ricollocazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, pp. 63-84. Cfr. sempre su tali profili CARUSO B., *Occupabilità, formazione e capability nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 113, nonché, più in generale, la monografia di DEAKIN S. – SUPLOT A. (a cura di), *Capacitas. Contract Law and Institutional Preconditions of a Market Economy*, Hart, 2009.

⁷⁶⁹ In tal senso DONINI A., *Effettività dei servizi per l'impiego: forme e garanzie nella ricerca di lavoro*, in *Lav. dir.*, n. 2, 2016, p. 301, che richiama CORAZZA L., *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 489 e MISCHIONE M., *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, 4, p. 695.

dai trattamenti previdenziali a fronte di comportamenti non collaborativi del beneficiario degli stessi (nonché, ovviamente, la mancata acquisizione o la perdita dello *status* di disoccupazione).

La più recente disciplina, però, non va esente da criticità, alcune connesse a profili operativi, altre a lacune del testo normativo.

Partendo da queste ultime, la disciplina positiva relativa agli obblighi di attivazione è testualmente riferita solo ai disoccupati che godano di strumenti di sostegno del reddito, di talché si dubita se l'inottemperanza a tali obblighi da parte di soggetti che non fruiscono di tali strumenti sia suscettibile di sanzioni (che consisterebbero, nel caso di specie, dalla sola decadenza dallo *status* di disoccupazione).

Sul punto, per ragioni di congruità di sistema, con una nota “esplicativa”⁷⁷⁰ il Ministero del Lavoro ha ritenuto di “interpretare estensivamente le previsioni dell’art. 21 del d.lgs. n. 150/2015, applicando le sanzioni ivi previste anche ai soggetti non percettori di strumenti a sostegno del reddito”.

A prescindere dalla circostanza che tale soluzione ermeneutica non pare del tutto coerente con la natura delle sanzioni di cui si discute – atteso che esse riguardano, precipuamente, la decadenza (parziale o totale) da trattamenti previdenziali⁷⁷¹ – appare difficile ipotizzare che l’applicazione di un regime sanzionatorio (sia pure inerente la sola conservazione di uno *status*), non possa non fondarsi su un atto normativo (eventualmente anche di rango secondario)⁷⁷².

Una pari criticità si registra con riferimento alla nozione di “giustificatezza” (della assenza alle convocazioni del CPI, agli interventi di orientamento e/o formativi, ecc.), che, costituisce l’ “esimente” rispetto all’applicazione, da parte degli uffici competenti, dell’articolato regime sanzionatorio delineato dal legislatore.

Pur riconoscendo che possa, in linea di principio, risultare ragionevole l’adozione in un testo normativo di clausole generali, a fronte di un così elevato livello di dettaglio della regolamentazione delle misure sanzionatorie sarebbe stato forse opportuno individuare nel testo, sia pure con un inferiore livello di tassatività, le ipotesi in cui l’inadempimento da parte del soggetto protetto possa considerarsi giustificato.

Ciò avrebbe il fine di evitare una frammentazione delle prassi applicative da parte dei singoli CPI e l’insorgere di un numero rilevante di iniziative contenziose dirette all’impugnativa dei provvedimenti sanzionatori (che potrebbero avvantaggiarsi della generica formulazione normativa adottata dal legislatore).

Di tale criticità pare essere consapevole anche il Ministero del lavoro che, con la nota in precedenza richiamata, cerca di colmare tale lacuna elencando sette ipotesi di giustificato motivo

⁷⁷⁰ Nota prot. 2866 del 26/2/2016.

⁷⁷¹ Circostanza messa in luce da LASSANDARI A., *La tutela immaginaria del mercato del lavoro: i servizi per l’impiego e le politiche attive*, in *Lav. dir.*, 2016, 2, p. 253.

⁷⁷² Dubita infatti della legittimità dell’interpretazione estensiva offerta dal Ministero del Lavoro LASSANDARI A., *op. ult. cit.*, p. 255.

(quali l'insorgenza dello stato di malattia o di gravidanza), che ben avrebbero potuto essere inserite nell'articolato normativo⁷⁷³.

Sotto il profilo operativo, l'efficacia dei meccanismi di condizionalità presuppone la capacità dei CPI di interagire, per un verso, con i beneficiari degli interventi di ricollocazione e, per altro verso, con l'INPS, in quanto soggetto deputato all'esecuzione dei provvedimenti adottati dai Centri medesimi.

Quanto ai rapporti con i soggetti protetti (siano essi disoccupati o meno), in vista della necessità di procedere ad un elevato numero di convocazioni degli stessi, sarebbe quanto mai opportuno, al fine di evitare l'aggravio burocratico della gestione cartacea di tali interazioni informative (che rischia di assorbire integralmente le risorse degli uffici preposti), che le stesse avvengano a mezzo di posta elettronica certificata, prevedendo alla attivazione gratuita della casella di p.e.c. personale in occasione della registrazione al Portale Unico o di domanda di accesso agli ammortizzatori sociali.

Parallelamente, è quanto mai opportuno che, nell'ambito della piattaforma del Sistema informativo unitario delle politiche del lavoro venga prevista una interfaccia *ad hoc* che consenta un automatismo tra l'irrogazione della sanzione e l'effettiva riduzione o interruzione dell'erogazione del trattamento derivante dall'ammortizzatore sociale di spettanza dei soggetti interessati da parte dell'INPS, onde evitare la necessità di procedere *ex post* al recupero degli importi indebitamente percepiti da questi ultimi (con tutte le incertezze connesse alla tendenziale incapienza economica degli stessi).

7. Le prospettive della condizionalità.

Se con la condizionalità si devono perseguire “obiettivi di equilibrio economico e di massimizzazione dell'efficienza di funzionamento delle istituzioni del mercato del lavoro”⁷⁷⁴, occorre valutare, sia pure in una prospettiva al momento solo prognostica, se i meccanismi di condizionalità definiti dal legislatore del 2015 possano reputarsi idonei a conseguire gli obiettivi appena citati.

Nel disciplinare gli obblighi di attivazione, il d.lgs. n. 150/2015 pare ispirarsi ad una prospettiva di condizionalità “*hard*”, peraltro coerente con il paradigma “ortodosso” europeo della *flexsecurity*⁷⁷⁵, che probabilmente è stata accolta anche in ragione della tendenziale sfiducia del legislatore rispetto alle iniziative dei soggetti destinatari degli interventi di politica attiva (peraltro, di fatto, in massima parte privi di qualsivoglia *imprinting* relativo alla concreta soggezione a tali misure).

⁷⁷³ In particolare, nella nota del Ministero si fa riferimento a: “a) documentato stato di malattia o di infortunio; b) servizio civile o servizio di leva o richiamo alle armi; c) stato di gravidanza, per i periodi di astensione previsti dalla legge; d) citazioni in tribunale, a qualsiasi titolo, dietro esibizione dell'ordine di comparire da parte del magistrato; e) gravi motivi familiari documentati e/o certificati; f) casi di limitazione legale della mobilità personale; g) ogni comprovato impedimento oggettivo e/o cause di forza maggiore, cioè ogni fatto o circostanza che impedisca al soggetto di presentarsi presso gli uffici, senza possibilità di alcuna valutazione di carattere soggettivo o discrezionale da parte di quest'ultimo”. Il Ministero peraltro precisa che “le ipotesi di giustificato motivo dovranno essere comunicate e documentate, di regola, entro la data e l'ora stabiliti per l'appuntamento, e comunque entro e non oltre il giorno successivo alla data prevista, pena l'applicazione delle sanzioni previste in tema di condizionalità”.

⁷⁷⁴ In tale senso CARUSO B. – CUTTONE C., *Verso il diritto del lavoro della responsabilità e contratto di ricollocazione*, cit., p. 76.

⁷⁷⁵ Per i quali si rinvia a VAN STEENDAM I., RAYMENANTS J., DE KLERCK, W. (a cura di), *Active labour market policies for the Europe 2020 strategy. Ways to move forward*, Anversa, 2011, nonché, più in generale, alla monografia di ALAIMO A., *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione nazionale e comunitaria*, Torino, 2009.

Se tale è la (comprensibile) scelta del legislatore, occorre però ricordare che in tanto le forme di indirizzo coattivo dell'attivazione dei soggetti destinatari degli interventi di ricollocazione possono essere considerate ragionevoli, in quanto, a fronte delle stesse (e quasi a relativa contropartita), divenga finalmente operativo un apparato efficace, efficiente ed integrato di sostegno nella ricerca dell'impiego.

Tale apparato infatti, come correttamente riconosciuto da attenta dottrina, presuppone, per un verso, l'acquisizione da parte degli attori pubblici di una "managerialità" che "colori le prestazioni sociali con criteri di efficacia/efficienza (ottimizzazione dei costi e delle risorse a disposizione, verificabilità dei risultati raggiunti)" e, per altro verso, "l'integrazione virtuosa con soggetti privati che operano nel "quasi mercato" dei servizi per il lavoro"⁷⁷⁶.

Orbene, pare potersi affermare che solo a fronte dell'effettiva implementazione di tale complesso apparato, e dell'acquisizione da parte dello stesso dei caratteri appena indicati, la ridefinizione dei meccanismi di condizionalità oggetto del d.lgs. n. 150/2015 potrà ritenersi utile a favorire una responsabilizzazione del lavoratore che non sia fine a se stessa (mirando alla sola conservazione di uno *status* protettivo e delle garanzie previdenziali e sociali allo stesso), ma divenga il volano di un rapporto proattivo tra il soggetto protetto e l'ente (pubblico e/o privato) competente che porti all'effettivo conseguimento del obiettivo finale della ricollocazione lavorativa.

⁷⁷⁶ CARUSO B. – CUTTONE C., *Verso il diritto del lavoro della responsabilità e contratto di ricollocazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 77.

Labour Law and Sustainable Development*

Tiziano Treu

1. Labour law and development: a complex relationship.	242
2. Sustainable and human development.	244
3. The future of protective legislation: more selective and essential.	246
4. Regulated and skills- friendly flexibility.	247
5. Employment support in transitional markets.	249
6. Innovations in welfare policies: costs and investments.	251
7. Insurance based schemes and fiscal support.	252
8. Education and the accumulation of human capital.	254
9. Social cohesion and collective actions.	254
10. The role of national States in a globalized world.	256
11. The instruments of transnational labor regulations: commercial and investment treaties.	257
12. Multinational enterprises and company agreements.	258
13. Regional regulations and regional Funds.	259
14. Some policy priorities.	260

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 130/2016

1. Labour law and development: a complex relationship.

In the last years, labor law and industrial relations are under the pressure of many hostile factors: on one side job killing technologies and global competition on the other political instability and deregulatory policies. Economic crisis which has hit many developed and developing countries has enhanced the negative impact of these factors on the real economy and on the labor market. The increased unemployment is the most dramatic evidence.

The traditional protective legislation is accused of being incapable of meeting the present economic challenges and even of representing an obstacle to innovation and development.

Certainly many of the historical traits of labor law and of social policies have to be redefined in order to face the problems posed by the new economic and social context. Here I will stress the need of a major redirection of the focus of our discipline.

Traditionally labor law was concerned mainly with the protection of workers and with the distribution of income, on the assumption that growth was a self-sustaining mechanism in a linear direction of development. This assumption has been contradicted by the recurrent crisis which have altered the once stable economic scenario, both in developed and developing countries.

Labor law and labor policies, in order to be effective and accountable to their stakeholders need to share with other policy measures the concern for growth. It has been argued (also) by international organization - ILO in the first place – that a major function of labor law is to reconcile economic growth with social justice. More specifically a most challenging task for our discipline is to prove that it can contribute to the sustainability of development and to advancing human capabilities.⁷⁷⁷

The relevance of the capability approach for a renewed labor law has been recently sustained and discussed by several scholars.⁷⁷⁸ Arguments have been advanced to show that this approach perspective can provide new value basis for our discipline in various fields, particularly where the traditional approach appears more vulnerable to neoliberal critics and inadequate to respond to the present economic and social challenges.

According to these arguments the capability theory may be useful in many respects: to bring our discipline closer to the concrete needs of workers, to indicate a more pragmatic path of development, to develop new techniques of protection based on the active engagement of the workers and capable of opening their margins of choice. This approach, which is typically located within a liberal framework, has been criticized “from the left”, because the centrality recognized to personal freedoms and choices can go to the detriment of the value of equality which is central in traditional labor law.

⁷⁷⁷ The ways in which labor law may contribute to these ends, and has historically done so, is a matter of both theoretical and empirical research: see Simon Deakin, *The contribution of labour law to economic and human development*, in G. Davidov, B. Langille, *The idea of labor law*, OUP, 2011, cap. 10, p. 268 ff., who refers to the approaches of A. Sen and M. Nussbaum, for applying the capability theory to labor law. The author argues that while a certain level of economic development is a necessary precondition for a functioning labor law system, there is also evidence that certain types of labor law can stimulate development and limit the market in the interest of a broader concept of individual and societal well being; see also R. Del Punta, *Labor law and the capability approach*, forthcoming in *International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations*, vol. 32, 2016.

⁷⁷⁸ See in particular the Authors quoted in foot note 1, also for further references.

Without going into this debate, I want to notice that the capability theory may offer valuable responses to this critique and escape the risk of an exclusively individualistic perspective, on two major conditions: provided that it develops also the collective dimension of social actions, including the promotion of collective capabilities, and that it recognizes a major role of public institutions in supporting fundamental personal and social rights.⁷⁷⁹

In this respect the suggestions of this theory need to be analyzed and developed in combination with the broader policy approach necessary to promote sustainable economic growth and development goals conducive to human and social progress.

The extent to which employment standards and labor relations regimes influence economic development, investment decisions and job creation, has been object of extensive research, but with limited convergent results.⁷⁸⁰ Convincing arguments have been advanced to show that the relationship between labour regulations and development is a complex one. It depends on many variables: most important are the general economic and social condition of a given national system, its stage of growth and its model of development, the public politics adopted in the years, the strategies of the social parties. The influence of law is only one contributing factor, and depends on the type and contents of labour regulation. The types of regulation have greatly diversified even in the legal system traditionally centered on rigid mandatory legislation. Different kind of reflexive and soft regulations have been adopted in order to better respond to complex economic and social issues and to leave room to flexible implementation by public and private actors. To the same end the practice of negotiated regulation has been widely used in variable forms, often innovative with respect to the tripartite concertation developed in Europe during the 70ies and 80ies.

Also taking into account these changes in the regulation the positions of many experts and of international organizations have been modified in recent years.

The OECD and the World Bank whose judgements were particularly negative about the impact of protective labor laws on development, have shifted to a more nuance' position and even recognized that "employment regulation are unquestionably necessary not just to protect workers and

⁷⁷⁹ See R. Del Punta, *Labor law and the capability approach*, quoted, p. 19-22, who concludes that the encounter with labor law can be successful if it allows labor law can become reconciled with the socially-oriented strand of liberal thought, which is the best candidate to gather the heritage of social democratic ideal.

⁷⁸⁰ This has been a major point of discussion at the 21th World Congress of the ISLSSL in Capetown, 15-18 sept. 2015: see in particular the reports by S. Deakin, *The contribution of labor law to economic development and growth*, and by A. Supiot, *What social justice in the XXI Century?*, both published in English in Bulletin of comparative labor relations, *Labor law and social progress. Holding the line or shifting the boundaries?*, n. 92, Darcy du Toit (ed), p. 19 ff., 1 ff., and in Spanish in *Laborem*, n. 18, 2016, p. 43 ff., p. 19 ff.; see also my paper written following the Capetown Congress, *Labor law and social policies: agenda for international research*, 2016. The question has been extensively debated by scholars: see the recent divergent positions by A. Verma, *Labor regulation and jurisdictional competitiveness. Investment and business formation*, a Review of the mechanisms and evidence, Queen's Printer for Ontario, 2016; A. Bassanini, Luca Nunziata, D. Venn, *Job protection legislation and productivity growth in OECD countries*, 2008, IZA, DP, n. 3555; W. Olney, *A race to the bottom? Employment protection and foreign direct investment*, Dpt. Of Economics, Williamstown, MA, 2013. The same issue has been repeatedly explored by international organization: OECD has changed its position from the Employment Outlook of 2004 to a more nuance opinion in the Employment Outlook of 2012, cap. 2, *What makes labor market resilient during recessions?*, and in the Employment Outlook 2013. The ILO has held that regulations well designed and conducive to decent work relationship are also important to promote inclusive growth: ILO, *Developing with jobs*, Report 2014, spec. p. 127 ff.; ILO, *An employment oriented investment strategy for Europe 2014*, Research Department. See also for similar opinions European Commission, *Joint employment report and communication on the annual growth survey 2016*, Comm. (2015) final.

for the proper functioning of the labor markets, but also to increase stability and productivity through employers workers participation".⁷⁸¹ Various aspects of labor and welfare legislation will be important in determining the positive impact of labor law and industrial relations on development;⁷⁸² examples will be presented below.

Development itself is not a uniform process shaped after standard models. Historical experience, if not blurred by ideology, confirms that, although national systems face common problems and constraints, the ways in which they respond may differ considerably from one country to another.⁷⁸³

2. Sustainable and human development.

Moreover the objectives and the very concept of development are undergoing a process of revision in order to include not only economic indicators (GDP in first place), but a wider set of goals and of immaterial goods, essential for the quality of life and associated with the concept of human development. According to this concept the performance of the national systems should be evaluated not only on the basis of the traditional parameters, even less of short term financial accumulation, but taking into account social and welfare indicators, such as health of the population, life expectancy, diffusion of education and culture, degree of equality, public and private safety, rate of employment, social and political participation, quality of services, etc.

⁷⁸¹ World Bank 2014, *Doing business 2015. Going beyond efficiency*, (Washington DC, International Bank for reconstruction and development), p. 231 ff.; ID 2015, *Doing business. Measuring regulatory quality efficiency*, (Washington DC, International Bank for reconstruction and development), p. 247 ff.

⁷⁸² A critical discussion of the various positions has been presented by S. Deakin at the Capetown Congress, *The contribution*, quoted, spec. p. 31 ff., based on extensive research and revision of the data and indices used by various studies to evaluate the "rigidity" of national regulations and their link with economic outcomes. These data support some significant although tentative findings showing that Employees Protection Legislation (EPL) often has the positive effect of encouraging employees to innovate, that laws supporting workers participation within enterprise and collective bargaining induce employment and productivities gains through their impact on workers motivation and commitment, and that support to collective employee representation is correlated with more equalitarian outcomes in wage bargaining. Moreover new statistical evidence may support the hypothesis that labor law changes which impose higher costs to employers in the short run may have long run positive effects in facilitating improvement in training and labor use, then reflected in productivity and employment gains. The need to consider long term trends is stressed by A. Verma, *Labor regulation*, quoted: labor regulation implemented in step with enhanced investment in skills may have positive effects on development and new capital investments, while the impact may be negative if greater regulation is not combined with commensurate investment in skills and innovation. See also C. Crouch, *Making capitalism fit for society*, Polity Press, cap. I, p. 18 ff., cap. IV, p. 74 ff.

⁷⁸³ The importance of national institutions, public and private in shaping the path of growth and the models of development has been differently considered; it is at the basis of theory of varieties of capitalism, expressed in the seminal work of P. Hall, D. Saskice (eds), Oxford Univ. Press, 2001. See on the importance of institutions and of institutional change, C. Howell and R. Kolins Givan, *Rethinking institutions and institutional change in European Industrial Relations*, BJIR 49, 2011, p. 231 ss.; K. Thelen, *Institutional change in advanced political economies*, in BJIR, n. 3, 2009; ID, *Varieties of liberalization and the new politics of social solidarity*, Cambridge Univ. Press, 2014.

For an analysis of the different reaction of European countries to the challenges of the economic crisis, see J. Visser, *Recent trends and persistent variations in Europe's industrial relations*, Ducht Social and economic Council, EURO, 2014; Bordogna, Pedersini, *How EMU is changing national industrial relations in Europe*, GDLRI, 2015, p. 183 ff. A different view, arguing for a convergence of national labor relations models toward a common neo liberal trajectory: in L. Baccaro, C. Howell, 2011, *A common neoliberal trajectory. The transformation of industrial relations in advanced capitalism*, Politics and society, n.3, p. 521-563.

Some of these parameters have been elaborated by various international organization and research groups;⁷⁸⁴ but they still meet with widespread resistance or skepticism among policy makers (and sometime public opinion). This perspective however represents a great opportunity for labor law and social policy because our discipline is challenged to reconcile economic growth and make it compatible with human development in the wider sense envisaged by those organizations.

This is indeed the main orientation and source of inspiration which should guide the revision of labor law and social policies, our discipline has full title to contribute to a new direction of growth and of development for the very fact that decent work is an essential condition (to promote) for sustainable growth.⁷⁸⁵

The range of innovative measures which might contribute to sustainable development covers many areas which go beyond the traditional domain of our discipline and indeed of legal regulation.⁷⁸⁶ They concern all public policies necessary to create a more inclusive economic and social environment favorable to sustainable development and to job rich growth. These policies are wide ranging and include, among others: public and private investments necessary to guarantee quality services and infrastructure and to spread education; innovative research and dynamic business environment, favorable financial conditions for long term investments, etc. Moreover, in order to be consistent with these objectives all major economic decisions, not only at national but at supranational level, should take into account their impact on social and welfare conditions of the people concerned.

A similar approach has been adopted in the European Lisbon Treaty of 2009 (art.9), which provides that all major economic decisions, at national and international level, should take into account their impact on social and individual welfare.⁷⁸⁷ This is an important policy approach whose implementation is meeting many obstacles in the actual national and European policymaking. But it is a decisive test for the truth of European social model.

⁷⁸⁴ J. Stiglitz; A. Sen; J.P. Fitoussi, 2009, Report by the Commission on the measurement to Economic performance and social progress, Report of the French President of the Republic, www.stiglitz.sen.fitoussi.fr/documents/rapport_anglais. See the declaration of Istanbul. See the "Declaration of Istanbul" adopted in 2007 and subscribed by the European Commission, the OECD, the Islamic Conference, the United Nations, the World Bank, the Program of United Nations for Development (UNDP), <http://www.OEDC.org/data-OECD/14/46/38883774>.

⁷⁸⁵ The concept and the indicators of decent work were first launched by the Dir. Gen. of the ILO at the 87th Conference in June 1999, see the discussion paper by D. Ghay, *Decent work: concept, models and indicators*, DP/139/2002, Int. Inst. of labor studies, Geneva. The ILO has repeatedly stressed that the quality and quantity of employment are themselves drivers of development: ILO Developing with Jobs, 2014, quoted, p. 33. See also with specific reference to development and security G.S. Fields, *Decent work and development policies*, Int. Labor Review, 20013, vol. 142, n. 2, p. 239 ff.; P. Auer, *Security in Labor markets: combining flexibility with security for decent work*, ILO 2007, Econ. and labor market papers, 2007/12.

⁷⁸⁶ Labor scholars should not overestimate the possible impact of legal regulation on competitiveness. The "Global competitiveness report" based on 12 indicators estimates that labor market efficiency, which includes regulations, counts only for 1/12 on system competitiveness (see data in

www.3.wereform.org/docs/WEF_globalcompetitivenessreport_2013.14, Pdf.

⁷⁸⁷ S. Giubboni, *Social Europe after the Lisbon Treaty: some skeptical remarks*, in European Journal of social law, 2011, p. 246 ff.; G. Vettori, *Fundamental and social rights. A discussion between two crisis*, ivi, p. 240. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Wolter Kluwer, Cedam, 2016, p. 30 ff.

This vision has specific implications on many aspects, technical and political, of our discipline. Let me indicate some areas where a revision of traditional approaches is necessary to promote innovative policy-making in employment and social security matters. It is a tentative list which needs to be enriched by common research. To this research activity our international society and its members are committed, as we have witnessed in recent years. In the congress of Capetown seven research groups have been launched in these directions.

3. The future of protective legislation: more selective and essential.

A first area has to do with the core of traditional labor law, namely protective legislation. The rigidity of this type of regulation is the most controversial trait which is accused of discouraging investments and innovation.

The evidence to support this view is far from conclusive. Nor there is widespread evidence of a “race to the bottom” in labour regulation across the globe directed to correct the rigidity of traditional labor law.⁷⁸⁸ Similarly data do not confirm the supposed 'erosion' of long term employment relationship, which is still the norm in most countries (but the average job tenure is decreasing particularly for younger workers).⁷⁸⁹

The regulatory trends are not markedly different, but rather convergent, between developed and emerging countries. As indicated above even organizations critical such as the World Bank have qualified their previous positions on the economic impact of labor law rules and have asserted the necessity for some kind of labor regulation as a response to the failures and imperfections which are inherent in the operation of the labor market. Recent studies as those presented by S. Deakin in Capetown, confirm that employment protections laws often have the positive effect, among others, of encouraging employers to invest in productivity-enhancing technologies.⁷⁹⁰

On the other hand the changing characters not only of informal employment but also of the standard contracts of work, may well require new adaptable types of regulation. Legal and collective decisions are involved in this search and have followed different paths, short of sheer deregulation.

A major area of innovation in many countries has been to differentiate some aspects and types of regulation according to the different positions and needs of employees in order to capture non standard forms of work, or, in the words of ILO, in order “to formalize the informal”. The treatment of atypical forms of employment may be improved by a the selective application of some basic standards.

The policy approach of individual countries to this problem are different; but the best examples have in common the aim of mitigating the dualism of the labor market. In some countries this approach has favored a new regulatory approach, simplified, better finalized and more flexible.

⁷⁸⁸ A. Verma, 2016, *Labor regulation and jurisdictional competitiveness*, quoted.

⁷⁸⁹ P. Auer, S. Cazes., (eds), *Employment stability in the age of flexibility*, ILO, 2003, *Introduction*.

⁷⁹⁰ S. Deakin, *The contribution of Labour Law*, quoted, 31 ff., 2016

A more selective and simplified type of regulation maybe more acceptable to employers, because there is evidence that investors, while avoiding over-regulation,⁷⁹¹ seek reasonable level of regulation. It may also useful to reduce the number of norms of detail which are burdening many legal systems and to increase the importance of basic standards, both at national and international level. According to the ILO these standards are to be suited to the economic conditions of the different countries. But the essential core of them should be universally respected. The commitment to guarantee their effectiveness is a major contribution of the legal systems to decent work, to equality and to social cohesion.

A different and difficult target is to capture the vast numbers of employees which, not only in developing countries, work in the grey areas of the labor market and in totally irregular or illegal conditions.⁷⁹² This task cannot be performed using only the controls of labor inspectors but modifying the economic and social conditions which are at the origin of high levels of informal employment.⁷⁹³ Performing the task requires the adoption of public policies aimed on one hand at providing better incomes and security for the groups working in the informal economy (both self employed and dependent workers), on the other hand at facilitating the integration of these workers into formal employment through various measures: public employment programs, training activities, tax reductions for informal firms, etc.⁷⁹⁴

Financial incentives aimed at promoting a gradual emergence of employment from the black market have been introduced in some countries, with some but uneven results. The legalization of these sectors of the labor market can be pursued only by convergent and lasting interventions of public institutions and of social actors directed to promote the culture and practice of legality. And these interventions need to be supported by economic policies capable of creating local and sectorial ecosystems favorable to stable development.

4. Regulated and skills- friendly flexibility.

Flexibility is another controversial area where labor law and industrial relations must adapt their traditional instruments to meet the changing needs of the enterprises, while maintaining their mission to guarantee the respect of workers and to promote decent work.

Flexibility is a necessity in modern systems of production which cannot simply be ignored. But the use of flexibility needs to be regulated in order to be compatible with decent work. Regulating

⁷⁹¹ A. Verma, *Labor regulation and jurisdictional competitiveness*, quoted. The World bank specifies that the impact of labor regulation may be negative when it is excessive but also when it is insufficient, World Bank, 2014, quoted, p. 231.

⁷⁹² See in general R. Hausmanns, *Defining and measuring informal employment*, Statistic Paper, ILO, Geneva, February 2004; C. Williams, M. Lansky, *Informal employment in developed and developing economics: perspectives and policy responses*, in Int. Labor Review, vol. 152, 2013, p. 335-380, and the panel discussion chaired by M. Weiss at the 21th ISLSSL World Congress, Cape Town, Sept. 16, 2015.

⁷⁹³ ILO, *Developing with jobs*, quoted, 97 ff. Evidence of some significant impact of these policies on informal work can be derived by recent ILO data which indicate a rising share of formal employment in quite a few emerging countries, particularly in east Asia, where the proportion of this kind of work has increased from a quarter to over a half in the last twenty five years, ILO 2015, *World employment and social outlook: the changing nature of jobs* Geneva, p. 29. See also the special issue of Inter. Lab. Review (2013, n. 3) devoted to "informality across the global economy: subsistence, avoidance, and violation".

⁷⁹⁴ See the recent ILO recommendation n. 204, *Transition from the informal to the formal economy*, 104th session conference, 12 June, 2015.

flexibility has different implications in various areas. Innovative regulation is most needed for non standard forms of work and in the grey area between dependent employment and self employment/individual entrepreneurs. Most of these workers, whose number has been growing in both developed and developing countries, are formally independent but economically dependent. Quite a few national legislations (Spain, Germany, Italy) have been passed to extend some protective and promotional norms to these workers.⁷⁹⁵

A different objective of the regulation of flexibility valid for all types of work is to prevent excessive pressure on the stability of working life. Equally important is to finalize the various forms of flexible employment to the enrichment of the content and value of work. The importance of internal flexibility, also relative to the external, has increased in recent years due to various factors, such as the need of enterprises to respond positively to the economic shocks and to technological change.⁷⁹⁶

A significant example in this direction can be found in some recent legislations which have committed the employers to provide specific training to the employees involved in horizontal and vertical mobility, with the aim of enabling them to perform the new jobs assigned to them.⁷⁹⁷ A virtuous use of “functional mobility” assisted by specific training is essential to prevent the professional obsolescence of those employees who are faced with rapid organizational and technological change.

Such a practice is important also to reduce the risk that employees whose position have been modified or abolished, be hit by economic dismissals. Quite a few examples of socially responsible enterprises confirm that a similar finalization of mobility may contribute to make dismissals an “extrema ratio”. On the other hand employing a mobile and multiskilled work force increases the capacity of enterprises to face the shocks of the markets using their permanent employees instead of temporary and fixed term contracts.

It is up to the law to fix the basic principles concerning mobility. These principles might on one side recognize the possibility to assign workers to different jobs also outside the boundaries of the traditional classifications, which have often become anachronistic. On the other hand the law should demand that employers provide adequate training to their employees.

⁷⁹⁵ One guiding principle often followed is to tailor the legal regulation to the different positions and needs of these employees; see in general D. Adams, S. Deakin, *Institutional solutions to precariousness and inequality in labor markets*, BJIR, 2014, p. 779-809; the General Report by Judy Fudge to the 21th World Congress of the ISLSSL, Cape Town, Sept. 17, 2015, *Equality and citizenship at work as conceptual foundations for Labor Law*, now published with the title of *Challenging the borders of labor rights*, in Bulletin of Comparative, quoted, p. 73 ff., explores this variety of work patterns and in particular the need to extend the focus of our discipline also to personal work relations. See the comparative analysis in selected countries of Latin America, of Africa, of Europe, the Caribbeans, in G. Casale, ed., *The employment relationship in the Asia-Pacific region, Canada, the USA and Mexico*, ILO, Geneva, 2011.

⁷⁹⁶ F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *The political economy of work security and flexibility. Italy in comparative perspective*, in Policy Press, 2012, p. 150.

⁷⁹⁷ A similar provisions has recently been approved in Italy by decree 81/2015: see T. Treu, *Labour law in Italy*, 5thed., Wolter Kluwer, 2016, p. 78 ff. The importance of continuous training finalized to adapt the skills of workers is commonly stressed, but not always followed by consistent practices: see in general K. Hoeckel, *Cost and benefits in vocational education and training*, OECD, EDU/EDPC/CERI, (2008), 3.

The actual implementation of these principles and the management of mobility are better left to the practice of labor management relations in the workplace, through consultation and agreement between employers and workers representatives. Similar principles could be followed also to promote a virtuous use of flexibility of working time, finalized to improve personal work-time balance.

The protection of employees against unfair dismissals has been a basic tenet of labor law. Some countries have introduced legislation directed not to contradict the principle but to reduce the sanctions for its violation. In order not to nullify the legal protection, the reduction of sanctions should not deprive them of their dissuasive effectiveness; a principle endorsed by decisions of the European Court of Justice (ECJ).⁷⁹⁸

A more profound adaptation of law labor is necessary to cope with economic dismissals. Sanctions against abuses are necessary here too. But the most urgent need is to provide legal and economic instrument to prevent these dismissals and to protect the employees from the loss of employment.

Some countries have introduced innovative policies in two directions. In the first place employers have been obliged to include in their business plans the expected trends of employment including the impact of possible downturns. The plans are also requested to implement in due time the measures necessary to reduce this impact: training and retraining programs for the employees most at risk of unemployment, mobility and reorganization of work finalized to adapt the use of workforce to the new business needs. In addition the law has often provided forms of temporary suspension of work and of short time, duly subsidized, to allow time for business adjustments.⁷⁹⁹ When dismissals cannot be avoided, the law and collective agreements usually provide for procedures to regulate the order and the consequences of these dismissals, with the aim of guaranteeing a fair selection of workers to be dismissed, and the possible remedies. The best national practices indicate that the support should include not only guarantees of income, but personalized assistance in the search of work opportunities, including the opportunity to enrich and update their skills according to their personal capacities and the trends of the labor market.⁸⁰⁰

5. Employment support in transitional markets.

The impact of economic crisis but also the recurrent business and labor market changes have increased the pressure on the national systems of employment protection and security. Monetary indemnization and assistance have become often an unbearable burden on the public budget. In any case they are insufficient to support the employees in the periods of transition which are becoming a normal feature of modern labor markets. For this reason more resources and organizational efforts should be devoted to active labor policies and specifically to the re-training and replacement of displaced employees.

⁷⁹⁸ See eg. ECJ, October 12, 2004, *Commission vs. Rep. of Portugal*, c.55/02; ECJ, December 10, 2009, c. 233/08, *Rodriguez Mayor*.

⁷⁹⁹ The German case is particularly significant, K. Brenke, U. Rinne, K. Zimmermann, *Short time work. The German answer to the great recession*, *Int. lab. Review*, 2013, 2. See also the Italian experience, T. Treu, *Labor law in Italy* quoted

⁸⁰⁰ French legislation has provided extensive measures to safeguard employment, and to avoid or limit collective dismissals: see J.R. Emanuel Ray. *Droit du travail*, 2014/2015, Wolter Kluwers, p. 330 ff.

The capacity to implement effective policies of this kind is a major testing ground for labor law and social welfare. The success of these policies is necessary to balance the flexibility required from the employees and to justify the much proclaimed idea of “flexicurity”⁸⁰¹

It is equally important to reduce the risks linked to precarious employment, because precariousness does not depend only on the type of labor contract of the workers but on the protections and services available on the labor market.

The results so far obtained are uneven also in those European countries which have greatly invested in flexicurity. Keeping this balance is difficult because it is not simply a matter of resources and of efficient organization of employment services. It requires first of all a balance between labor demand and supply; when labor demand is scarce the impact of active labor policies is reduced. In fact these policies are only one element in a comprehensive strategy whose positive effects need to be supported by macroeconomic policies aimed at promoting job rich growth.

This is an important caveat to be addressed to policy makers, particularly in developing countries, but now also in advanced economies hit by a long lasting economic crisis. Still effective labor market policies are a major instrument to ensure people against the increased risks linked to globalization and indeed a 'major plank of the social dimension of globalization'.

Implementing a comprehensive system of labor policies requires a widespread consensus on the need and on the ways to promote good employment opportunities for workers and indeed a new labor market governance based on the active participation of public institutions and of social parties. Such a tripartite approach has been experimented in a few countries with success in the past.⁸⁰² Now it needs to be enriched by more personalized services and by increased social investments in order to meet the needs of a diversified working population and to promote their active presence in the “transitional markets” of modern economies.⁸⁰³ Employment and welfare services should follow individual workers rather than being tied to specific jobs and industries.

Such demanding task requires even more than in the past lasting commitment of public powers and a full recognition of the role of trade unions in labor market governance: both conditions which are far from being fulfilled in many countries.

Some comparative studies, indicate that the impact of active labor market policies is linked to the type of program rather than to general economic and institutional conditions.

⁸⁰¹ The debate on this issue has been going on in Europe since 1997 when flexicurity was endorsed by the Commission as the major guideline for labor market policies: see among others, T. Wiltshagen ed., 2007, *Flexicurity Practices. Expert report for European Commission*; Eurofound, *The second phase of flexicurity*, Dublin, 2013; P. Auer, *Security in labour markets: combining flexicurity with security for decent work*, ILO, Geneva, 2007; C. Crouch, *Making capitalism*, quoted, p 76; F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *The political economy*, quoted, p. 142. P. Auer, U. Efendioglu, J. Leschke, *Active labor market policies around the world: coping with the consequences of globalization*, ILO, Geneva, 2008.

⁸⁰² See M. Freeland, P. Craig, C. Jacqueson, N. Kountouris, *Public employment services and European law*, Oxford 2007; L. Bordogna, R. Pedersini, *The EMU*, quoted; P. Auer, *Security in labor market*, quoted; S. Sturn, *Are corporatist labour markets different? Labour market regimes and unemployment in OECD countries*, Int. Lab. Review, 2013, 2.

⁸⁰³ P. Auer, S. Cazes, *Transitional markets and employment stability*, Ch. 14, in *Labor market, gender and institutional change*, M. Mosley, J. O'Reilley (eds.), Edward Elgar, 2002; F. Leroy, L. Sruyven, G. Schmid, *Building bridges. Shaping the future of public employment services towards 2020*, Bruxelles, 2014.

In particular private sector incentive programs and personal employment services with conditionality, show a significantly better performance than traditional training programs, while direct employment programs in the public sector are rarely effective. Young people appear to be particularly hard to assist.

An essential value of active labour policies and of employment services, even apart from the specific contributions to employment, consists in their capacity to activate and involve people in search of work opportunities. This is a basic reason why investing in these policies should have priority with respect to subsidizing non work.

The ILO has repeatedly held that implementing effective and inclusive labor policies is a priority in developing countries, in addition or even before reforming regulations.⁸⁰⁴

6. Innovations in welfare policies: costs and investments.

A redefinition of scope is equally necessary for the law of employment and for welfare policies. The institutions of social security have played a major role in protecting the workers against the risks of economic life. So they have contributed not only to social cohesion but also to promoting equality among the different groups of population and the inclusion of workers in the formal labor markets. Hence indirectly then have favoured societal well-being and economic growth.

The hystorical dimensions of social security adopted mainly in European countries are now being threatened by many adverse factors: financial cointstraints, demographic transformations such as the aging of population, the pressure of global migrations and, on a different level, the decline of solidaristic institutions and ethics. Mature welfare systems have reacted differently to these constraints, mainly adapting their institutions and changing the targets and the distribution of welfare measures rather than simply cutting the costs.⁸⁰⁵ On the other hand welfare measures capable of protecting and reassuring individuals and communities in front of these transformations are mostly in need.

Public institutions will be called to compensate for the lack of protection provided by traditional labor law, particularly to employees so far mostly excluded, informal workers and migrants. This raises a critical issue; namely how and to what extent grant social protection to groups of employees who cannot support the system with their contributions as required in traditional social security. Proceeding in this direction would imply a shift of financing from social contribution to general taxation; and indeed a change in the objective of welfare from protection against specific risks mostly related to employment to response to basic needs. At the same time a more com-

⁸⁰⁴ ILO, Employment working paper, n. 67, S. Cazes, S. Verick, *What role for labor market policies and institutions in development*, 2016, p. 19.

⁸⁰⁵ Indeed the social expenditures in Europe have remained rather stable until recently. Indeed according to the OECD in the countries analyzed major social expenditures in social services have increased apart from expenditures for old age pensions. See A. Hemerijck, *Changing welfare states*, chap. 7, p. 225 ff.; OECD, *Employment Outlook 2008*; B. Chantillon, H. Verschueren, P. Ploscar, ed., *Social inclusion and social protection in the EU. Interactions between Law and policy*, *interetia*, Cambridge, Antwerp Portland, 2012, p. 14 ff., and in particular for pension policies, D. Natali, *EU coordination of pension policy*, *ivi*, p. 131 ff.

mitting task requested to our discipline is to reinforce the legal protections with measures promoting equal opportunities and social inclusion also of standards workers. Because equal opportunities and social inclusion are essential components of human development.

In this perspective the transformation of labour law will have to go hand in hand with the search for new welfare measures shaped not as passive costs but as social investments in the personal qualities of their beneficiary useful to maximize their capacities, or “capabilities”. This approach has been widely explored by scholars and to some extent endorsed by the European Union.⁸⁰⁶ But it has to find the ways to exploit the potentials of individuals and of groups to support personal trajectories in the various life cycles and also to shape a new welfare mix based on private collective initiative capable of mobilize resources in addition to those provided by public contributions. How to proceed in these directions is an open issue debated among the policy makers of both developed and emerging countries. Another critical issue is how to activate the beneficiaries of welfare measures with personal initiatives useful to their employment or re-employment.⁸⁰⁷

The latter needs not reproduce the patterns adopted by the historically industrialized countries. Possibly the experience of mature systems should teach how to avoid the increase of costs and of bureaucracy which have burdened traditional welfare states. Some initiatives of emerging countries indicate the importance of group support and of micro finance to promote and spread new experiments of community welfare. Mutualism assisted by public support and incremental improvements will probably be a way to build institutions of social security in these countries,⁸⁰⁸ more appropriate than top down legislation. Public interventions might concentrate the available resources to provide minimum standards of protection and of welfare for the citizens, first and foremost directed to contrast the most serious cases of poverty and deprivation.

7. Insurance based schemes and fiscal support.

The possibility to establish pension schemes like those adopted in some developed countries based on contributions by the social parties (workers and employers) in the unionized sectors, will have to be tested on the basis of the economic evolution of the various contexts and of the economic options open to the parties. Even in OECD countries this type of sectional welfare based

⁸⁰⁶ See the *Social investment package*, Communication of the Commission (COM 2013); A. Hemerijck, Changing welfare states, quoted, p. 130 ff.; M. Ferrera, A. Hemerijck, *Recalibration Europe's welfare regimes*, in J. Zeitkin, D. Treubeck (ed), *Governing work and welfare in new economy*, OUP, 2003, p. 88 ff.; A. Hemerijck, *Changing welfare state*, quoted, p.133 ss.; M. Ferrera, *The boundaries of welfare: European integration and the spatial policies of social protection*, Oxford Univ. Press; E.B. Cantillon, *The paradox of social investment: growth, employment and poverty in the Lisbon era*, Journal of European Social Policy (JESP), 2011, p. 432 ss., quoted.

⁸⁰⁷ A matter of discussion is the application of the principle of “conditionality”, specially the conditions required from the unemployed to receive welfare benefits and the sanctions for non compliance. See for different positions, various essays in E. Sol, W. Westerweld, (eds), *Contractualism in Employment services, a new form of Welfare State governance*, Kluwer, 2005 p. 123 ff., 130 ff.; P. Auer, *Protected mobility for employment and decent work. Labor market security in a globalized world*, JIR, 2006; J. B. Barbier, W. Ludwig Mayerhorfer *The many worlds of activations, Introduction to the special issue of European Societies*, 2004, vol. 6; F. Leroy, L. Struyven, G. Schmid, *Building bridges. Shaping the future of public employment services toward 2020*, Bruxelles, 2014.

⁸⁰⁸ See the general report by prof. M. Asher to the 21th World Congress of ISLSSL, Cape Town, Sept. 17, 2015, *Social Security: which way forward?*; and *Setting an ILO agenda for fair migration*, 2014. Report of the director general to the 104th session of the International Labor Conference, Geneva.

on insurance schemes is being weakened by the changed market and political conditions: increased unemployment, low growth and declining incomes of the working population. These new conditions are suggesting a new direction of policy in quite a few developed countries, namely - as indicated above - the need to combined the existing insurance schemes with welfare provisions financed by the general fiscal budget and directed to provide income and services to workers and citizens in need.

It is worth noticing that some of these countries are introducing different measures in this direction: special adjustment funds to support workers hit by mass redundancies and/or displaced by foreign competition; various forms of basic income, usually conditioned on means testing, to poor citizens and low-paid workers, who are now among the “losers” of global competition.⁸⁰⁹

As mentioned above, globalization is affecting most aspects of our economic life and of the world of labor. One of the most dramatic impact has been the increase of inequalities among nations, among groups of people and among individuals.⁸¹⁰ The traditional economic and social policies of the world are challenged to react. In fact these inequalities represent a major obstacle not only to growth and development but also to political stability,⁸¹¹ as is proved by the pressure exerted by popular reactions on many national governments. The existing welfare systems including the Europeans which are considered to be “universal”, have not been able to redress the new types of poverty nor to reduce the risk of impoverishment which is increasing among the once secure middle class.

Recent research indicates some critical areas for reform, but few answers. How to change the financing and selection of welfare benefits to make them capable at facing the risk of poverty and of emargination. How to target the groups mostly at risk and to redistribute the resources and services accordingly. Would it be possible and to what extent to differentiate the contributions of the various groups of workers to social security. How important could it be the role and participation of private organizations in shaping and administering certain areas of welfare.

The young generations are among the most seriously hit by unemployment. A reorientation of active labor policies, training, and welfare protections is urgent to give them equal opportunities. The changing demography, with the rapidly aging of population is posing an unprecedented pressure to even to the most entrenched systems of health care and of personal assistance. Most of these risks will hardly be faced by the traditional social insurance schemes.⁸¹²

This is a further reason why different policy mix between insurance- based benefits and welfare measures financed by the national budget will be needed to provide income support and basic

⁸⁰⁹ T. Marx, K. Nelson, *Minimum income protection*, Palgrave Macmillan, 2013, cap. 1, *A new dawn for minimum income protection*; in the EU, S. Dullien, *A European Unemployment benefits scheme as an automatic stabilizer. Who benefits and who pays*. European Commission Social Europe, Office of Publication of EU, Luxemburg, 2013; ID, *A European unemployment benefits scheme*, Bertelsmann Stiftung, Gutesloh, 2014.

⁸¹⁰ While income inequalities have been growing in nearly all countries, the Gini coefficient is broadly correlated with levels of development, with the Nordic systems and Japan at one (more equal) end of the spectrum and Latin American and southern Africa at the other (more unequal) end: S. Deakin, *The contribution*, quoted, p. 28.

⁸¹¹ Arguments and evidence in this respect have been presented by quite a few economists: see in particular, J. Stiglitz, *The price of inequality*, London, Allen Lane, 2012; ID, *Globalization and its discontents*, London, Allen Lane, 2002; A. Atkinson, *Inequality. What can be done?*, 2015, Harvard Univ. Press, p. 11 ff.; T. Piketty, *Capital in the twenty first Century*, trans. Cambridge, Harvard University Press, 2014.

⁸¹² Asher, *Social security: which way forward?*, quoted.

services to all citizens.

8. Education and the accumulation of human capital.

Protection and equitable income redistribution remain essential functions of present welfare. But labor law and welfare systems are called to develop new functions if they want to be not only compatible but functional to sustainable growth and to human development. The contribution of our discipline to this end depends on the capacity to intercept and sustain the general strategies mentioned above which can promote human development.

The measures which are specific to our discipline are first of all those which can promote among workers and citizens the human and social capital. In the present “knowledge society” the accumulation of human capital is based on education and continuous education. Education and training are essential not only to support the quality of work and competitiveness, but also to enable individual workers to fully realize their capacities, to contribute to the common development and to have access to the benefits of growth.⁸¹³ Income distribution itself is greatly influenced by the education and by the skills of workers. Those highly skilled benefit most from new technologies, while the poorly educated are the losers.

The education and professional skills necessary to be in line with the needs of present society, are greatly superior to those sufficient in the past industrial era.⁸¹⁴ New employment and training services are required to meet the needs of an increasingly variable workforce, often quite distant from the traditional users: the young NEET, the increasing number of women and of old aged, the multitude of immigrants and the educated knowledge workers, which may be semi autonomous but still in need of help. Moreover the provision of these services is not occasional as it was in the past, but may be recurrent in the life of the individuals due to the volatility of the markets and also to the variable personal and family needs.

The private and public investments in the education and training will have to grow accordingly, in parallel with the equally decisive investments in research and productive innovation. For the same reasons education and training should become the very basis of an active welfare and the same time an essential part of the public policy of growth. Quite a few emerging countries seem to have adopted such a strategy more clearly than some developed nations.⁸¹⁵

9. Social cohesion and collective actions.

Individual capacities or capabilities are essential for human development, but they don't exist not function in a social vacuum. For this reason personal capacities and their development by the

⁸¹³ A. Supiot, *Which social justice*, quoted. The importance of enhanced investments in skills, combined with selective regulation to attract investment is stressed by A. Verma, *Labor regulation*, quoted.

⁸¹⁴ See in general the ILO recommendation n. 195, 2004 Labor Conference International; ILO Report for G20, *A skilled workforce for strong sustainable and balanced growth*, feb. 22, 2011; CEDEFOP, 2010, *Skills supply and demand in Europe. Medium term forecast up to 2020*; ID, *The shift to learning outcomes*, 2008; M. Young, *Alternative educational futures for a Knowledge Society*, in European education Research Journal, 2010, 9, n. 1. W. Heichorst, N. Rodriguez- Planas, R. Schmidl, K. Zimmermann, *A road map to vocational Education and training system around the world*, IZA, Discussion paper n. 7110, 2012, particularly on education and training focused to face the problem of youth joblessness. J. Fien, R. McLean, Man.Go Park (eds), *Work, learning and sustainable development*, Unevoc Springer, 2008.

⁸¹⁵ D. Ashton, F. Green, J. Sung, D. Tames, *The evolution of education and training strategies in Singapore, Taiwan and Korea: a development model of skill formation*, Journal of education and work, 2002, vol. 15, 1.

instruments of labor law, cannot be pursued in isolation. They need to be supported by a wide set of public and collective policies and by the intervention of public institutions finalized to promote sustainable economic and employment growth and social welfare.

Indeed social cohesion is necessary not only for the accumulation of social capital but also for promoting the capacities and the opportunities of the individuals. The welfare of the XX Century resulting from a comprehensive social and political compromise, has been decisive in sustaining social cohesion in many developed countries. The transformations of the last years have altered the very basis of this compromise, because they have changed the balance of power between social actors to the detriment of organized labor. Even more in depth the individualization of working life and of personal identities is favouring a decline of collective experiences. I firmly believe that social cohesion is a common good conducive not only to the well being of people but also to sustainable development. It is a major responsibility of policy makers to create the conditions to keep our society cohesed even in the present turbulent environment.

The collective actors - unions and employers - which have supported the social compromise of the past are responsible for adapting their strategies in order to reaffirm their role to this end. The revitalization of collective actions and of labor unions is a difficult and indeed uncertain objective.⁸¹⁶ But I am convinced that this is still a major social and political target to be pursued for the cause of social justice. Research findings confirm that legislative support to collective employee representation and the growth of collective action are correlated with more equalitarian wage bargaining and with an increased labor share in national income.⁸¹⁷ Here again there is no ready-made and uniform model to follow. Creativity and innovations are necessary conditions for collective bargaining and industrial relation to avoid a destiny of decline.⁸¹⁸ I suggest two major directions of policy which have been developed in previous research.

One: innovative initiatives in industrial relations might require not only changes in the contents and in the structure of collective bargaining, but the search for forms of collective action based on new motivations of the variable workforce of today. This might require a multidimensional approach - bilateral and trilateral - to the regulation of individual and collective relations of the various groups, possibly involving not only working condition but also other aspects of working life.⁸¹⁹

Two: I believe that the adverse factors which are weakening collective actions both in developed

⁸¹⁶ This is a widely shared opinion among scholars, although their conclusions on the future of industrial relations vary considerably. A rather pessimistic analysis is presented in the paper by L. Baccaro and C. Howell, *A common Neoliberal trajectory: the transformation of Industrial Relations in advanced capitalism*, quoted, p. 521-563; a more nuanced vision can be found in M. Keune, *Decentralized wage setting in time of crisis*, European Labour Law Journal, n.2, 2011; J. Visser, *Recent trends and persistent variations in Europe's Industrial Relations*, Dutch Social and economic council, 2004, www.ser.nl. M. Taipa, C.L. Ibsen, T. Kochan, 2015, *Mapping the frontier of theory in industrial relation. The contested role of worker representation*, Soc. Ec. Review, p. 157 ff.

⁸¹⁷ S. Deakin, *The contribution*, quoted; S. Deakin, Malmberg, Sakar, 2014, Int. Rel. Review.

⁸¹⁸ T. Kochan, 2012, *Collective bargaining: crisis and its consequences for American society*, IRJ, p. 302 ff.

⁸¹⁹ See the Report by Judy Fudge to the Capetown Congress, *Equality and citizenship at work as conceptual foundations for labor law*, now in Bulletin, quoted, p. 73 ff. The volume by R. Freeman, J. Mersch, L. Mighel (eds), *Emerging labor Market institutions for the twenty first Century*, Univ. of Chicago Press., 2005, presents significant examples of new union initiatives, of the intervention of non workers organizations, and of new work place institutions. The growing importance of civil society organization and action in shaping labor regulations and policies is stressed by B. Hepple, *Factory influencing the making and transformation of labor Law in Europe*, in G. Davidov and Langille, *The idea of Labour Law*, quoted, p. 100 ff., 127 ff.

and developing countries, can be opposed only by the concurrent action of public institutions and of social actors. The full recognition by national legislators of individual and collective rights - freedom of association, right to bargain and to strike - remains an essential condition to legitimize and promote collective action in democratic societies.

The experience of some countries indicates that the effectiveness and quality of collective action can be facilitated by promoting workers participation within the enterprises and in the public institutions, national and local, which are active in employment and welfare services.⁸²⁰ In the countries where this kind of participation has been widely adopted, it has contributed to improving labor management relations and to increasing both the welfare of employees and the productivity of the system.⁸²¹ Indeed the involvement and the empowerment of workers in the relevant areas of their life are important factors of human development.

10. The role of national States in a globalized world.

Most areas of policy innovations indicated in this paper involve the responsibility of national legislators and social parties. Certainly in a globalized world these actors have to face unprecedented constraints, not only financial but coming from the increased productive and regulatory competition among nations.⁸²²

In spite of this, national states and actors maintain a major role particularly in shaping labor policies. This is confirmed by the persistent diversity in the various regulations which reflect the specific conditions of each country. Some national legislators and governments have recently reasserted their authority on these issues, responding to the growing pressures of their constituencies who are resisting to restrictive supranational directives.

The reasons for these national reactions are different and not always socially oriented. But even international experts who are not biased against globalization recognize that global trades should be subject to some limits and scrutiny taking into account the fundamental national interest. Such a scrutiny would be useful to counterbalance global pressures and make for a more "intelligent" globalization.⁸²³ In many international trade negotiation and agreements the national negotiators have in fact requested the respect of basic standards, mainly in labor and environmental issues which they consider of paramount importance for the economy, the quality of life and even for the cultural identity of their countries.⁸²⁴

⁸²⁰ Extensive and diversified forms of workers participation have developed particularly in Europe throughout the XX Century, at the initiative of national States and lately of the European Union. The participation of social parties in public institutions is also diffused in many European countries (see the so called Ghent system) and also in some mediterranean states: see M. Weiss, *Employee involvement in the European countries*, in M. Weiss, M. Severinsky, *Handbook on employees involvement in Europe*, Kluwer, 2005, p. 1 ff.

⁸²¹ See S. Deakin, J. Malmberg, P. Sarkar, 2014, *How do labor law effect unemployment and the labor share of national income? The experience of six OECD countries, 1970-2010*, Int. Lab. Review, vol. 153, n. 1; S. Deakin, C. Fenwick, P. Sarkar, *Labour law and inclusive development: the economic effect of industrial relations laws in middle income countries*, Univ. of Cambridge, Faculty of law, Research paper, 13/2014. The positive impact of employer worker cooperation is recognized also by recent positions of the World Bank, Doing Business Report, 2014, p. 231.

⁸²² The impact of global trade on labor law has been widely discussed since the seminal work of B. Hepple, *Labor laws and global trade*, Hart publishing, 2005.

⁸²³ D. Rodrik, *The globalization paradox. Democracy and the future of the world economy*, W. Norton & Company, New York-London, 2011.

⁸²⁴ The contents and the quality of social clauses now inserted in many trade agreement, are widely debated M. Faioli, *The quest for*

The recent Transpacific Trade agreement (TPP) and the present negotiations aimed at signing a Transatlantic Trade agreement (TTIP) are significant examples.

The European Parliament has posed to the negotiators of TTIP strict conditions to be respected particularly in labor and environmental matters. It has declared non negotiable the safeguard of the existing European and national labor standards, and has requested a periodical “sustainability impact assessment” (SIA) of the social and environmental effects of the treaty.⁸²⁵

The national negotiators of the Transpacific partnership (TPP) have included in the agreement a social chapter more assertive than the clauses of previous treaties, committing the parties to “adopt and maintain basic social rights in regulations and practices”, and to guarantee “acceptable conditions of work with respect to minimum wage, hours of work, occupational safety and health (acceptable as determined by each national signing party).

The existing differences of national regimes in the major issues of labor law, including the protection of employment and the regulation of labor management relations, confirm that the convergence among different legal systems envisaged by some scholars still meets many obstacles.

Some countries are reluctant to fully to recognize the fundamental collective rights, particularly the rights to strike, as requested by the ILO conventions. Signs of regression in this area are present in some African countries as commented during the Capetown Congress, but also in a few eastern European states whose policies are hardly respectful of the principles of social Europe.

On the other hand emerging Asian nations, including India and China, have introduced widely debated reforms of their labor legislation. Labor legislation in Latin America has a long history, influenced by particular by European and North America examples. It has undergone recurrent changes often correlated with the evolution of democratic political institutions. In recent years quite a few countries have introduced major reforms in individual and collective labor law which have favoured an increase in the coverage rate.⁸²⁶

The persistent importance of State action is confirmed by the fact that the necessary international projection of labor policies and the strengthening of the international organization, ILO in the first place, cannot proceed without the support of the national governments, beginning with those most influential in the international economic scenario.

11. The instruments of transnational labor regulations: commercial and investment treaties.

The development of transnational regulations, in spite of many attempts, is still at an infant stage. The recent experience of the European Union, which is a relatively homogeneous area, indicates the difficulties to harmonize even the basic traits of national legislations, particularly in the most

a new generation of labor chapter in the TTIP, *Economia Lavoro*, 2015, 49, p. 103 ff.; see among others, L. Compa, *Labor rights and labor standards in transnational trade*, 25 *law and Pol.*, Y. Int. Bus., 165/1993; ID, *Labor rights and labor standards in transnational trade and investment negotiation. An American perspective*, Transatlantic stakeholders forum, W. Papers series, John Hopkins Univ., 2014; J. Bellace, *Human rights at work: the need for definitional coherence in the global governance system*, *Int. Journal of Comparative Labour Law and Ind. Rel.*, 2014, p. 175 ss.; J.M. Sirohen, *Labour provisions in preferential trade agreements: current practice and outlook*, *Inter. Labor review*, 152 (2013), 1, p. 85 ss.; *Social dimensions of free trade agreements*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2013.

⁸²⁵ Resolution of the European Parliament, 8 July 2015, Prov. (2015) 0252; European Parliament, Commission for International Commerce, *Lange Report*, 2014/2228.

⁸²⁶ See the different cases presented by S. Deakin, *The contribution of labor law to economic*, quoted, p. 269 ff.

sensitive social issues. The so called “European model” is suffering from the pressure of the restrictive austerity measures imposed by the monetary authorities, which indeed do not correspond to the official commitments to promote stability and growth. The measures advocated by the major international organizations (ILO, OECD, World Bank) and by the repeated summits of the governments finalized to promote sustainable development have been partially implemented if not totally disregarded.

The possibility to proceed along the path of transnational labor regulations and social policies depends on many variables and on a myriad of public and private decisions. A multiplicity of actors are involved and different instruments may be combined according to the specific issues and areas concerned.

Commercial and investment treaties in different forms are a major vehicle of transnationalism. The social chapters which are now regularly inserted in these treaties have contributed to promote in international trade at least the basic social principle recognized by the ILO core conventions. Some recent agreements – including the TTP - have strengthened the language of these social clauses and the commitment of the signing states.

But the procedures for the enforcement of these commitments are usually weak and the implementation of even the fundamental right has proved uneven. On the other hand, hardly any attempt has been made to insert in the treaties promotional clauses which might commit the parties to improve their social policies according to the best national and international practices. Multiple strategies have been proposed to increase the effectiveness of social clauses: promote and extend the ratification of core ILO conventions, provide direct access of social organizations, trade unions and workers to dispute- settlement procedures, introduce more effective instruments of enforcement and sanctions, promote innovative forms of litigation in national courts and in front of international bodies.

12. Multinational enterprises and company agreements.

Multinational enterprises have become a key vector of global development and also a decisive player capable of promoting the transnational regulation of employment. They are already using different instruments to perform their supranational role, hereby contributing to the innovation also of legal techniques: unilateral ad hoc initiatives, stable programs in economic and social domains, guidelines of corporate social responsibility of variable content and impact, collective agreements with representative organizations of their employees (works councils, national and international unions).⁸²⁷

Transnational company -wide agreements can be an important vector of regulation across the borders in many labor and social issues.⁸²⁸ This type of agreements may have an impact on employment conditions more direct than transnational agreements concluded between the national or territorial organizations of employees and of employers in specific productive sectors. These latter agreements, according to the present legal regimes, have no legally binding effects on the

⁸²⁷ ILO, *Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy*, 4th ed., Geneva, 2006. P. Tergeist, *Multinational enterprises and codes of conduct: the OEDC guidelines for MNEs in perspective*, in R. Blanpain (ed), *Comparative labor law and industrial relations in industrial market economies*, 2014, W. Kluwer, p. 213 ss.

⁸²⁸ L. da Costa, U. Rehfeld, *Transnational collective bargaining at company level. Historical developments*, in K. Papadakis (ed), *Cross borders social dialogue and agreements. An emergency global Industrial Relations. framework?*, Geneva, ILO, ILLS, 2008.

individual companies and on their employees. Transnational company agreements, like national company agreements, have a “comparative advantage” in this respect, because their regulatory impact on employment conditions depends on the power of the employer to determine these conditions; power which the employer may exercise at his discretion or according to the terms of the agreement that he has signed with the legitimate representatives of his employees.

The agreements signed by transnational companies with the European works councils (EWC) have provided uneven evidence of their impact and contents. But they have proved to be an effective vehicle of transnational regulation in many issues of employment and of welfare. In some cases they have promoted good innovative practices of work organization and of workers participation. Often they have managed to regulate matters which have proved intractable at sectional or territorial levels, in spite of the support given by the European Union to collective bargaining and to social dialogue.

This is the case e.g. of issues concerning the restructuring and reorganization of firms or of groups of enterprises, the consequent redundancies, and in general the various processes of outsourcing of work, subcontracting and organizations of supply chains.⁸²⁹

13. Regional regulations and regional Funds.

Different and more direct forms of supranational projection of labor law and social policies have been introduced within some regional areas, in Europe, in the Americas, and more recently in Asia, which have set up common institutions and legal regimes.

The European Union has proceeded most in the direction of creating a common social sphere, through a variety of legal techniques. The resulting social model includes some traits inspired to the objectives of sustainable growth and human development. The pursuance of this model has produced positive results in many countries but also set backs due to various obstacles: weak recognition and legitimation of the European initiatives in these matters, specially vis a vis the commitments to financial integration, increasing pressures of centrifugal forces and forms of resurgent nationalism.

The instruments of hard law such as the directives have given way to the open method of coordination (OMC) and to loose guidelines, which share the value and the limits of other forms of soft law.

In spite of the obstacles so far experienced, the continental regions seem to be a manageable dimension and a possible intermediate step on the road to global policy making.

It is also worth noticing that some regional institutions have endorsed direct forms of transnational action aimed at promoting innovative social policies and at sustaining common goals of development. The European Union is a case in point. Their authorities have set up a series of Funds to be used by member states and by social actors for common social and economic targets.

⁸²⁹ M. Carley, M. Hall, *European works councils and transnational restructuring*, Dublin, Eurofound, 2006; J. Weddington, V. Pulignano, J. Turk, T. Swerts, *Managers, Business Europe and the development of European work*, Council ETUI, Working papers, 2016.06.

Among the most important are the social fund for education, training and promotion of employment; the fund for regional development; more recently the fund for the 'adjustment to globalization', which is a first transnational measure to counteract the negative effects of globalization on national enterprises and on their employees.⁸³⁰

A major investment program directly financed by Union resources have been recently announced by the president of the European Union with the aim of improving the weak performance of the European economies.⁸³¹

Finally, proposals have been advanced to establish a common system of unemployment benefits for the European workers financed with European funds. Such a fund would be an important sign of cross-border solidarity and would function as an automatic economic stabilizer for the recurrent periods of crisis.⁸³²

Similar funds could be experimented in other regional areas by way of bilateral or multilateral agreements with the aim of extending across the borders selected forms of welfare, and of sustaining national welfare systems. Welfare systems need transnational solidarity, particularly when they are in an early phase of development and in the fields where they mostly suffer the consequences of economic crisis and underdevelopment: fight against poverty, guarantee of minimum levels of income, promotion of young employment, special programs to support basic and professional education.

Short of interventions of supranational forms of government which are not in sight, the internationalization of labor law and of social policies will proceed by the extension and improvement of the different instruments mentioned here (social clauses transnational company agreements, codes of conduct, regional directives and direct interventions): not ready-made global regulations, but a web of rules gradually created by different national and international actors.

14. Some policy priorities.

The present although partial analysis provides sufficient evidence of the challenges that the great transformations of present times pose to our discipline. As we indicated lately in Capetown, common research is necessary to deepen our understanding of the future of work and to contribute to new policy-making in employment and social security matters.

Some legal and social instruments adopted by national practices have proved to be particularly useful.

Our discipline have a major role in promoting the well being of workers, their individual capacities and sustainable development, provided that it does not limit itself to react to external economic pressure and to defend its glorious traditions, but it dares to use in a innovative way the specific tools of the law and collective action.

⁸³⁰ On the use of European Fund, see the *Social investment package*, Communication of the Commission (COM 2913), 83, M. Heidenreich, 2009, quoted, p. 22.

⁸³¹ *An investment plan for Europe*, Communication from the Commission, Com/2014/0903 final.

⁸³² S. Dullien, *A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays?*, quoted, *A problematic analysis*, in G. Claey, R. Darvas, G. Wolff, *Benefits and drawbacks of European Unemployment insurance*, Policy Briefs Bruegel, 2014, Economic papers.

Our common discussions have given significant, even though tentative, indications on how labor law and industrial relations can contribute to this goal.

A few policy priorities need to be stressed again; the protection of workers from old and new social risks; the promotion of decent employment and of the quality of work which are the basis of sustainable development; the diffusion of investments in education and personal capacities, which are an essential road to equal opportunities; an active use of public and private welfare institutions, finalized to increase personal opportunities and to fight inequality and poverty; the promotion of collective voice and of employee participation in the working place and in the public scene; the endorsement of work place flexibility and productivity combined with measures to guarantee security in the labor markets; the support of labor friendly use of organizational and technological innovations.

For the reason already indicated, national states and social actors maintain the major responsibility for the implementation of these policies. But their responsibility includes an increased commitment to promote the social dimension and the democratic character of globalization.

La qualità del lavoro nelle politiche per l'impiego e nella contrattazione decentrata*

Francesca Malzani

1. Premessa.	263
2. Cos'è e come si misura la qualità del lavoro?	265
3. Il benessere organizzativo.	269
4. La conciliazione tra riforme legislative e nuove solidarietà.	273
5. Le sfide del welfare aziendale.	279
Bibliografia	282

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 313/2016

1. Premessa.

Nel 1982-1983 la Rivista *Sociologia del lavoro* editava un volume, a cura di Michele La Rosa, dedicato a *Qualità della vita e qualità del lavoro*. Erano gli anni in cui veniva pubblicato il fondamentale contributo di Luciano Gallino, che proponeva un approccio multidimensionale al tema della qualità⁸³³, da cui muovono le indagini e i contributi più recenti (*infra*).

Esiste, oggi come allora, una innegabile circolarità tra i due temi: i cambiamenti delle condizioni di lavoro hanno inciso sugli stili di vita⁸³⁴ e questi ultimi, ad esempio grazie all'innalzamento dei livelli di scolarizzazione, a loro volta hanno contribuito all'acquisizione di una maggior consapevolezza dei ruoli nei contesti lavorativi e di una più nitida percezione di cosa ci si attenda quando si parli di qualità del lavoro.

Nel 2012 la Rivista ha presentato un bilancio delle tre decadi trascorse da quel numero monografico. Un bilancio redatto alla luce dell'internazionalizzazione dell'economia, della crisi che ha profondamente colpito i mercati su scala mondiale dal 2008, dei nuovi modelli organizzativi adottati dalle imprese (dal *taylorismo-fordismo* al *toyotismo*, *world class manufacturing*, *lean production*), dell'allungamento dell'aspettativa di vita lavorativa (*active ageing*), nonché del fiorente dibattito sul c.d. *decent work*⁸³⁵.

Ciò che emerge dai contributi è la non univocità delle dimensioni e delle caratteristiche del lavoro di qualità, la difficoltà di costruire una gerarchia, se necessario⁸³⁶, tra le sue declinazioni e di procedere a una quantificazione, data l'elevata soggettività con cui vengono intese dai lavoratori⁸³⁷.

La qualità percepita è in stretta connessione con il *modo di lavorare* e, come sosteneva Luciano Gallino, «viene a configurarsi come una variabile di cui sono note le modalità negative», ovvero si avverte la mancanza di *qualcosa* nella misura in cui non sono soddisfatti i propri bisogni fondamentali, ma «di cui occorre pur sempre individuare le modalità positive»⁸³⁸, per poter operare dei correttivi o rivedere l'intero assetto organizzativo.

La diffusione di processi di *intensificazione* («fare più cose nel medesimo lasso di tempo») e *den-sificazione* («soppressione di ogni tipo di pausa nel calcolo dell'orario») del lavoro sia nei settori

⁸³³ L. GALLINO, *Informatica e qualità del lavoro*, Einaudi, Torino, 1983, p.116 ss., ne indicava quattro: dimensione ergonomica, dimensione della complessità, dimensione dell'autonomia, dimensione del controllo (*infra* §1).

⁸³⁴ Penso, solo per citare i più intuitivi, alla riduzione della fatica e dei ritmi di lavoro dovuta al progresso tecnologico, al miglioramento dei livelli di sicurezza, al ruolo della contrattazione collettiva nella definizione della retribuzione minima, al tempo liberato dal lavoro e restituito alla persona e alla famiglia (riposi, ferie, congedi parentali o di altro tipo). Per poi giungere ai cambiamenti che segnano una rimodulazione degli spazi e dei tempi (esternalizzazioni; de-localizzazioni; reti; modelli organizzativi che presuppongono capacità di adattamento e nuove flessibilità, *problem solving*, *saper agire*, ecc.): cfr. G. GOSETTI, *Dalla qualità del lavoro alla qualità della vita lavorativa: persistenze e innovazioni nel profilo teorico e nelle modalità di analisi*, in *Sociologia del lavoro*, n. 127, 2012, p. 19 ss.

⁸³⁵ D. GALLIE, G. GOSETTI, M. LA ROSA (a cura di), *Qualità del lavoro e della vita lavorativa. Cosa è cambiato e cosa sta cambiando*, in *Sociologia del lavoro*, n. 127, 2012.

⁸³⁶ Alcune voci possono essere dirimenti per taluni e irrilevanti per altri: la disponibilità a viaggiare o ad orari molto flessibili ha, ad esempio, un impatto maggiore su chi ha carichi familiari, non surrogabile con voci retributive compensative.

⁸³⁷ F. GREEN, *Concetti, teorie e misure della qualità del lavoro*, in *Sociologia del lavoro*, n. 127, 2012, p. 52 ss., propone una distinzione tra caratteristiche intrinseche (libertà decisionale, relazioni sociali, ritmo e intensità di lavoro) ed estrinseche del lavoro (prospettiva futura, sia in termini di valorizzazione della crescita professionale che di sicurezza del posto e di eventuale ricollocabilità sul mercato, conciliazione vita-lavoro, partecipazione alle decisioni aziendali), mentre la retribuzione occuperebbe un ruolo a se stante.

⁸³⁸ L. GALLINO, *Informatica e qualità del lavoro*, cit., p. 115.

tradizionali (industria) sia in quelli collegati alla *net-economy*⁸³⁹, all'interno di un sistema economico sempre più *flessibile*, ha inciso sullo svolgimento della prestazione, sulle abitudini delle persone, sui ritmi di lavoro e di vita, con un consistente aumento di disturbi e patologie *stress* lavoro-correlati. È quanto risulta da uno studio realizzato dall'Etui nel 2016, che parla di rottura dei tradizionali confini tra spazio/tempo di lavoro e vita privata, di virtualizzazione dei rapporti e di crescente confusione tra ciò che è urgente e ciò che è importante⁸⁴⁰.

Ci troviamo nell'epoca dell'impresa «digitalizzata»⁸⁴¹, che porta con sé indubbie opportunità legate alla flessibilità dei tempi, dei modi e dei luoghi di esecuzione della prestazione ma, al contempo, ci conduce in spazi inesplorati, in cui affiorano nuovi rischi per la salute e dove possono trovare origine forme inedite di sperequazione e disuguaglianza (*infra* § 3).

L'uscita dalla crisi del capitalismo moderno, acuita dal processo di finanziarizzazione dell'economia, deve passare dalla ricostruzione dello stato sociale, dalla lotta alle vecchie e nuove povertà, dalla più equa redistribuzione dei redditi e delle ricchezze, dalla riduzione delle disuguaglianze nel rapporto, nel mercato, nella società civile⁸⁴², nonché dalla valorizzazione della persona nell'ambiente di lavoro. Deve, altresì, maturare un modo alternativo *di fare impresa*; senza cedere a nostalgie neo-istituzionaliste, si auspica un ritorno a quell'etica dell'agire economico che portò Adriano Olivetti a chiedersi, davanti ai lavoratori di Pozzuoli il 23 aprile 1955⁸⁴³, «Può l'industria darsi dei fini? Si trovano questi soltanto nell'indice dei profitti? (...) La fabbrica (...) pur agendo in un mezzo economico e accettandone le regole ha rivolto i suoi fini e le sue maggiori preoccupazioni all'elevazione materiale, culturale sociale del luogo ove fu chiamata ad operare».

A maggior ragione se è vero che l'impresa assume un ruolo «in quanto soggetto in senso ampio politico, che si occupa di dar voce agli interessi della società in generale (o, meglio, di conformarli) e non solo ai propri interessi particolaristici, e di farsi portatore di una propria etica»⁸⁴⁴.

Lungi, quindi, dalla fine della società del lavoro, paventata negli anni Ottanta e Novanta⁸⁴⁵, e al netto delle incrostazioni retoriche di alcuni *mantra* aziendali, si torna a discutere su come cambiano l'impresa e il lavoro – tra disoccupazione crescente e «cattiva occupazione», dove alla precarietà lavorativa, mascherata dal termine più accattivante di flessibilità, si è affiancata quella

⁸³⁹ L. GALLINO, *Il costo umano della flessibilità*, Laterza, Roma, 2001, p. 59.

⁸⁴⁰ C. DEGRYSE, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, in *Working Paper 2016.02*, Brussels, 2016, <http://www.etui.org>, p. 44 ss.

⁸⁴¹ M. BARBERA, *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavoristica*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 293, 2016, p. 14 ss.

⁸⁴² L. GALLINO, *Il denaro, il debito e la doppia crisi*, Einaudi, Torino, 2015.

⁸⁴³ A. OLIVETTI, *Città dell'uomo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959 e ora in A. OLIVETTI, *Ai lavoratori*, Edizioni di Comunità, Milano, 2012, con presentazione di Luciano Gallino.

⁸⁴⁴ M. BARBERA, «Noi siamo quello che facciamo». *Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, n. 144, 2014, p. 633 e p. 637 ss. sull'adozione di strategie di responsabilità sociale di impresa (RSI). L'Autrice, tuttavia, segnala, la tendenza dell'impresa a intervenire sul contesto, anche esterno, imponendo la sua visione del mercato e della società, attraverso vere e proprie «religioni aziendali» e con atteggiamenti quasi profetici, pretendendo un allineamento dei lavoratori ai valori e alle scelte del management che va oltre gli obblighi contrattuali (pp. 643-644). Ciò consente di leggere con un certo disincanto e una buona dose di realismo la citazione che ho riportato nel testo.

⁸⁴⁵ Dopo l'edizione del 1996 (*La fine del lavoro*), nel 2005 l'opera di Rifkin viene riedita da Mondadori, con una prefazione che tiene conto del crescente tasso di disoccupazione presente negli Stati Uniti nonostante i persistenti alti tassi di consumi, dovuti ad un eccessivo ricorso al credito e correlato indebitamento, sfociati nella crisi dei *subprime* del 2007.

esistenziale⁸⁴⁶ – e su come porre fine, o perlomeno arginare, il processo involutivo in cui siamo sprofondati⁸⁴⁷.

Parlare di qualità del lavoro, teorizzarla e perseguirla come obiettivo primario, significa offrire una strategia di rilancio del sistema economico e abbandonare una visione miope e contingente che connota molte delle ricette proposte proprio per uscire dalla crisi.

2. Cos'è e come si misura la qualità del lavoro?

Alla luce di quanto premesso, nel quadro delle fonti poste a presidio della dignità dei lavoratori, vanno menzionati gli interventi sovranazionali dedicati alla *qualità del lavoro* e, più di recente, al *decent work*.

Le istituzioni europee hanno iniziato a parlare di qualità del lavoro della fine degli anni Ottanta, attraverso l'attività della Fondazione di Dublino, che svolge periodicamente indagini proprio su tale *focus*⁸⁴⁸ (*infra*).

Il primo documento della Commissione dedicato espressamente alla qualità del lavoro risale al 2001: descritta quale base del modello sociale europeo, la qualità era ritenuta un elemento chiave di promozione dell'occupazione e motore di una economia dinamica⁸⁴⁹. Nella comunicazione vennero fornite dieci dimensioni chiave della qualità del lavoro, tuttora utilizzate, seppur con diversa tassonomia, in altri documenti di cui si darà conto in questo paragrafo. Gli indicatori venivano ricondotti a due macro categorie: a) *caratteristiche del posto di lavoro* (qualità intrinseca del lavoro collegata all'orario, al salario, al livello di competenza, al tipo di contratto; qualifiche e formazione continua); b) *ambiente di lavoro in senso lato* (parità di trattamento; protezione della salute e sicurezza sul lavoro; flessibilità e sicurezza; accesso al mercato del lavoro; equilibrio tra vita professionale e sfera privata; dialogo sociale e partecipazione; diversificazione e non discriminazione; risultati economici generali e produttività).

Con il lancio della Strategia europea per l'occupazione (SEO), le Linee guida del 2003 inserivano la qualità del lavoro tra gli obiettivi dei pilastri dei Piani di azione nazionale, insieme alla piena occupazione e al rafforzamento della coesione e dell'inclusione sociale⁸⁵⁰. In quel documento, la qualità era comprensiva della soddisfazione per il salario percepito, le condizioni di lavoro, la salute e la prevenzione⁸⁵¹, la possibilità di un'organizzazione del lavoro flessibile, gli orari e l'equilibrio tra flessibilità e sicurezza.

⁸⁴⁶ E. PUGLIESE, *Introduzione. Quaranta anni di cambiamenti del lavoro in Italia*, in *Sociologia del lavoro*, n. 138, 2015, p. 19 ss; L. GALLINO, *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Laterza, Bari, 2014.

⁸⁴⁷ Evocativi al riguardo sono i risultati del Rapporto McKinsey «*Poorer than their parents? A new perspective on income inequality*», pubblicato a stralci sul quotidiano *La Repubblica* a metà agosto del 2016, da cui si evince un impoverimento generalizzato e un'inversione delle aspettative dei cittadini, con un posizionamento dell'Italia – in termini di percentuale di famiglie con redditi più bassi rispetto a 10 anni prima – tra i primi posti.

⁸⁴⁸ G. VERMEYEN, A. PARENT-THIRION, M. CURTARELLI, *La qualità del lavoro e dell'occupazione nell'indagine europea sulle condizioni di lavoro*, in *Sociologia del lavoro*, n. 127, 2012, p. 35 ss.

⁸⁴⁹ COMMISSIONE, *Politiche sociali e del mercato del lavoro: una strategia di investimento nella qualità*, Bruxelles, 20.6.2001, COM (313) def.

⁸⁵⁰ COMMISSIONE, *Il futuro della Strategia europea per l'occupazione (SEO). Una strategia per il pieno impiego e posti di lavoro migliori per tutti*, Bruxelles, 14.1.2003, COM (2003) 6 def.

⁸⁵¹ Il binomio qualità e prevenzione è sempre presente nei documenti europei più recenti. Si ricordino: la Strategia europea per la

Gli orientamenti per l'occupazione per il 2015⁸⁵² invitano gli Stati ad agevolare la creazione di posti di lavoro di qualità (orientamento 5) e a garantire una occupazione di qualità, intesa in termini di sicurezza socioeconomica, organizzazione del lavoro, opportunità di istruzione e formazione, condizioni lavorative (inclusa la salute e sicurezza) ed equilibrio tra vita professionale e privata (orientamento 7).

Alcuni spunti di riflessione sono, poi, offerti dai documenti e dalla letteratura sulla responsabilità sociale dell'impresa⁸⁵³. La RSI, presentata nel 2001 come «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate»⁸⁵⁴, assurge a strategia competitiva in grado di portare benefici in alcuni ambiti specifici: gestione del rischio, riduzione dei costi, accesso al capitale, relazione con i clienti, gestione delle risorse umane e capacità di innovazione. Ciò in piena sintonia con gli obiettivi di Europa 2020 (*Crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*).

Il rilancio della strategia nel 2011 propone una concezione più moderna della RSI, ora definita «responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società»⁸⁵⁵ che assume il rispetto della legislazione e dei contratti collettivi come presupposto necessario. Nella comunicazione del 2011, la Commissione si sofferma sulle molteplici dimensioni della RSI e, con riguardo a lavoro e occupazione, menziona i profili legati a formazione, diversità, parità di genere, salute e benessere (p. 8) e, poi, torna sul legame virtuoso tra RSI e dialogo sociale (in termini di contributo e integrazione, p. 9), da rafforzare per la realizzazione della strategia stessa.

Il documento richiama l'attenzione sul rispetto dei principi e orientamenti riconosciuti a livello internazionale⁸⁵⁶, tra cui gli *standard* ISO 260000. Questi ultimi, alla voce *labour practices*, per l'attuazione degli obiettivi di *Social Responsibility*, indicano: condizioni di lavoro favorevoli, non discriminazione, prevenzione dei rischi tramite formazione e adozione di dispositivi di sicurezza, protezione sociale (ad es. indennità di malattia, congedi per i disabili), attenzione alle esigenze di conciliazione, rispetto dei diritti dei lavoratori nelle catene di subfornitura (obblighi contrattuali per fornitori e sub-appaltatori, visite e ispezioni senza preavviso).

Non vanno, altresì, dimenticati gli strumenti (bilanci sociali, certificazioni sociali⁸⁵⁷, codici etici,

salute e sicurezza sul lavoro 2007-2012 fondata sul binomio «maggior sicurezza-maggior produttività/qualità del lavoro» (COMMISSIONE, *Migliorare la qualità e produttività sul luogo di lavoro*, Bruxelles, 21.2.2007, COM (2007), 62 def); COMMISSIONE, *Quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro 2014-2020*, Bruxelles, 6.6.2014, COM (2014) 332 def. Quest'ultima riconosce la sicurezza come investimento di lunga durata che può portare a risultati anche economicamente apprezzabili (miglior rendimento del lavoratore che opera in condizioni ambientali favorevoli, minor assenteismo o *turnover*).

⁸⁵² CONSIGLIO, *Orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione per il 2015*, Lussemburgo, 5.10.2015, decisione n. 2015/1848.

⁸⁵³ I contributi sono numerosi anche nella dottrina lavoristica. Sebbene non si possa, nell'economia di questo contributo, dar conto di tutti, si ricorda, oltre al numero monografico di *Lavoro e diritto*, n. 1/2006 (con saggi di Gottardi, Calafà, Cominato, Del Punta, Ferrante, Nadelet, Peruzzi, Scarponi, Tursi), M. FERRARESI, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012.

⁸⁵⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde. Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 18.7.2001, COM (2001) 366 def.

⁸⁵⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-2014 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 25.10.2011, COM (2011) 681 def., p. 7.

⁸⁵⁶ Il riferimento è alle Linee guida Ocse sulle multinazionali, al *Global Compact* delle Nazioni Unite, alla Dichiarazione Oil sulle imprese multinazionali, ai Principi guida su imprese e diritti umani delle Nazioni Unite.

⁸⁵⁷ Tra i più noti, Con la sigla SA 8000 si individua uno *standard* internazionale di certificazione che prende in considerazione alcune

ecc.), che negli ultimi anni hanno conferito un aspetto marcatamente procedurale a quello che – muovendo dall'esigenza di restituire una visione etica all'economia e all'impresa⁸⁵⁸ – oggi è «*un costruito organizzativo composto da un insieme di "tecnologie" di rappresentazione e definizione delle relazioni tra organizzazioni e stakeholder*»⁸⁵⁹.

Per quanto concerne il *decent work*, va fatto riferimento non solo ai provvedimenti adottati dalle istituzioni europee⁸⁶⁰ – o le norme contenute nella Carta di Nizza dedicate alla tutela del lavoratore nella dimensione dell'Europa sociale⁸⁶¹ – ma soprattutto a quelli assunti dalle istituzioni internazionali.

In particolare, l'Oil ha consacrato il *decent work* come veicolo di promozione della giustizia sociale, perché contribuisce a redistribuire opportunità, istruzione, giustizia e prosperità⁸⁶². Secondo l'Organizzazione internazionale, per raggiungere tali obiettivi, il lavoro deve essere aggettivato ossia essere *dignitoso* o di *qualità*.

Nella campagna lanciata dall'Oil, visibile nella *home page* del sito, i due termini paiono, in prima battuta, sinonimi. Tuttavia, quando si procede alla declinazione del concetto di *decent work* si individuano alcune voci *core* (dignità, eguaglianza, salario equo, condizioni di lavoro sicure) fondamentali e imprescindibili, ma che non soddisfano, o perlomeno non esplicitano a pieno, la portata polisensiva della locuzione «*di qualità*». È come se ci fosse una sfasatura semantica tra i due concetti, che ritengo possano essere rappresentati graficamente come due cerchi concentrici in cui quello del *decent work* presenta un diametro più ridotto.

Basta sfogliare un dizionario o verificare come il vocabolo «*qualità*» viene utilizzato, dalle scienze

variabili macro: rispetto dei diritti umani; rispetto dei diritti dei lavoratori; tutela contro lo sfruttamento dei minori; sicurezza e salubrità sul posto di lavoro.

⁸⁵⁸ C. BORZAGA, *L'impresa sociale: un modo socialmente responsabile di fare impresa*, in M. CAMPEDELLI, G. FIORENTINI (a cura di), *Impresa sociale. Idee e percorsi per uscire dalla crisi*, Diabasis, Reggio Emilia, 2010, p. 15 ss.

⁸⁵⁹ P. Rossi, *Lo sviluppo della responsabilità sociale di impresa tra routine e disclosure: due esperienze organizzative*, in *Studi organizzativi*, n. 1, 2008, p. 167.

⁸⁶⁰ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sulla promozione di un lavoro dignitoso per tutti*, Strasburgo, 23.5.2007; PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sulla Convenzione Oil completata da una raccomandazione sui lavoratori domestici*, Strasburgo, 12.5.2011, che ha preceduto la Convenzione Oil n. 189/2001 sul lavoro domestico.

⁸⁶¹ Le norme più strettamente connesse al tema qui trattato risiedono, oltre che nell'art. 2 (diritto della persona all'integrità fisica e psichica), nel capo IV (*Solidarietà*). In particolare: art. 26 (diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale, professionale e la partecipazione alla vita della comunità); artt. 27 e 28 (diritti di informazione e consultazione e di azione collettiva); art. 30 (tutela contro il licenziamento ingiustificato); art. 31, c. 1 (diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose); art. 31, c. 2 (diritto alla limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite); art. 32 (diritto dei giovani a beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età ed essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione); art. 33 (tutela contro il licenziamento legato alla maternità, diritto ai congedi); art. 34 (diritto alla sicurezza sociale in caso di infortuni sul lavoro); art. 37 (tutela dell'ambiente).

⁸⁶² Ciò emerge chiaramente dai documenti pubblicati sul sito <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-en/index.htm>. Già in ILO, *Ilo Decent Work Country Programme. A Guidebook*, Geneva, 2011).

dell'organizzazione aziendale⁸⁶³ e dalle rilevazioni empiriche delle numerose indagini svolte a livello sovranazionale o nazionale⁸⁶⁴, per comprenderne l'accezione *multidimensionale*, *in progress*, ma anche *relativa*, in quanto dipende dall'approccio teorico sottostante alla individuazione delle variabili stesse. In ogni caso la nozione risulta più ampia di quella intuitivamente ascrivibile al concetto di *decent work*.

Nell'indagine di Eurofound 2015⁸⁶⁵, tra le dimensioni della qualità del lavoro venivano incluse le seguenti voci e sotto-voci correlate: a) *prospects* (sicurezza del posto di lavoro e prospettiva di carriera); *job chances* (salario, orario, compiti e doveri); b) *skills and development* (utilizzo delle competenze durante la vita lavorativa, accesso alla formazione); c) *working time* (durata settimanale, in cui si rileva una netta discrepanza tra uomini e donne, rispondenza della durata alle esigenze personali, flessibilità oraria, conciliazione); d) *social and physical environment* (esposizione ai rischi, informazione in materia prevenzionistica, gestione dei rischi psico-sociali, capacità di *coping* rispetto ai sistemi improntanti al *work demand* per cui ci possono essere periodi di lavoro intenso); *autonomy over work* (discrezionalità nel modificare compiti, modalità e tempi di esecuzione della prestazione); *social relationship at work* (un buon rapporto di colleganza o con i superiori determina benessere e senso di appartenenza); *adverse social behaviour in the workplace* (assenza di forme di violenza, molestia); e) *place of work* (postazione fissa, variabile, condivisa); f) *employee involvement* (la partecipazione all'organizzazione del lavoro stimola la creatività e migliora le *performance*); g) *job well done* (consapevolezza del risultato e del contributo reso).

Nel panorama italiano, l'indagine promossa dall'Isfol, pubblicata nel Rapporto del novembre 2013⁸⁶⁶, mostrava cinque dimensioni della qualità del lavoro (economica⁸⁶⁷, ergonomica⁸⁶⁸, complessità⁸⁶⁹, autonomia⁸⁷⁰ e controllo⁸⁷¹), che si rifanno agli studi di Gallino e che tengono in considerazione sia elementi oggettivi (organizzazione del lavoro, sistemi di prevenzione, fattori tecnologici) sia soggettivi (soddisfazione, percezione del benessere, ecc.), che non si collocano tra loro in rapporto necessariamente gerarchico o prioritario⁸⁷².

⁸⁶³ Secondo la definizione offerta dall'EOQC (*European Organization for Quality Control*, <http://www.eoq.org/home.html>) essa consiste nella «totalità degli elementi e delle caratteristiche di un prodotto e/o servizio relativi alla capacità di soddisfare un determinato bisogno». Si pensi, poi, ai principi del Total Quality Management. Cfr. la recente ISO 9001: 2015 che detta standard internazionali di riferimento per la Gestione della Qualità.

⁸⁶⁴ Cfr. le *European Working Condition Survey (EWCS)* promosse da Eurofound a partire dagli anni Novanta, reperibili in <http://www.eurofound.europa.eu/surveys/european-working-conditions-surveys>.

⁸⁶⁵ EUROFOUND, *Sixth European Working Conditions Survey*, Dublin, 2015.

⁸⁶⁶ ISFOL, *Le dimensioni della qualità del lavoro. I risultati della III indagine Isfol sulla qualità del lavoro*, Roma, 2013, p. 10.

⁸⁶⁷ Il pensiero va agli *working poor*, al *pay gap*, al *gender pay gap*, come indicato nel Rapporto, ma anche al calcolo del premio di produttività e della scelta di quali istituti siano considerati assenza che incide, in termini di penalizzazione, sul calcolo della remunerazione incentivante (*infra* § 3).

⁸⁶⁸ Lo studio delle costrittività organizzative non si limita ai fattori della salubrità dei luoghi di lavoro, ma attiene oggi al *comfort* delle postazioni, al ripensamento degli spazi lavorativi o di condivisione (ad. es. i luoghi per consumare il pasto).

⁸⁶⁹ Il profilo attiene alla varietà dei compiti da svolgere, all'assunzione di responsabilità, alla qualificazione professionale, alla formazione, alla progressione delle carriere.

⁸⁷⁰ L'autonomia riguarda le modalità della prestazione, la discrezione sui tempi e sulle scale di priorità dei compiti, la responsabilità, la partecipazione ai processi decisionali.

⁸⁷¹ I modelli organizzativi possono prevedere scambi continui di informazioni, allineamento o riallineamento ai *target* prefissati, ecc.

⁸⁷² T. ADDABBO, M. CENTRA, M. CURTARELLI, M. FUSCALDO, V. GUALTIERI, *The quality of work dimensions*, *DEMB Working paper Series*, n. 17, 2013. Nella ricerca si mettono in evidenza alcune variabili rilevanti: la tipologia contrattuale (con particolare riguardo ai c.d. contratti *non standard*), l'organizzazione nell'impresa, il clima sociale percepito dai lavoratori (bisogni, aspettative, possibilità di sviluppo delle competenze tramite la formazione, ecc.).

Appare, quindi, evidente l'utilità di disaggregare le variabili che compongono il *puzzle* della *qualità del lavoro* – alcune tarate sul benessere, altre sulla produttività e sulla valutazione della prestazione – per individuare idonei parametri di misurazione, assegnando dei punteggi alle singole voci e sotto-voci, e correlazioni che non falsino il risultato della misurazione stessa, nel tentativo di fornire una lettura a 360 gradi delle evidenze ricavate dai questionari di rilevazione e di rendere operativi modelli di qualità del lavoro.

Un ausilio in questa direzione viene dagli studi e dalle ricerche empiriche condotte in merito ad un altro concetto, che si può considerare il precipitato dell'adozione di modelli di lavoro di qualità: il benessere organizzativo.

3. Il benessere organizzativo.

Una delle definizioni più accreditate è quella che descrive il benessere organizzativo come «l'insieme dei nuclei culturali, dei processi e delle pratiche organizzative che animano la convivenza nei contesti di lavoro promuovendo, mantenendo e migliorando il benessere fisico, psicologico e sociale delle comunità lavorative»⁸⁷³.

L'obiettivo è, dunque, quello di restituire pregnanza al concetto di *capitale umano*, di *investimento sulle persone*, sviluppando modelli di competenze prima che sistemi di valutazione⁸⁷⁴: non si parla più (o non solo) di gestione ma di sviluppo della prestazione e del potenziale inespresso⁸⁷⁵. L'investimento in capitale umano viene indicato come azione prioritaria nella campagna per la costruzione di un Pilastro europeo dei diritti sociali, lanciata dalla Commissione nel marzo 2016: esso «costituisce un importante meccanismo di trasmissione tra la crescita a lungo termine, l'uguaglianza e il progresso sociale» e dovrebbe basarsi «sulle pari opportunità, sulla prevenzione dei rischi sociali e la protezione da essi, sull'esistenza di reti di sicurezza efficaci e di incentivi per l'accesso al mercato del lavoro, mettendo in grado la popolazione di vivere dignitosamente, di passare ad un diverso *status* personale e professionale nel corso della vita e di sfruttare al massimo le proprie capacità»⁸⁷⁶.

La percezione del sé (ruolo, autonomia, abilità, responsabilità) all'interno della comunità aziendale, la comprensione di come si è giudicati dagli altri (colleghi, superiori), la capacità di narrare la propria esperienza lavorativa e di mettere in campo, ove necessario, strategie di *coping* (sovente effetto di una buona formazione) sono elementi rilevanti per definire la qualità del lavoro.

Il rovescio della medaglia, messo in luce dalla letteratura specializzata⁸⁷⁷, consiste nel fatto che il lavoratore complessivamente soddisfatto del contesto lavorativo-relazionale in cui è inserito migliora i propri risultati, riduce l'assenteismo, è disposto a ripensare il suo ruolo nell'azienda o nell'amministrazione: la qualità del lavoro e il benessere organizzativo possono, quindi, essere ascritti a vera e propria strategia per il successo dell'impresa. È evidente che i profili sono in stretto legame tra loro, ma non rappresentano un'equazione. Il lavoratore che ha una percezione

⁸⁷³ F. AVALLONE, A. PAPLOMATAS, *Salute organizzativa. Psicologia del benessere nei contesti lavorativi*, Cortina Raffaello, Milano, 2005.

⁸⁷⁴ L. BORGOGNI (a cura di), *Dal performance management allo sviluppo delle persone. Modelli e tecniche*, Franco Angeli, Milano, 2010, *passim*.

⁸⁷⁵ Ibidem, L. PETITTA, F. DI MASSA, *Dalle competenze allo sviluppo delle persone*, p. 46 ss.

⁸⁷⁶ COMMISSIONE, *Avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali*, Strasburgo, 8.3.2016, COM (2016) 127 def., p. 4.

⁸⁷⁷ M. G. DE ANGELIS, *Benessere personale e benessere organizzativo: un binomio possibile?*, Franco Angeli, Milano, 2011; N. A. DE CARLO, A. FALCO, D. CAPOZZA (a cura di), *Stress, benessere organizzativo e performance*, Franco Angeli, Milano, 2015.

positiva dell'ambiente di lavoro, può essere più propenso a investire nell'esecuzione della prestazione, ad assumere compiti e responsabilità, a ridurre l'assenteismo, ma non è necessariamente vero il contrario. Pertanto, è opportuno monitorare, durante le fasi di *audit* imposte dai modelli, lo stato di benessere effettivo, anche in relazione agli obblighi prevenzionistici.

Il legislatore italiano ha inserito il concetto di benessere in alcuni interventi normativi. Seppur alla base degli stessi ci siano *ratio* molto diverse (tutela della salute; valutazione delle *performance* dell'Amministrazione sotto il profilo della gestione delle risorse umane), queste si intrecciano inevitabilmente se vengono lette nella prospettiva della qualità del lavoro.

Da un lato, nel d.lgs. n. 81/2008, si accoglie una nozione lata di salute, in armonia con quella ormai da tempo adottata dall'Organizzazione mondiale della sanità, intesa come stato di completo benessere fisico, mentale e sociale (art. 2, lett. o) e l'art. 28 impone al datore di lavoro l'obbligo di valutare *tutti* i rischi, con riferimento specifico a quelli *stress* lavoro-correlati.

Dall'altro, nel d.lgs. n. 150/2009, per le pubbliche amministrazioni (PA), si prevede l'obbligo di eseguire annualmente, tramite l'OIV (organismo indipendente di valutazione delle *performance*) una indagine per rilevare il livello di benessere organizzativo sulla base dei modelli forniti dalla Civit – ora Autorità Nazionale Anticorruzione A.N.AC (art. 14, c. 5).

Più nello specifico, per comprendere le dimensioni del benessere organizzativo nel nostro ordinamento, si possono utilizzare, oltre alle riflessioni della dottrina, le indagini svolte dalla P.A. e i rapporti di alcuni istituti di ricerca.

Nell'indagine del Ministero della Salute del 2015⁸⁷⁸ vengono individuati 9 ambiti di indagine: salute e sicurezza sul luogo di lavoro, *stress* lavoro correlato; discriminazioni; equità dell'amministrazione; carriera e sviluppo professionale; il "mio lavoro"; il rapporto con i colleghi; il contesto del lavoro; il senso di appartenenza; l'immagine dell'amministrazione.

Il rapporto CNEL/ISTAT del 2014, di portata più generale, dedicato al benessere equo e sostenibile⁸⁷⁹ propone 12 dimensioni, la quasi totalità rilevanti, con alcune opportune modulazioni, per il contesto lavorativo-organizzativo: salute; istruzione e formazione; conciliazione; benessere economico; relazioni sociali; politica e istituzioni; sicurezza; benessere soggettivo; paesaggio e patrimonio culturale; ambiente; ricerca e innovazione; qualità dei servizi.

Nello studio del CNR sui diversi criteri di rilevazione sono molteplici le «dimensioni empiriche» volte a misurare il livello di salute/benessere organizzativo⁸⁸⁰. Operando una lettura trasversale dei diversi questionari, emergono voci interessanti⁸⁸¹, tra cui: ambiente di lavoro salubre, confortevole e accogliente; riduzione degli infortuni e dei rischi professionali; informazione; comunicazione chiara su compiti e obiettivi; equità di trattamento retributivo, nell'assegnazione di mansioni e responsabilità, nonché nel riconoscimento dei risultati ottenuti (promozioni, premi, ecc.);

⁸⁷⁸ Il rapporto è reperibile sul portale del Ministero, all'indirizzo http://www.salute.gov.it/portale/ministro/p4_10_1_1.jsp?label=trasparenza&id=1076&menu=trasparenza

⁸⁷⁹ CNEL-ISTAT, *BES 2014. Il benessere equo e sostenibile in Italia*, Roma, reperibile all'indirizzo http://www.istat.it/it/files/2014/06/Rapporto_Bes_2014.pdf

⁸⁸⁰ CNR, *Il benessere, il clima e la cultura delle organizzazioni: significati ed evoluzioni in letteratura*, Roma, 2012, p. 25 ss.

⁸⁸¹ Nei questionari le voci sono articolate su scale di rilevazione molto più complesse di quanto si possa dare conto in questo contributo. Ciò che qui si vuol sottolineare sono le possibili dimensioni utili a costruire un modello di qualità del lavoro, partendo da un concetto già presente nella letteratura quale quello di benessere organizzativo.

non discriminazione; dialogo con i dipendenti; governo della conflittualità; stabilità del lavoro; sostenibilità dell'impegno e dei compiti assegnati (in termini di sforzo fisico, durata della prestazione e di corrispondenza con le competenze); autonomia decisionale; possibilità di lavorare in gruppi; *problem solving*; *diversity management*; conciliazione casa-lavoro.

In altri casi è stato utilizzato il *Job Content Questionnaire* di Karasek, riadattato, diviso in sei parti: *informazioni di carattere personale* (sesso, età, titolo di studio, tipo di contratto, settore di appartenenza, attività svolta, durata, mobilità professionale); *caratteristiche intrinseche del lavoro* (apprendimento, capacità decisionali, esercizio dell'autonomia, livello di professionalità, impegno richiesto); *aspetti soggettivi della sicurezza sul lavoro* (ruolo nell'organizzazione, relazioni interpersonali, aspettative future); *relazioni con capo e colleghi* (rapporti gerarchici, coinvolgimento dei collaboratori, ascolto delle esigenze del personale, scambio di esperienze nel gruppo di lavoro, supporto in caso di difficoltà); *aspetti organizzativi relativi a comunicazione e sicurezza* (modalità di circolazione delle informazioni, anche con riguardo agli obiettivi aziendali, applicazione della normativa prevenzionistica, informazione e formazione sulla gestione delle emergenze, conoscenza e accesso a figure di riferimento quali le rappresentanze per la sicurezza o il servizio di prevenzione e protezione); *aspetti soggettivi del benessere organizzativo* (rapporto tra professionalità e sviluppo di carriera, investimento sul lavoro, attività extralavorative, gestione del conflitto nell'ambiente di lavoro, senso di appartenenza all'organizzazione)⁸⁸².

I risultati delle indagini empiriche devono, poi, essere messi a regime.

Il punto fondamentale è proprio quello di dare valore alle informazioni, inserendole correttamente in modelli che non mirino solo all'efficienza organizzativa ma al benessere delle persone, tenuto conto della stretta connessione tra i due obiettivi: le patologie dell'organizzazione sono, infatti, sovente terreno fertile per il proliferare di conflittualità e di comportamenti lesivi della dignità.

La circolazione delle informazioni dovrebbe essere rilevante anche all'esterno del contesto aziendale, permettendo al consumatore, all'utenza, ad altri professionisti di conoscere e ri-conoscere gli operatori economici che garantiscono la qualità del lavoro e orientare, così, le proprie scelte in modo critico e consapevole. È quanto avviene nella responsabilità sociale: essa assurge a modello allargato di *governance* dell'impresa che comporta l'assunzione di obblighi nei confronti di *stakeholder* in grado di esercitare forme di controllo indiretto (c.d. sanzioni reputazionali)⁸⁸³.

Alcuni tentativi legislativi in questa direzione ci sono stati. L'art. 27 del d.lgs. n. 81/2008⁸⁸⁴, norma poco valorizzata, prevede un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi che può essere letto come un punto di partenza per la costruzione di modelli complessi di qualità del lavoro, che prendono le mosse dalla tutela della salute e del benessere lavorativo – come proposto dall'Oil negli interventi dedicati al *decent work* e nella prospettiva della responsabilità

⁸⁸² A. BERRA, T. PRESTIPINO, *La valutazione del benessere nelle organizzazioni: metodologia e strumenti*, in A. BERRA, T. PRESTIPINO (a cura di), *Sicurezza del lavoro e promozione del benessere organizzativo*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 103 ss.

⁸⁸³ L. SACCONI, *Responsabilità sociale come governance allargata d'impresa: una interpretazione basata sulla teoria del contratto sociale e della reputazione*, in G. RUSCONI, M. DORIGATTI (a cura di), *a responsabilità sociale d'impresa*, Franco, Angeli, Milano, 2009, p. 107 ss.

⁸⁸⁴ La qualificazione di cui al comma 1 della norma costituisce elemento preferenziale per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica, sempre se correlati ai medesimi appalti o subappalti.

sociale dell'impresa – per poi dedicarsi agli altri aspetti del lavoro messi in evidenza nelle pagine che precedono.

Nel caso dell'edilizia, si tratta di un sistema a punti collegato al rispetto della normativa prevenzionistica, della formazione, delle disposizioni impartite dagli organismi di vigilanza. Il punteggio iniziale viene decurtato a seguito di violazioni e l'azzeramento comporta l'impossibilità per l'impresa o il lavoratore autonomo di svolgere attività nel settore edile. L'art. 27, c. 2, prevede la possibile estensione del sistema a punti ad altri settori, individuati da accordi interconfederali stipulati a livello nazionale da organizzazioni comparativamente più rappresentative.

Il modello diviene, così, la cornice in cui si offre la sintesi di più dimensioni che permettano di misurare la «sicurezza» offerta al lavoratore (rispetto della normativa lavoristica e antidiscriminatoria, delle norme prevenzionistiche, promozione della partecipazione, attenzione alla conciliazione, progettazione di percorsi di *active ageing* e di *welfare* aziendale).

In tale processo, o in altri analoghi, il ruolo del sindacato torna ad essere dirimente e collocabile nel pilastro della partecipazione, principio cardine su cui si fonda la normativa prevenzionistica di matrice europea.

La contrattazione, su questi temi, deve segnare la cifra di un'externalità positiva che non può essere garantita dalle regolazioni del mercato: come sottolinea Gian Primo Cella, solo l'intervento della negoziazione collettiva «permette la rappresentanza, l'espressione della protesta, la pratica della regolazione congiunta, la ricerca di una qualche forma di *fairness*»⁸⁸⁵.

Alcuni dati sulla qualità del lavoro, presentati in questo lavoro, sono stati ricavati dall'esame della contrattazione decentrata del territorio bresciano. Un punto di osservazione privilegiato è, infatti, stato offerto dai contratti censiti dall'Osservatorio sulla contrattazione collettiva di secondo livello istituito, con la collaborazione delle parti sociali⁸⁸⁶ e della DTL, presso l'Università degli Studi di Brescia⁸⁸⁷.

Il numero consistente di contratti raccolti dal 2008 ad oggi permette di tratteggiare alcune linee di tendenza significative. Nel mio studio, ho deciso di soffermarmi sui contratti che prendono in considerazione, in particolare, l'adozione di strumenti di conciliazione e di *welfare* aziendale⁸⁸⁸, cercando di rileggere gli interventi delle parti sociali alla luce delle riforme legislative più recenti.

La scelta di questi due temi non è casuale: si tratta infatti di aspetti che, insieme ad altri (ad es. la formazione, la partecipazione, la non discriminazione, ecc.), risultano tra gli indicatori di qualità proposti nei principali documenti sovranazionali e che possono contribuire alla definizione di modelli olistici di qualità del lavoro. Inoltre, si ravvisa tra essi una continuità, che risulta evidente dall'esame dei servizi alla persona e alla famiglia collocabili nel c.d. *welfare* aziendale (*voucher* per

⁸⁸⁵ G. P. CELLA, *Quale futuro per la contrattazione collettiva*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, n. 150, 2016, p. 220.

⁸⁸⁶ Hanno aderito Cgil, Cisl, Uil, Aib (Associazione industriali bresciana) e i Consulenti del lavoro.

⁸⁸⁷ La Provincia di Brescia è la seconda, dopo quella di Milano, più industrializzata della Lombardia, con un tessuto produttivo costituito per lo più da piccole e medie imprese, ma anche da alcune realtà di maggiori dimensioni nel settore siderurgico.

⁸⁸⁸ Un primo bilancio è già contenuto in F. MALZANI, *Crisi della rappresentatività e nuovi modelli locali di relazioni industriali: la contrattazione collettiva in Provincia di Brescia*, in *Dir. lav. mercati*, n. 1, 2016, p. 211 ss.

assistenza e cura, convenzioni con asili nido, ecc.)⁸⁸⁹.

In tali ambiti è possibile apprezzare il ruolo della contrattazione collettiva, seppur si ravvisi una consistente dose di potenziale inespresso. La fonte negoziale, spesso richiamata dal legislatore, può veicolare ricette innovative, al limite della personalizzazione se si interviene a livello aziendale⁸⁹⁰, e dare vigore alla circolazione di buone prassi.

4. La conciliazione tra riforme legislative e nuove solidarietà.

Come anticipato, tra gli indicatori di qualità proposti a livello nazionale e sovranazionale, la conciliazione occupa un posto significativo, in quanto strumento di partecipazione e permanenza delle donne nel mercato del lavoro.

Le misure per la conciliazione individuate dalla contrattazione collettiva nella Provincia di Brescia riguardano per lo più l'orario e l'aggiornamento professionale della lavoratrice dopo i congedi. Si enucleano interventi di: promozione della flessibilità oraria, del *part time* volontario (incremento della percentuale sull'organico complessivo) e del lavoro a distanza; accesso al *part time* per esigenze di cura (parenti con grave patologie documentate); concessione di aspettative non retribuite per esigenze familiari; flessibilità dell'orario in entrata fino al primo anno di vita del bambino per il genitore richiedente (padre o madre); flessibilizzazione dell'orario in uscita con compressione della pausa pranzo; adattamento dell'orario per le fasi di inserimento presso asilo nido o scuola dell'infanzia fino ai 3 anni di vita del bambino per il genitore richiedente (padre o madre); piani di affiancamento pre-congedo per il passaggio delle consegne e post-congedo per il rientro e aggiornamento della lavoratrice madre; previsione di 2-3 giorni di permesso al lavoratore padre in occasione della nascita del figlio aggiuntivi rispetto alla previsione della l. n. 92/2012 (legge Fornero); permesso retribuito fino a 10 giorni per ricovero ospedaliero del figlio sotto i 12 anni⁸⁹¹.

Vorrei qui soffermarmi su alcuni interventi, contenuti nella legislazione più recente che torna a occuparsi di conciliazione, lungo tre direttrici – modalità di esecuzione della prestazione, intervento sul reddito/premio di produttività e istituti assimilabili a congedi – per verificare la compatibilità con (e il maggior o minor tasso di innovazione rispetto a) le scelte assunte in sede negoziale.

Il primo profilo riguarda le previsioni contenute nel *Jobs Act* sul rilancio del telelavoro e, in particolare, il disegno di legge sul c.d. lavoro agile.

Il telelavoro è definito nell'Accordo quadro europeo del 16 luglio 2002 come «forma di organizzazione e/o esecuzione di un lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito

⁸⁸⁹ F. DI NARDO, *Il futuro del welfare è in azienda*, Guerini, Milano, 2015, *passim*.

⁸⁹⁰ Resta auspicabile, comunque, un rilancio della contrattazione a livello superiore, interconfederale o nazionale, per garantire una uniformità agli interventi ascrivibili a modelli di qualità del lavoro.

⁸⁹¹ Fuori dal contesto bresciano, si rilevano alcune esperienze interessanti. Nel contratto integrativo di Ferrero del luglio 2014, si è previsto l'innalzamento da 2 a 3 mezza giornate di permesso per le visite pediatriche dei figli di età compresa tra 0 e 14 anni; una ulteriore giornata di permesso al padre in occasione della nascita del figlio rispetto a quanto previsto dal ccnl e la possibilità di attivare forme di *part-time* a fronte di specifiche esigenze. Nell'aprile 2015 il gruppo Zara ha firmato il primo contratto integrativo aziendale che prevede la riduzione delle prestazioni delle lavoratrici madri in fascia di chiusura esercizio e una aspettativa non retribuita successiva al congedo parentale di 12 mesi.

di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa» (art. 2). L'utilizzo del telelavoro in Italia non è mai decollato⁸⁹² e, secondo alcuni, avrebbe incontrato una forte limitazione nella rigidità della disciplina⁸⁹³ nonché nell'applicazione della normativa prevenzionistica⁸⁹⁴.

Forse è per questo motivo che nel ddl sul lavoro agile si prendono da subito le distanze dal telelavoro⁸⁹⁵, con l'intento di collocare la modalità esecutiva fuori dal campo di applicazione del decreto n. 81/2008, non senza sollevare alcuni dubbi interpretativi (*infra*).

L'art. 23 del d.lgs. n. 80/2015 dispone ora l'erogazione di incentivi ai datori di lavoro che facciano ricorso al telelavoro per esigenze di conciliazione in ragione di previsioni della contrattazione collettiva.

Il ddl sul lavoro agile, presentato il 28 gennaio 2016, ha terminato a luglio l'iter di discussione alla Commissione lavoro del Senato e dovrebbe a breve ritornare in aula per l'approvazione.

Le finalità dell'inserimento di una ulteriore dose di flessibilità nel rapporto di lavoro subordinato risiedono, essenzialmente, nell'incremento della produttività⁸⁹⁶ e nella promozione della conciliazione tra tempi di vita e lavoro (non necessariamente pensata per le donne), prevedendo: una prestazione resa in parte nei locali aziendali e in parte all'esterno, nei limiti della durata massima dell'orario giornaliero settimanale individuati da legge e contrattazione collettiva; il possibile utilizzo di strumenti tecnologici; l'assenza di una postazione fissa per il lavoro svolto all'esterno dei locali aziendali.

Nella versione approvata dalla Commissione lavoro del Senato nell'estate 2016 si specifica, altresì, che nell'accordo con il lavoratore possono essere inserite «*forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro*» (nuovo art. 15).

Negli ultimi anni numerose compagnie (Barilla, Vodafone, Unicredit, Nestlé, ecc.) hanno testato forme di *smart working* con accordi aziendali che coinvolgono fette consistenti del personale, sebbene si tratti ancora di esperienze pilota, contenute rispetto alle potenzialità dell'istituto⁸⁹⁷.

⁸⁹² G. CHIARO, G. PRATI, M. ZOCCA, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *Sociologia del lavoro*, n. 138, 2015, p. 71, sottolineano che una delle ragioni è risieduta nell'isolamento dall'organizzazione, che tra l'altro, nell'immaginario collettivo, impedirebbe prospettive di progressione in carriera.

⁸⁹³ IDEM, che fanno spesso accenno a tale aspetto (in particolare, p. 77, p. 84), soprattutto con riguardo all'orario di lavoro (p. 69, p. 81).

⁸⁹⁴ E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, C. TOURESS, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in *Working Paper Adapt*, n. 2, 2016. Nei contratti collettivi che si occupano di disciplinare forme di *smart working/remote working* vi è l'espressa previsione del fatto che «non si tratti di telelavoro» (p. 6, p. 14 e p. 16).

⁸⁹⁵ L'art. 3, c. 10, d.lgs. n. 81/2008 prevede, infatti, l'applicazione del Titolo VII (Attrezzature munite di videotermini) al lavoro a distanza reso con collegamento informatico e telematico, facendo riferimento all'Accordo europeo del 2002, nonché del Titolo III (Uso delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale) ove il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, anche tramite terzi.

⁸⁹⁶ Sul versante promozionale, si consideri che al lavoro agile dovrebbero essere applicati gli incentivi di carattere fiscale e contributivo già introdotti per gli incrementi di produttività; inoltre, si potrebbe attingere alle risorse dell'art. 25 del d.lgs. n. 80/2015 sulla conciliazione vita privata-vita familiare.

⁸⁹⁷ Il Politecnico di Milano ha istituito un Osservatorio sullo *smart working* che censisce le iniziative già avviate (http://www.osservatori.net/it_it/osservatori/osservatori/smart-working).

La sperimentazione presso la sede di Milano, durante Expo, ha portato alla stipula a livello nazionale di accordi (con Fisascat-Cisl) di *smart working* per le tre aziende del gruppo PW&C. Le parti salienti degli accordi concernono, oltre alla adesione volontaria del personale, la libera scelta del *manager* nel reclutare la popolazione ammessa alla modalità lavorativa in remoto, la limitazione dell'orario fuori sede al 50%, la possibilità di revoca, insindacabile, da parte dell'azienda in qualsiasi momento e «ove possibile con adeguato preavviso»⁸⁹⁸, il mantenimento dei diritti previsti per il lavoro in sede (ad es. il buono posto in quanto non è detto che il lavoro si svolga nel domicilio del lavoratore). Alcuni riferimenti al *remote working* sono contenuti nella contrattazione aziendale bresciana, con indicazione, a seconda dei casi, del periodo massimo di lavoro svolto fuori dalla sede aziendale nel mese (es. 10 gg.) o nella settimana (es. 3 gg.).

È chiaro che sulla diffusione di formule di *smart working* incide non solo la tipologia della prestazione resa ma, soprattutto, la volontà dell'azienda, dei lavoratori e delle parti sociali di ripensare il lavoro e i codici di comportamento che connotano forme più tradizionali di organizzazione, attraverso schemi sempre meno gerarchizzati. In particolare, la gestione dell'orario di lavoro e la necessaria revisione dei sistemi di tempo standardizzato o omogeneo di cui parlava Supiot riferendosi al fatto che i mutamenti organizzativi del lavoro hanno portato ad una *frammentazione del tempo di lavoro* che diviene, così, eterogeneo ed auto-regolamentato⁸⁹⁹.

Ripensare, quindi, nella società post-industriale (si parla ormai di *Industry 4.0*), all'esercizio dei poteri del datore di lavoro, in particolare quello di controllo e direttivo; alla definizione dell'orario e della reperibilità; alla misurazione delle *performance*, in ragione di risultati attesi e di obiettivi condivisi in una logica partecipativa che presuppone assunzione di autonomia e responsabilità, da parte del lavoratore, e fiducia, da parte del *management*.

Si tratta di aspetti dirimenti per il decollo del lavoro agile e di cui dovrà occuparsi la contrattazione collettiva, dal momento che il progetto di legge delinea una cornice di riferimento alquanto snella⁹⁰⁰.

Non mi pare tuttavia secondario, alla luce dell'obiettivo del benessere lavorativo, dedicare una breve riflessione agli aspetti legati alla prevenzione che, come accennavo, destano alcune perplessità. La disciplina *light* contenuta nel ddl lavoro agile non fa altro che spostare, ancora una volta, a valle il problema invece che pensare a conciliare la rimodulazione dei tempi e dei luoghi della prestazione, nell'interesse dell'azienda e del lavoratore⁹⁰¹, con la tutela della salute.

Secondo gli artt. 15 e 19, solo in parte emendati dalla Commissione lavoro del Senato, il datore

⁸⁹⁸ Questo aspetto mal si concilia con la dichiarata finalità di sperimentare nuove forme di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro.

⁸⁹⁹ A. SUPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma 2003, p. 73 ss.

⁹⁰⁰ La soppressione della norma che prevendeva la facoltà, per i contratti collettivi ex art. 51, d.lgs. n. 81/2015, di introdurre ulteriori previsioni finalizzate ad agevolare i lavoratori e le imprese che intendono utilizzare la modalità di lavoro agile, non dovrebbe far venire meno interventi delle parti sociali che si collocano all'interno delle maglie – piuttosto ampie – disegnate dal legislatore e che necessitano di essere meglio definite sia a livello generale (contrattazione nazionale) sia, evidentemente, a livello di dettaglio per cogliere le specificità dei contesti lavorativi (contrattazione decentrata). È quanto disposto nel ddl n. 2229-A ad iniziativa del senatore Sacconi ed altri, dove si riscontra una maggior valorizzazione del ruolo della contrattazione.

⁹⁰¹ Tra gli aspetti positivi per il lavoratore penso, oltre a un miglior livello di *work-life balance*, al risparmio di costi e di tempo per il tragitto casa-lavoro, alla riduzione dell'inquinamento, soprattutto per il trasporto su gomma.

di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore. L'art. 19 sancisce, in modo generico e senza alcun rinvio al d.lgs. n. 81/2008, l'obbligo di garantire la salute e sicurezza del lavoratore agile e la consegna, con cadenza almeno annuale, al lavoratore e al rappresentante per la sicurezza⁹⁰², di un'informativa scritta sui rischi generali e specifici connessi alla modalità di esecuzione del rapporto⁹⁰³. Dal canto suo, il lavoratore ha l'obbligo di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione (c. 2). Pensando al contenuto di tale obbligo, che vada oltre l'uso corretto delle apparecchiature assegnate (*notebook, tablet, smartphone*, ecc.), si dovrebbe riflettere sul fatto che detta diligenza possa contemplare la scelta del luogo di esecuzione della prestazione⁹⁰⁴.

Tre i principali quesiti, volutamente provocatori.

Nel silenzio del legislatore, come si redige la valutazione dei rischi per la porzione di attività resa all'esterno⁹⁰⁵? Come si coniuga la possibilità di svolgere la prestazione ovunque (quindi da remoto, ma non necessariamente dall'abitazione del lavoratore) con la presenza di rischi particolari? Non mi riferisco, infatti, solo a quelli connessi all'uso dei videoterminali di matrice squisitamente ergonomica (postura, presidi per il sistema visivo), ma altri, di cui il disegno di legge non si occupa⁹⁰⁶, che non dovrebbero essere trascurati dalla contrattazione collettiva: il rischio di isolamento, perché lo spazio lavorativo è *luogo sociale*, ovviabile con la fissazione in sede negoziale di un tetto massimo di porzione di orario da svolgere al di fuori della sede aziendale; il rischio di *burn-out* (gestione delle informazioni che giungono in tempo reale), da leggere insieme al c.d. diritto alla disconnessione anche nelle fasce di reperibilità⁹⁰⁷; le crescenti sindromi da iper-connessione (*internet addiction disorder*)⁹⁰⁸.

Che ne è, poi, della formazione⁹⁰⁹ sui rischi che, come accennato, presentano peculiarità evidenti? La novella dell'estate 2016 prevede che al lavoratore impiegato in forme di lavoro agile possa

⁹⁰² La consegna al RLS è frutto di una interpolazione, apprezzabile e in linea con il ruolo svolto dalle rappresentanze, della Commissione lavoro del Senato nell'estate 2016.

⁹⁰³ Nel ddl. n. 2229-A è richiesto il parere preventivo del medico competente, lo svolgimento di visite ed accertamenti, l'esercizio del diritto alla disconnessione (art. 3).

⁹⁰⁴ Le linee guida di Assolombarda del 2015 (*Indicazioni per la gestione degli aspetti di salute e sicurezza legati al "Lavoro Agile/Smart Working"*) prevedono, oltre ad una formazione mirata per i soggetti coinvolti, la necessità di individuare una rosa di luoghi in cui si possa svolgere la prestazione da remoto, la comunicazione del luogo e l'esclusione di luoghi isolati o non facilmente raggiungibili. Ciò anche in vista di possibili sopralluoghi, nel rispetto delle regole per l'accesso ai domicili privati.

⁹⁰⁵ Sembrerebbe non esservi un obbligo precipuo, ma questo è impensabile, quindi immagino sia implicito nell'obbligo di valutazione ex art. 28 d.lgs. n. 81/2008.

⁹⁰⁶ La lacuna potrebbe essere colmata se si ammettesse l'applicazione del d.lgs. n. 81/2008 o almeno di alcune sue parti. Gli accordi siglati tra PW&C e Fisascat-Cisl (*supra*) riportano la seguente clausola, apprezzabile, ma di cui andrebbe verificata, in concreto, l'attuazione: «la Società si impegna ad informare i lavoratori sulle misure di protezione e sugli eventuali rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa al di fuori dei locali aziendali, compreso l'utilizzo di videoterminali».

⁹⁰⁷ In Francia tale diritto trova la sua consacrazione nella legge dell'agosto 2016 (*loi n. 1088/2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*). L'art. 55 prevede l'adozione di un accordo, con il comitato d'impresa o i delegati del personale, per stabilire le modalità di utilizzo di strumenti digitali, nel rispetto dei tempi di riposo, dei congedi, della vita personale e familiare. Sono, altresì, previste, azioni di formazione e sensibilizzazione all'uso ragionevole di detti dispositivi.

⁹⁰⁸ Si sofferma sui rischi per la salute, soprattutto legati allo stress, lo studio dell'Etui (*Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*) richiamato in apertura di questo lavoro.

⁹⁰⁹ Nella disamina contenuta nel Paper di Adapt (*supra*) si rileva un'attenzione dei contratti alla formazione in materia prevenzionistica (uso degli strumenti forniti, comportamento in caso di incidente fuori sede) e al coinvolgimento del Servizio di prevenzione e delle rappresentanze per la sicurezza.

essere riconosciuto, nell'ambito dell'accordo, il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze (art. 17, c. 2). A parte la formulazione sibillina, non pare si evinca un riferimento, nemmeno implicito, al tema della prevenzione. Per tornare a quanto detto *supra*, penso al ruolo fondamentale di una adeguata formazione, affinché il lavoratore comprenda che vi sono luoghi di esecuzione della prestazione più idonei di altri per prevenire rischi vecchi e nuovi.

Per quanto concerne la valorizzazione del merito/produttività – tema che si collega a quello del lavoro agile nel ripensamento dei criteri di valutazione della prestazione resa fuori dalle sede lavorativa, non strettamente legata a un orario di lavoro, ma al raggiungimento di risultati predefiniti o ridefiniti nel corso del tempo – va segnalato che la quasi totalità degli accordi censiti nella Provincia di Brescia negli ultimi anni si occupa del calcolo del premio di risultato/produttività (accentuandone la componente variabile seppure non necessariamente in un'ottica partecipativa ai successi dell'impresa⁹¹⁰), della flessibilizzazione dell'orario di lavoro o dell'articolazione dei turni per far fronte alle esigenze produttive.

Il premio di risultato in genere viene suddiviso in una parte fissa e in una parte variabile. Per definire quest'ultima si prendono in considerazione alcuni indici quali, ad esempio, le ore lavorate dirette totali, la qualità del prodotto, la presenza individuale. Su questo punto, le previsioni contrattuali differiscono nelle voci da inserire nell'indice "presenza"⁹¹¹; quelle non incluse incidono in termini di penalizzazione nella quantificazione del premio. Astrattamente il ragionamento sembrerebbe lineare, se non fosse che tra le voci equiparate alla presenza spesso mancano i periodi di congedo parentale e, ancora più surreale, quelli di congedo obbligatorio per maternità/paternità.

Si riscontra, quindi, un vero e proprio corto-circuito del sistema, presente non solo nella contrattazione del nostro territorio⁹¹². Non tenere in considerazione il periodo di congedo obbligatorio configura, infatti, una discriminazione diretta nei confronti della lavoratrice madre, mentre nel caso di mancato computo del congedo parentale (almeno pro-quota) si tratta di una discriminazione indiretta, in quanto le donne continuano a fruire dell'astensione facoltativa in maniera pre-dominante rispetto ai lavoratori padri.

Sul punto è intervenuto il legislatore, con una previsione che calмира, ma non rimuove del tutto, gli effetti discriminatori di tali prassi: l'art. 1, c. 183, della legge di stabilità (l. n. 208/2015) sancisce

⁹¹⁰ Sottolinea questa tendenza generalizzata, M. RICCIARDI, *La parabola. Ascesa e declino della contrattazione collettiva in Italia*, Clueb, Bologna, 2014, p. 31 ss.

⁹¹¹ Leggendo i contratti censiti dall'Osservatorio, vengono ricondotte alla presenza, seppur con alcune distinzioni: ferie, rol, ex festività, 3 giorni di lutto, 24 ore di abbuono pari a 3 giornate lavorative, permessi Avis e Admo, permessi sindacali, malattie specializzate, malattie con prognosi di primo certificato superiori a 20 giorni, infortuni, cassa integrazione ordinaria. Solo in alcuni casi sono inclusi nella presenza il congedo di maternità e i permessi mensili ex art. 33 l. n. 104/1992.

⁹¹² Non viene, invece, fatto alcun riferimento ai requisiti di presenza, nell'Accordo sul «nuovo sistema retributivo premiale» adottato da FCA nell'aprile 2015, che riduce a 3 le macro-aree di professionalità rispetto agli 8 livelli di inquadramento del ccnl dei metalmeccanici. L'Accordo definisce, ad un unico livello di negoziazione, la costruzione della parte premiale della retribuzione che combina i profili dell'efficienza (dei vari stabilimenti) e della redditività (raggiungimento degli obiettivi del piano industriale): si tratta di un *bonus* calcolato sulla *performance* annuale di stabilimento e su quella quadriennale nell'area geografica di riferimento (Europa, Africa e Medio-orientale; Nord America; Sud America; Asia). Per un primo commento, AA.VV., *Il sistema retributivo premiale in Fiat-Chrysler Automobile (FCA). Elementi di un nuovo modello contrattuale?*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, n. 148, 2015, p. 651 ss.

che ai fini del premio di produttività è computato il periodo di congedo obbligatorio di maternità.

La contrattazione, oltre ad attenersi alla disposizione di legge, potrebbe presentare formule migliorative che includano, ad esempio, parte del congedo parentale, come già avviene in alcuni accordi aziendali per istituti legati a esigenze di cura (l. n. 104/1992).

Per concludere, merita un cenno quanto contenuto nell'art. 24 del d.lgs. n. 151/2015 che sancisce, sull'onda di una analoga previsione di qualche anno fa nell'ordinamento francese (*Loi Mathys*), la possibilità di cedere a titolo gratuito i riposi e le ferie maturati – nel rispetto delle norme inderogabili di cui al d.lgs. n. 66/2003 e, quindi, aggiuntivi rispetto alle soglie legali irrinunciabili – ad altri dipendenti dello stesso datore di lavoro per assistere figli minorenni che per le particolari condizioni di salute necessitano di cure costanti, secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva stipulata dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale⁹¹³.

Una parte della dottrina ha sottolineato il rischio sotteso alla disposizione ovvero che «la possibilità di prendersi cura di un familiare malato non costituisca un diritto garantito dall'ordinamento ma una condizione che si verifica grazie alla solidarietà dei lavoratori»⁹¹⁴. La perplessità non è peregrina, ed è simile a quelle sollevate da altri rispetto alla spinta verso il *welfare* aziendale mentre quello pubblico segna evidenti battute d'arresto (*infra*). Tuttavia, se letta nella cornice di interventi più strutturali, come quelli che in parte si è cercato di mettere in luce in questo lavoro (riduzione del *gender pay gap*, valorizzazione dello *smart working*, piani di *welfare family friendly*), la cedibilità del tempo per fini mutualistici offre l'occasione per sperimentare soluzioni innovative⁹¹⁵.

Sotto il profilo giuridico, lo schema disegnato dall'art. 24 sembra quello del diritto potestativo, già utilizzato per il congedo parentale. Non è infatti previsto l'accordo con il datore di lavoro, per il quale, però, potrebbe non essere indifferente tra *chi* avvenga lo scambio; nella norma manca ogni riferimento a livelli professionali/mansioni/ruoli entro cui si possa effettuare la cessione (vero e proprio atto di libertà tra colleghi). Del resto, una restrizione di questo tipo, circolata sul web nelle prime letture dell'articolo contenuto nella legge delega, non sarebbe auspicabile, non potendosi confinare la solidarietà in singoli uffici, reparti o tra colleghi che svolgono tra loro compiti fungibili. Per tale motivo andrà pensato un meccanismo di riassetto organizzativo o prevedere uno scaglionamento delle ore, magari a rotazione tra i cedenti, in modo da coprire le esigenze del

⁹¹³ R. NUNIN, *La cessione gratuita delle ferie e dei permessi maturati*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, Cedam, Padova, 2015, p. 729 ss., che sottolinea alcune criticità come quella di una eventuale stigmatizzazione del lavoratore bisognoso o di quello che non desidera cedere quota di permessi o ferie. Nella previsione francese l'opzione della cessione è esercitata anonimamente.

⁹¹⁴ A. FENOGLIO, *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 239, 2015, pp.26-27.

⁹¹⁵ È ancora Luxottica a fare da apripista con l'accordo aziendale del 30 marzo 2016 (siglato da Cgil, Cisl e Uil, con validità triennale), in cui viene istituita la *Banca delle ore Etica*. Due i punti rilevanti: 1) per ogni donazione l'azienda conferisce altrettante quote orarie valorizzate in base al valore della retribuzione in atto al momento della cessione; 2) si amplia la platea dei beneficiari individuati nei lavoratori che debbano assistere figli, coniuge (o convivente *more uxorio*) e genitori che versino in gravi condizioni di salute, che non abbiano già visto accolte richieste nei 12 mesi precedenti (salvi i casi di particolare gravità) e non dispongano, al momento della richiesta, di più di 24 ore di istituti individuali retribuiti residui. È, tuttavia, previsto un limite massimo di 80 ore (10 giorni) da godere almeno parzialmente entro 3 mesi dall'accreditamento ed esauriti entro 12 mesi.

beneficiario senza sacrificare quelle gestionali.

La contrattazione, nazionale o aziendale, è chiamata a delineare condizioni⁹¹⁶, durata e modalità di fruizione del beneficio⁹¹⁷. Un terreno di confronto e negoziazione molto interessante, in vista di una estensione della norma ad altre esigenze solidaristiche, come nel caso della cura degli anziani, di altri familiari in difficoltà o dello stesso lavoratore. L'ambito applicativo scelto dal legislatore è, infatti, restrittivo, in quanto prende in considerazione solo la cura dei genitori verso i figli minorenni, lasciando scoperte fenomenologie assai diffuse (anziani, figli disabili maggiorenni, ecc.).

Un altro punto delicato, esplicitato nella legge francese⁹¹⁸, è quello di considerare il periodo di assenza del beneficiario come lavoro effettivo ai fini dell'anzianità di servizio e di altri eventuali vantaggi; penso ad esempio a quanto detto *supra* in merito alla quantificazione del premio di produttività, in ragione del fatto che la probabilità che sia la lavoratrice a usufruire dell'istituto è abbastanza alta.

5. Le sfide del welfare aziendale.

Il *welfare* è definito come l'insieme di strumenti, risorse e servizi che un'impresa mette a disposizione del lavoratore per soddisfare bisogni, individuali o connessi al nucleo familiare, volti a realizzare esigenze personali di sviluppo umano, civile o sociale. Il risultato di un dialogo fra impresa e lavoratori (spesso col tramite delle parti sociali, come vedremo *infra*) che si attua attraverso un «contratto relazionale e riflessivo»⁹¹⁹.

Elena Macchioni enuclea alcune semantiche tese a collocare il *welfare* aziendale nei mutamenti culturali che hanno attraversato il nostro Paese e che si traducono in tipi di interventi diversificati a favore dei lavoratori o del tessuto sociale⁹²⁰.

Ne individua quattro già acquisite e una che l'Autrice auspica in divenire: a) *semantica paternalistico-filantropica*, legata ad alcune esperienze di inizio '900, che hanno portato ad esperimenti quali il villaggio operaio, l'attivazione di servizi scolastici e culturali per i figli dei dipendenti; b) *semantica delle relazioni industriali*, in cui gli strumenti di *welfare* vengono, progressivamente, ricondotti al più ampio dibattito sulle forme di tutela del lavoratore, definite nelle sedi territoriali di negoziazione sociale (le forme mutualistiche, assistenziali, i servizi sociali quali asili nido, case popolari); c) *semantica aziendalistico-manageriale*, dove si accentua la funzione di tecnica di gestione delle risorse umane, per ottimizzare il costo del lavoro e migliorare il clima aziendale, con

⁹¹⁶ Innanzitutto, cosa si intenda per (e come si certifichi la) sussistenza delle particolari condizioni di salute e necessità di cure costanti, anche al fine di evitare aberrazioni come quelle relative all'esclusione (seppur con alcune eccezioni) dei permessi della legge n. 104/1992 in caso di ospedalizzazione del familiare. Nel caso dei minori di 12 anni, infatti, numerose strutture ospedaliere esigono la presenza di un adulto per l'intera giornata.

⁹¹⁷ Termini di preavviso, comunicazione, produzione di specifici documenti, ecc.

⁹¹⁸ R. VOZA, *La cessione dei riposi e delle ferie secondo l'art. 24 del d.lgs. n. 151/2015*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 299, 2016, p. 3-4. L'Autore solleva (e fornisce risposta positiva a) un quesito circa la possibilità di inserire nell'accordo tra lavoratori una clausola di reciprocità, laddove in futuro il cedente dovesse trovarsi in condizioni di necessitare, a sua volta, di ferie o permessi per compiti di cura.

⁹¹⁹ E. MACCHIONI, *Culture e pratiche del welfare aziendale*, Mimesis, Milano-Udine, 2014, p. 7.

⁹²⁰ EADEM, p. 14 ss.

un ampliamento del paniere di beni/servizi offerti (assistenza sanitaria, buoni pasto, servizi di trasporto collettivo, contributi alle spese di istruzione, asili aziendali, colonie, formazione continua, ecc.); d) *semantica welfaristica* ossia quella che si inserisce nel filone del c.d. secondo *welfare*, reso possibile anche dagli incentivi statali (detassazione, incentivi fiscali); e) *semantica del pluralismo societario e riflessivo*, intesa come risultante dei punti di forza di quelle enunciate e che vede l'impresa come attore in un sistema plurale in cui si opera per il bene comune, utilizzando metodologie iterative e riflessive di monitoraggio e valorizzazione delle buone pratiche⁹²¹.

Le esperienze di accesso al *welfare* aziendale in Italia sono numerose, soprattutto nelle grandi aziende, spesso adottate senza il confronto con le parti sociali, sebbene negli ultimi il sindacato abbia manifestato un crescente interesse, con sensibilità diverse tra le sigle⁹²², al dialogo su temi ritenuti ormai di estrema rilevanza dagli stessi lavoratori⁹²³.

È, infatti, innegabile che gli strumenti di *welfare* integrativo costituiscano una importante forma di recupero del potere di acquisto dei lavoratori⁹²⁴, che in alcuni casi possono scegliere diverse combinazioni di servizi all'interno di un paniere, giungendo a livelli molto alti di personalizzazione del pacchetto di *benefit* erogati. Si assiste, così, «all'arricchimento dello scambio proprio del rapporto di lavoro, in senso sociale»⁹²⁵ attraverso il soddisfacimento dei bisogni del lavoratore e del suo nucleo familiare.

Per il sindacato, come ha sottolineato Tiziano Treu, il *welfare* «diventa un terreno di scambio, non l'unico ma significativo, per accettare orientamenti di moderazione salariale»⁹²⁶ e fa emergere a livello decentrato relazioni sindacali partecipative che non trovano omologhi sul piano nazionale.

Dal canto suo l'azienda decide di adottare piani di *welfare* essenzialmente per due ragioni, che si possono combinare tra loro e che sottendono il ricorso a strumenti differenziati: Maurizio Castro parla di leva organizzativa e di leva comunitaria⁹²⁷. Nel primo caso, l'obiettivo è quello di migliorare l'efficienza aziendale e si realizza con erogazioni in natura (buoni spesa; convenzioni con la grande distribuzione; contributi per i costi di trasporto casa-lavoro), interventi per migliorare la

⁹²¹ EADEM, p. 46 ss.

⁹²² Cfr. Accordo Cgil Cisl, Uil del 14 gennaio 2016, *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per un modello di sviluppo fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*, che colloca il *welfare* contrattuale tra gli strumenti tesi al benessere organizzativo, alla conciliazione vita-lavoro, alle condizioni di lavoro, con un riflesso positivo sulla produttività, che non devono essere lasciati alle forme unilaterali promosse dalle imprese. In particolare, si insiste sulla centralità della previdenza complementare (rilancio del secondo pilastro, soprattutto per le nuove generazioni a rischio-pensione) e della sanità integrativa, attraverso convenzioni con le strutture pubbliche in modo da non indebolire il sistema universale di tutela (p. 13). Cfr. *Il Sesto rapporto sulla contrattazione sociale territoriale*, 2015, redatto da Cgil/Spi sullo sviluppo del *welfare* territoriale legato all'attesa riforma del terzo settore, giunta alla conclusione dell'iter parlamentare nel maggio 2016 – di cui si attendono i decreti delegati – che contiene, tra l'altro, la regolazione per la costituzione dell'impresa sociale.

⁹²³ A. DE FILIPPO, *Diffusione, buone pratiche e casi di successo*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, Milano, 2013, p. 163 ss.

⁹²⁴ A. DE FILIPPO, *Costruzione di un piano di welfare aziendale e modalità di gestione*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale, cit.*, p. 132 ss. L'Autore sottolinea che l'adozione di piani di *welfare* modifica il rapporto con l'azienda-datore di lavoro, non più percepita solo come controparte contrattuale ma come erogatrice di servizi (p. 136).

⁹²⁵ T. TREU, *Introduzione. Welfare aziendale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 297, 2016, p. 31 (ora in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, Ipsoa, Milano, 2016).

⁹²⁶ IDEM, p. 24 ss.

⁹²⁷ M. CASTRO, *Il welfare aziendale: ragioni e prospettive di una strategia*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, Ipsoa, Milano, 2016, p. 117 ss.

prestazione (tele-lavoro; *smart working*; servizi per la famiglia; asili nido, colonie, ludoteche; banca delle ore; *long term leaves* per i lavoratori extracomunitaria; turni autogestiti). Nel secondo, si punta sulla coesione aziendale, sull'individuazione di un codice identitario (*vision & values*) e si privilegiano interventi ad alto impatto motivazionale e di lunga gittata (previdenza complementare; assistenza sanitaria integrativa; staffetta generazionale; formazione continua; borse di studio per i figli; protezione assicurativa contro infortuni invalidanti).

Sul versante del *welfare* aziendale, nella contrattazione decentrata bresciana, si segnala l'adozione di: *voucher* per i lavoratori con assenze contenute (es. sotto i 3 gg.); polizze sanitarie; contributi per spese sostenute dai dipendenti, per figli e coniuge (asili nido, scuole materne, altri gradi scolastici, *master*, corsi linguistici, campi estivi, acquisto di libri scolastici, mensa scolastica, fondo previdenziale); incremento del contributo a carico del datore al fondo pensione integrativo; borse di studio per i figli dei dipendenti che si siano distinti per peculiari meriti scolastici (presso scuole superiori e Università)⁹²⁸; convenzioni con asili nido; attivazione di asili nido aziendali; buoni spesa.

L'ampliamento in termini non solo quantitativi ma, soprattutto, qualitativi del ventaglio dei servizi erogabili dovrebbe essere favorito dai più recenti interventi normativi. La legge di stabilità per il 2016 (l. n. 208/2015) ha potenziato le agevolazioni fiscali per le aziende che erogano servizi e prestazioni di *welfare*⁹²⁹, ha previsto per il lavoratore (con reddito annuo fino a 50.000 euro)⁹³⁰ la scelta di convertire il premio di produttività in prestazioni di *welfare* integrativo⁹³¹ ed ha ampliato il novero degli elementi che non concorrono a formare reddito da lavoro dipendente ai sensi dell'art. 51 del Tuir⁹³².

Con riguardo a questo profilo, la novella legislativa tocca il comma 2, lett. f), che affianca alle prestazioni tradizionali (educazione, istruzione ed ora ludoteche, centri estivi e invernali), le «*somme e prestazioni erogate per la fruizione di servizi di assistenza ai familiari anziani o non autosufficienti*», rafforzando l'idea di un *trait d'union* tra i temi qui proposti proprio nella cura alla persona, bisogno crescente non coperto dal sistema pubblico e che si colloca nel pilastro del secondo *welfare*⁹³³.

⁹²⁸ Il contratto integrativo di Luxottica, del giugno 2013, ha dedicato ampio spazio al sostegno dell'istruzione dei figli dei dipendenti (con borse di studio e refusione delle tasse scolastiche) e, in un'ottica di *welfare* territoriale, investendo nella lotta all'abbandono scolastico con progetti mirati siglati con le scuole del territorio.

⁹²⁹ È, infatti, prevista per i datori di lavoro l'esenzione Irpef anche qualora gli interventi siano stabiliti in sede di contratto, accordo o regolamento aziendale e, quindi, non solo in caso di atto unilaterale e volontario del datore di lavoro.

⁹³⁰ Per l'applicazione dell'aliquota agevolata del 10% il limite dei premi è stato fissato a 2000 euro lordi innalzato a 2500 euro lordi nel caso in cui i contratti collettivi prevedano forme di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione. Il decreto interministeriale del 25 marzo 2016, ai fini dell'applicazione delle agevolazioni della legge di stabilità, dispone che tale coinvolgimento debba realizzarsi «attraverso un piano che stabilisca, a titolo esemplificativo, la costituzione di gruppi di lavoro nei quali operano responsabili aziendali e lavoratori finalizzati al miglioramento o all'innovazione di aree produttive o sistemi di produzione e che prevedono strutture permanenti di consultazione e monitoraggio degli obiettivi da perseguire e delle risorse necessarie nonché la predisposizione di rapporti periodici che illustrino le attività svolte e i risultati raggiunti» (art. 4).

⁹³¹ Questo profilo è particolarmente delicato, perché nel conferire il premio di produttività al piano di *welfare*, scelta sicuramente vantaggiosa per l'azienda, viene meno il versamento contributivo; il lavoratore non percepisce immediatamente l'effetto, in quanto beneficia del pacchetto di *benefit*, ma le ricadute sul calcolo della pensione potrebbero essere significative.

⁹³² Nel Tuir il riferimento va esteso al reddito assimilato al lavoro dipendente; ne consegue che le disposizioni si applicano ai collaboratori coordinati e continuativi, laddove siano destinatari di tali beni/servizi erogati dal piano di *welfare* aziendale.

⁹³³ T. TREU, *Introduzione. Welfare aziendale*, cit., p. 7-8, parla di selettività del *welfare* pubblico, dovuto alla progressiva riduzione delle

Pare, quindi, confermata la logica del *win-win*⁹³⁴, secondo cui nell'applicazione di strategie di *welfare* tutti i soggetti coinvolti risultano vincitori⁹³⁵.

L'entusiasmo non deve però fare perdere di vista alcuni nodi problematici, messi in evidenza da Bruno Caruso⁹³⁶. Se da un lato, la stipulazione di convenzioni con le strutture pubbliche – suggerita dall'Accordo del 14 gennaio 2016 tra Cgil, Cisl e Uil (*supra*) – possono produrre un effetto di *spill over*⁹³⁷; dall'altro, lo sviluppo del secondo *welfare*, e quindi anche di quello occupazionale, non deve divenire un alibi per rinviare *sine die* interventi universalistici, considerato il fatto che si registrano differenze sostanziali nella diffusione di piani di *welfare* a livello territoriale/aziendale tra aziende medio-grandi e medio-piccole⁹³⁸, con il rischio di perpetuare forme di esclusione sociale, alimentare nuove povertà e acuire ulteriormente la disparità tra Nord e Sud del Paese.

A tal proposito, appare suggestiva la ricostruzione offerta da Chiara Saraceno⁹³⁹ secondo cui la possibilità di considerare il *welfare* come bene comune si colloca «*all'interno del dinamico equilibrio tra responsabilità pubblica-statuale e responsabilità individuale perché l'universalità dell'accesso a beni come la salute, la sicurezza economica, la cura sia garantita in modo equo e sostenibile, oltre che adeguato*».

Un'immagine di questo tipo, resa effettiva nelle esperienze più mature di *welfare* aziendale e soprattutto nella ricerca di modelli olistici di qualità del lavoro, rievoca la concezione di Olivetti del fare impresa e risponde al monito europeo del creare «occupazione buona», ben conciliandosi con le premesse da cui ha preso le mosse questo contributo.

Bibliografia

AA.VV. (2015), *Il sistema retributivo premiale in Fiat-Chrysler Automobile (FCA). Elementi di un nuovo modello contrattuale?*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, n. 148, p. 651 ss.

ADDABBO T., M. CENTRA, CURTARELLI M., FUSCALDO M., GUALTIERI V. (2013), *The quality of work dimensions*, *DEMB Working paper Series*, n. 17.

AVALLONE F., PAPLOMATAS A. (2005), *Salute organizzativa. Psicologia del benessere nei contesti lavorativi*, Cortina Raffaello, Milano.

BARBERA M. (2016), *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavoristica*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 293.

risorse, che ha portato a lasciare scoperte (o meno coperte) alcune aree, pur rilevanti, quali le politiche attive del lavoro, la lotta alla povertà, il sostegno alla famiglia, lo sviluppo delle attività di cura, l'educazione e la formazione.

⁹³⁴ E. MASSAGLI (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt University Press, Modena, 2014. Nell'introduzione, l'Autore fa riferimento, da un lato, ai lavoratori e all'impresa, per le ragioni dette nel testo, e, dall'altro, allo Stato, in quanto i servizi offerti colmano alcune lacune dello stato sociale.

⁹³⁵ B. DI COLA, N. FERRIGNI, M. PACETTI (a cura di), *Welfare aziendale in un gioco dove nessuno perde e tutti guadagnano. Indagine nazionale sullo stato del welfare aziendale*, Gangemi, Roma, 2014.

⁹³⁶ B. CARUSO, «*The bright side of the moon*»: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale, in *RIDL*, n. 2, 2016, p. 186 ss.

⁹³⁷ L'Autore parla di miglioramenti nelle *performance* del sistema pubblico e di incrementi occupazionali connessi alla richiesta di servizi da parte delle aziende.

⁹³⁸ Caruso propone il ricorso al contratto di rete, per promuovere la diffusione del *welfare* aziendale nelle realtà di più piccole dimensioni. Fanno riferimento, invece, alla possibilità di costruire piani di *welfare* interaziendali con il coinvolgimento dell'attore pubblico al fine di realizzare economie di scala non favorite dalle dimensioni ridotte, A. CIARINI, S. LUCCARINI, *Il welfare aziendale in Italia*, in *Sociologia del lavoro*, n. 139, 2015, p. 44.

⁹³⁹ C. SARACENO, *Si può pensare al welfare come bene comune?*, in *Il Mulino*, n. 6, 2014, p. 907.

- BARBERA M. (2014), «Noi siamo quello che facciamo». *Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, n. 144, p. 631 ss.
- BERRA A., PRESTIPINO T., *La valutazione del benessere nelle organizzazioni: metodologia e strumenti*, in BERRA A., PRESTIPINO T. (2011) (a cura di), *Sicurezza del lavoro e promozione del benessere organizzativo*, Franco Angeli, Milano.
- BORGOGNI L. (2010) (a cura di), *Dal performance management allo sviluppo delle persone. Modelli e tecniche*, Franco Angeli, Milano.
- BORZAGA C. (2010), *L'impresa sociale: un modo socialmente responsabile di fare impresa*, in M. CAMPEDELLI, G. FIORENTINI (a cura di), *Impresa sociale. Idee e percorsi per uscire dalla crisi*, Diabasis, Reggio Emilia, p. 15 ss.
- CARUSO B. (2016), «The bright side of the moon»: *politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, n. 2, p. 177 ss.
- CASTRO M. (2016), *Il welfare aziendale: ragioni e prospettive di una strategia*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, Ipsoa, Milano, p. 113 ss.
- CELLA G. P. (2016), *Quale futuro per la contrattazione collettiva*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, n. 150, 2016, p. 217 ss.
- CIARINI A., LUCCIARINI S. (2015), *Il welfare aziendale in Italia*, in *Sociologia del lavoro*, n. 139, p. 43 ss.
- CHIARO G., PRATI G., ZOCCA M. (2015), *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *Sociologia del lavoro*, n. 138, p. 69 ss.
- DAGNINO E., TIRABOSCHI M., TOMASSETTI P., TOURESS C. (2016), *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in *Working Paper Adapt*, n. 2.
- DE ANGELIS M. G. (2011), *Benessere personale e benessere organizzativo: un binomio possibile?*, Franco Angeli, Milano.
- DE CARLO N. A., FALCO A., CAPOZZA D. (2015) (a cura di), *Stress, benessere organizzativo e performance*, Franco Angeli, Milano.
- DE FILIPPO A. (2013), *Costruzione di un piano di welfare aziendale e modalità di gestione*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, Milano, p. 123 ss.
- DE FILIPPO A. (2013), *Diffusione, buone pratiche e casi di successo*, in T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, Milano, p. 163 ss.
- DEGRYSE C. (2016), *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, in *Working Paper 2016.02*, Brussels, in <http://www.etui.org>.
- DI COLA B., FERRIGNI N., PACETTI M. (2014) (a cura di), *Welfare aziendale in un gioco dove nessuno perde e tutti guadagnano. Indagine nazionale sullo stato del welfare aziendale*, Gangemi, Roma.
- DI NARDO F. (2015), *Il futuro del welfare è in azienda*, Guerini, Milano.
- FENOGLIO A. (2015), *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 239.

- GALLIE D., GOSETTI G., LA ROSA M. (2012) (a cura di), *Qualità del lavoro e della vita lavorativa. Cosa è cambiato e cosa sta cambiando*, numero monografico di *Sociologia del lavoro*, n. 127.
- GALLINO L. (2015), *Il denaro, il debito e la doppia crisi*, Einaudi, Torino.
- GALLINO L. (2014), *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Laterza, Bari.
- GALLINO L. (2001), *Il costo umano della flessibilità*, Laterza, Roma.
- GALLINO L. (1983), *Informatica e qualità del lavoro*, Einaudi, Torino.
- GOSETTI G. (2012), *Dalla qualità del lavoro alla qualità della vita lavorativa: persistenze e innovazioni nel profilo teorico e nelle modalità di analisi*, *Sociologia del lavoro*, n. 127, p. 17 ss.
- GREEN F. (2012), *Concetti, teorie e misure della qualità del lavoro*, in *Sociologia del lavoro*, n. 127 p. 52 ss.
- LA ROSA M. (1983) (a cura di), *Qualità della vita, qualità del lavoro*, Franco Angeli, Milano.
- MACCHIONI E. (2014), *Culture e pratiche del welfare aziendale*, Mimesis, Milano-Udine.
- MALZANI F. (2016), *Crisi della rappresentatività e nuovi modelli locali di relazioni industriali: la contrattazione collettiva in Provincia di Brescia*, in *Dir. lav. mercati*, n. 1, p. 197 ss.
- MASSAGLI E. (2014) (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva*, Adapt University Press, Modena.
- NUNIN R. (2015), *La cessione gratuita delle ferie e dei permessi maturati*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, Cedam, Padova, p. 729 ss.
- OLIVETTI A. (2012), *Ai lavoratori*, Edizioni di Comunità, Milano.
- OLIVETTI A. (1959), *Città dell'uomo*, Edizioni di Comunità, Milano.
- PETITTA L., DI MASSA F. (2010), *Dalle competenze allo sviluppo delle persone*, in BORGOGNI L. (a cura di), *Dal performance management allo sviluppo delle persone. Modelli e tecniche*, Franco Angeli, Milano, p. 45 ss.
- PUGLIESE E. (2015), *Introduzione. Quaranta anni di cambiamenti del lavoro in Italia*, in *Sociologia del lavoro*, n. 138, p. 9 ss.
- RICCIARDI M. (2014), *La parabola. Ascesa e declino della contrattazione collettiva in Italia*, Clueb, Bologna.
- RIFKIN J. (2005), *La fine del lavoro*, Mondadori, Milano.
- ROSSI P. (2008), *Lo sviluppo della responsabilità sociale di impresa tra routine e disclosure: due esperienze organizzative*, in *Studi organizzativi*, n. 1, p. 165 ss.
- SACCONI L. (2004), *Responsabilità sociale come governance allargata d'impresa: una interpretazione basata sulla teoria del contratto sociale e della reputazione*, in RUSCONI G., DORIGATTI M. (a cura di), *a responsabilità sociale d'impresa*, Franco, Angeli, Milano, p. 107 ss.
- SARACENO C. (2014), *Si può pensare al welfare come bene comune?*, in *Il Mulino*, n. 6, p. 906 ss.
- SUPIOT A. (2003) (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma.

TREU T. (2016), *Introduzione. Welfare aziendale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 297.

TREU T. (2016) (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, Ipsoa, Milano.

VERMEYLEN G., PARENT-THIRION A., CURTARELLI M. (2012), *La qualità del lavoro e dell'occupazione nell'indagine europea sulle condizioni di lavoro*, in *Sociologia del lavoro*, n. 127, p. 35 ss.

VOZA R. (2016), *La cessione dei riposi e delle ferie secondo l'art. 24 del d.lgs. n. 151/2015*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 299.

Responsabilità solidale nell'appalto e processo*

Luigi de Angelis

1. Anomalia del contraddittorio e aspetti di competenza e rito.	287
2. Il limite temporale dell'obbligazione solidale ed il modo per rispettarla.	291
3. Il beneficio d'escussione.	293

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 314/2016

1. Anomalia del contraddittorio e aspetti di competenza e rito.

Il testo attuale del tormentato art. 29, comma 2, d.lgs n. 276/2003⁹⁴⁰ prevede, con l'eccezione di cui appresso (paragrafo 2), la solidarietà passiva del committente o datore di lavoro con l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori - non se si tratti di appalti pubblici (v. art. 9, comma 1, d.l. d.l. n. 76/2013, convertito nella l. n. 99/2013⁹⁴¹) né se il committente o datore di lavoro sia persona fisica non imprenditore o esercente attività professionale (art. 29, comma 3 *ter* introdotto dall'art. 6 l. n. 251/2004) - per le obbligazioni relative al trattamento retributivo, compreso il trattamento di fine rapporto, i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione dell'appalto ed entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto stesso. Tale beneficio, originariamente a favore dei soli lavoratori subordinati, è stato esteso dall'art. 9, comma 1, d.l. n. 76/2013 cit. ai crediti simili dei lavoratori autonomi. L'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 81/2008 ha poi aggiunto, ma questa volta a favore dei soli lavoratori subordinati e senza il limite del biennio, la solidarietà per i danni non indennizzati dall'Inail (c.d. differenziali), salvi quelli conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività dell'appaltatore.⁹⁴² Sempre senza il limite temporale prima indicato l'art. 35, commi 28, 28 *bis* e 28 *ter* d.l. n. 223/2006, convertito con modificazioni in l. 248/2006 (c.d. decreto Bersani), contempla un peculiare regime di solidarietà tra appaltatore e subappaltatore (è esonerato invece il committente) per le ritenute fiscali⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Per l'evoluzione legislativa al riguardo, che risponde a criteri di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco che sono puramente politici (così R. ROMEI, *Il diritto del lavoro e l'organizzazione dell'impresa*, in AA. VV., *L'idea del diritto del lavoro, oggi In ricordo di Giorgio Ghezzi*, a cura di A. PERULLI, Padova, 2016, 517; S. CIUCCIOVINO, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario datore/lavoratore*, in AA. VV., *Diritto del lavoro in trasformazione*, a cura di L. CORAZZA, R. ROMEI, Bologna, 2014, 178), cfr., tra gli altri, I. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, in AA. VV., *Il nuovo diritto nel mercato del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, S. LIEBMAN, Torino, 2013, 101 ss.; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro, somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, III ed., Torino, 2013, 124 ss.; V. PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti*, in AA. VV., *Flessibilità e tutele nel lavoro*, a cura di P. CHIECO, Bari, 2012, 799 ss.; P. ALBI, *Il contratto di appalto*, in AA. VV., *Il mercato del lavoro*, a cura di M. BROLLO, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. VI, Padova, 2012, 1619 ss.

⁹⁴¹ Tale disposizione ha risolto espressamente i precedenti contrasti in punto, rispetto ai quali, però, la più recente giurisprudenza di legittimità era ugualmente orientata in senso negativo: cfr. Cass. 7 luglio 2014, n. 15432, in <<Mass. Foro it.>>, 2014, 532.

⁹⁴² In argomento cfr. per tutti G. LUDOVICO, *Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale*, in <<Argom. dir. lav.>>, 2011, 567 ss., ed *ivi* riferimenti; più di recente, O. BONARDI, *La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti*, in *Salute e sicurezza sul lavoro* a cura di G. NATULLO, Torino, 2015, 887 ss.

⁹⁴³ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione*, cit., 151 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in <<Riv. it. dir. lav.>>, 2012, I, 161; D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, in AA. VV., *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di M.P. AIMO e D. IZZI, Torino, 2014, 102 ss.; V. PASQUARELLA, *La responsabilità solidale*, cit., 811 ss. Per valutazione positiva dell'originario, in buona parte abrogato, regime in materia del *Decreto Bersani*, in particolare riguardo alla previsione di casi di esonero dalla responsabilità solidale del committente, cfr. L. IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: stato dell'arte, profili critici e proposte di riforma*, in <<Lavoro giur.>>, 2011, supp. al n. 11, 32 ss.

Per la peculiare solidarietà prevista in materia di autotrasporto merci per conto di terzi: cfr., G. CAROSIELLI, *La responsabilità solidale nell'autotrasporto merci per conto terzi*, in <<Dir. rel. ind.>>, 2015, 251 ss. Cfr., infine, D. IZZI, *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto del diritto dell'Unione europea*, in <<Lav. dir.>>, 2016, 35 ss., circa altri interventi normativi in materia di responsabilità solidale e circa la (per lei) timida e tardiva considerazione al riguardo dell'Unione europea.

Riconosciuta ormai la liceità del decentramento produttivo⁹⁴⁴ si è così voluto, attraverso la solidarietà, indurre alla selezione ponderata degli appaltatori e a favorire in tal modo il decentramento virtuoso⁹⁴⁵, assicurando quindi al lavoratore una tutela indiretta e ad un tempo diretta⁹⁴⁶. Penso che in proposito sia forzato ricondurre ad una forma di fideiussione *ex lege*⁹⁴⁷ la obbligazione solidale in questione per la ragione che la fideiussione è concepita dal codice civile come contratto e per esso detta una disciplina specifica in punto solidarietà, mentre per le obbligazioni solidali in genere lo stesso codice contiene un'articolata disciplina (artt. 1292-1299), alla quale, quindi, anche in questo caso si deve fare riferimento ove l'art. 29, comma 2, cit., non provveda diversamente⁹⁴⁸. Conseguenza è che, ad esempio, il debitore non può qui opporre al creditore le eccezioni personali (art. 1297, comma 1, c. c.), come invece può fare, *ex art.* 1945 cod civ., salva l'eccezione d'incapacità, il fideiussore. Possibilità, quest' ultima, che evidenzia la funzione di garanzia personale propria del contratto di fideiussione, che forse non sussiste nel caso che c' interessa.

Sul piano processuale la disciplina della solidarietà degli appalti presenta elementi di sensibile anomalia rispetto a principi diffusi in materia di obbligazioni solidali⁹⁴⁹. In via generale ognuna di queste ha una propria autonomia - Barassi⁹⁵⁰ utilizzava l'immagine del fascio di più rapporti obbligatori paralleli⁹⁵¹ con una unica fonte generatrice - che sul piano processuale si risolve nella mera facoltatività della partecipazione al giudizio dei vari obbligati.⁹⁵²

L'anomalia è data dalla previsione, contenuta nell'art. 4, comma 31, l. n. 92/2012 (che per il principio *tempus regit actum* si applica alle controversie proposte dall'entrata in vigore di tale legge e cioè dal 18 luglio 2012) per la quale "*Il committente imprenditore o datore di lavoro*⁹⁵³ *è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subap-*

⁹⁴⁴ Cfr. per tutti R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in <<Argom. dir. lav.>>, 2005, 60 ss.; anche ISD., *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in <<Dir. rel. ind.>>, 2005, 308 ss.

⁹⁴⁵ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 130; I. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., 100.

⁹⁴⁶ Cfr. R. ROMEI, *Il diritto del lavoro e l'organizzazione dell'impresa*, cit., 516.

⁹⁴⁷ Così, invece, tra gli altri, M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 137, che evidenzia comunque la specificità di alcune disposizioni a partire dal beneficio d'escussione previsto invece dal contratto solo con pattuizione *ad hoc*; altresì V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in <<Riv. giur. lav.>>, 2012, II, 479. Per riferimenti vari al tema della qualificazione delle obbligazioni solidali cfr. G. COSTA, *Solidarietà e tutela negli appalti*, in <<Variet. temi dir. lav.>>, 2016, 405 ss., anche nn. 99 ss.

⁹⁴⁸ Conf. Trib. Genova 23 giugno 2011, richiamata da M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit. 137, n. 57.

⁹⁴⁹ Cfr., tra i tanti, S. CASSAR, *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in <<Mass. giur. lav.>>, 2012, 845.

⁹⁵⁰ L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II ed., Milano, 1948, I, 183; ma v. anche M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, ora in ID., *Scritti minori*, Napoli, 1988, 602.

⁹⁵¹ La pluralità dei rapporti è affermata dalla dottrina dominante, pur se con vari distinguo: per riepilogo delle varie impostazioni cfr., tra i recenti, U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in <<Contratto e impresa>>, 2014, 270 ss., ed *ivi* anche riferimenti in nota; altresì L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Padova, 2004, 173 ss., anche riferimenti in nota.

⁹⁵² Cfr., ad es., tra le recenti, Cass. 29 ottobre 2013, n. 24362, in <<Mass. Foro it.>>, 2013, 831, in materia di responsabilità solidale dei sindaci di società; ma il principio è presente in giurisprudenza già nel 1950: cfr. Cass. 28 giugno 1950, n. 1688, in <<Mass. Foro it.>>, 1950, 349.

⁹⁵³ Ma non se persona fisica che non eserciti attività imprenditoriale o professionale: art. 29, comma 3 *ter*, l. cit., introdotto dal d.lgs. 251/2004.

paltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali".

Dunque un'ipotesi appunto anomala di litisconsorzio necessario, quale emerge sicuramente dalla perentorietà del disposto in sintonia con la *ratio* suddetta; perentorietà del disposto, mancanza in esso di distinzione alcuna e *ratio* che rendono non convincente la tesi⁹⁵⁴ per la quale il litisconsorzio necessario riguarderebbe il solo caso in cui si sia eccepito nella prima difesa il beneficio d'escussione (v. *infra*, § 3).

La regola sul litisconsorzio necessario non comprende il risarcimento dei danni differenziali, né le questioni sulle ritenute fiscali. È poi conseguenza dell'inoperatività della solidarietà che la disciplina non riguardi gli appalti con le pubbliche amministrazioni.

L'anomalia sopra illustrata si giustifica, e a mio parere va apprezzata, tenuto conto sia del volersi evitare fenomeni di deresponsabilizzazione del datore di lavoro, sia dell'estraneità del committente al rapporto di lavoro subordinato (e ora, si è visto, autonomo), e delle sue connesse difficoltà ad essere in possesso delle informazioni utili a difendersi da solo⁹⁵⁵. Se si vuole aderire all'opinione di chi al contraddittorio *tout court* riconosce non solo la classica funzione di garanzia di difesa ma anche una funzione cognitiva-epistemica e argomentativa⁹⁵⁶, questo può considerarsi anche un contributo normativo peculiare, perché peculiare è la situazione giuridica e di fatto, alla migliore conoscenza appunto dei fatti da parte del giudice e alla costruzione di buone ragioni da porre a fondamento della decisione.

Il derivare, l'anomalia, direttamente dalla legge rende *inutile* il richiamo, fatto da alcuni⁹⁵⁷, alla nozione di litisconsorzio necessario processuale con questo volendo intendersi che esso non scaturisce dalla qualità del sottostante rapporto sostanziale. A tale nozione la giurisprudenza è infatti *utilmente* ricorsa per richiedere l'estensione in appello del contraddittorio ai soggetti che, pur non litisconsorti necessari, abbiano comunque partecipato al giudizio di primo grado, laddove si tratti di cause inscindibili o tra loro dipendenti⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ Sostenuta da I. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., 121, e giustamente contrastata da C. CORDELLA, *Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in <<Dir. rel. ind.>>, 2016, 534.

⁹⁵⁵ Cfr., da ult., C. CORDELLA, *Appalti: nozione lavoristica*, cit., 532 ss. Rilevava, prima della modifica del 2012, l'ignoranza d'informazioni del committente a differenza di quanto è in materia di somministrazione, G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004, 294.

⁹⁵⁶ È il cuore della tesi di C. GAMBA, *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016, 138 e ss., nonché EAD., *Le funzioni del contraddittorio e l'art. 101, comma 2, c.p.c.*, di prossima pubblicazione per Cacucci editore.

⁹⁵⁷ Cfr. R. RIVERSO, *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, in <<Lavoro giur.>>, 2014, 856; G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in AA. VV., *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, Milano, 2012, 208.

⁹⁵⁸ Ad es., Cass. 19 aprile 2016, n. 7732, in <<Rep. Foro it.>>, 2016, v. *Impugnazioni civili*, n. 5; proprio con riguardo alla solidarietà in materia d'appalto, Cass. s.u. 14 luglio 2000, n. 497, in <<Rep. Foro it.>>, 2000, v. *Impugnazioni civili*, n. 24, per la quale, secondo la massima, "proposta da alcuni lavoratori in via principale domanda diretta all'accertamento di una situazione di illegittima intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro e in via subordinata, nei confronti di appaltante e appaltatore in solido, del loro diritto ad

Trattandosi di litisconsorzio necessario la mancata chiamata in giudizio dell'appaltatore e subappaltatori importa, in primo grado, l'applicazione dell'art. 102 c. p. c. e, in appello, la nullità della sentenza con rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 dello stesso codice. Ciò, si badi bene, nel caso in cui sia chiamato in giudizio il committente, essendo invece libero il lavoratore, subordinato o, a seguito dell'art. 9, comma 1, d.l. n. 76/2013 cit., autonomo, di agire nei confronti del solo appaltatore. È infatti, secondo il testo dell'art. 4, comma 31, cit., il committente che va chiamato in giudizio con l'appaltatore e subappaltatori, e non viceversa: il litisconsorzio è stabilito nell'interesse degli obbligati solidali e per questo il creditore può chiamare in causa il solo appaltatore non facendo valere la solidarietà.⁹⁵⁹

Quanto ai subappaltatori, può verificarsi la c.d. catena, e cioè che ad un subappalto ne seguano altri che vedono l'appaltatore come committente, e così via. Per tutti, si è visto, il testo dell'art. 4, comma 31, cit. prevede la solidarietà, la quale, però, per essere un beneficio del lavoratore, potrà da lui essere fatta valere anche solo nei confronti del penultimo subappaltatore che è anche subcommittente. In tal caso, se questi è chiamato in causa, si dovrà necessariamente estendersi il giudizio all'ultimo subappaltatore-datore di lavoro.

Il litisconsorzio necessario è invece estraneo alla fattispecie di cui all'abrogato art. 3 l. n. 1369/1960, ed è estraneo, per la condivisibile opinione prevalente⁹⁶⁰, a quella, tuttora in vigore stante il silenzio della legge in punto e la diversità di presupposti che fa escludere l'abrogazione implicita, di cui all'art. 1676 c. c. (riguardante i soli crediti dei lavoratori subordinati), che può allora essere invocata anche in cumulo nello stesso processo, in via graduata, con la tutela in esame. La natura del credito e il carattere subordinato della domanda fanno sì che le regole di competenza della l. n. 533 del 1973 prevalgano su quelle eventualmente ordinarie,⁹⁶¹ come prevale il rito del lavoro ex art. 40, comma 3, c. p. c.

Si è detto in precedenza che la solidarietà operi ora anche a favore dei lavoratori autonomi. Al riguardo va notato che l'ambito di previsione non è limitato ai c.d. parasubordinati; i lavoratori autonomi *tout court*, di conseguenza, dovranno agire con il rito ordinario nel cui interno si attuerà il litisconsorzio necessario.

un trattamento economico e normativo non inferiore a quello spettante ai dipendenti dell'impresa appaltante, deve ritenersi la sussistenza di un rapporto di dipendenza tra le domande principali e quelle subordinate, che comporta un litisconsorzio di natura processuale tra i due convenuti (a prescindere dalla configurabilità o meno, in genere, di un litisconsorzio necessario di carattere sostanziale nelle azioni dirette a contestare un'illegittima interposizione) e impone l'integrazione del contraddittorio nel caso in cui, accolta in primo grado la domanda principale, l'appaltante proponga l'appello solo nei confronti dei lavoratori".

⁹⁵⁹ Così P. TOSI, "Appalto di opere o di servizi" e solidarietà dopo la l. n. 92/2012, in <<Lavoro giur.>>, 2012, 981; discutibilmente, invece, secondo M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 137, la responsabilità solidale in questione è disposta nell'esclusivo interesse dell'appaltatore-datore di lavoro e dell'eventuale subappaltatore-datore di lavoro a ricevere l'adempimento dal proprio dipendente.

⁹⁶⁰ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 140 ss., anche riferimenti alle note nn. 64-79.

⁹⁶¹ Cfr. Cass. 7 ottobre 1993, n. 9929, in <<Informazione prev.>>, 1993, 1288, per la quale "la competenza si determina in base al contenuto della domanda introduttiva del giudizio - e, in caso di più domande l'una all'altra subordinata, in base al contenuto della domanda principale - e non già secondo l'oggetto dell'indagine di merito che il giudice deve compiere per la decisione della controversia; pertanto, ove l'attore deduca la simulazione di un contratto di agenzia, in quanto dissimulante un rapporto di lavoro subordinato, e chieda la condanna del datore di lavoro al pagamento delle differenze retributive inerenti al contratto dissimulato, deve farsi riferimento - ai fini dei criteri determinativi della competenza per territorio - al 2° comma dell'art. 413 c.p.c., che riguarda i rapporti di lavoro subordinato, e non al successivo 4° comma (nel testo introdotto dalla l. 11 febbraio 1992 n. 128), inerente ai rapporti di agenzia o rappresentanza commerciale o di collaborazione di cui al 3° comma dell'art. 409 n. 3 c.p.c.)". Il principio è però consolidato.

Diversamente, se si tratta di lavoratori subordinati o parasubordinati, il rito deve essere quello del lavoro non solo in ragione della natura del credito derivante appunto da rapporto subordinato o parasubordinato ma anche dell'art. 40, comma 3 c. p. c., dovendosi far rientrare la domanda contro il committente tra le cause accessorie. La necessità del litisconsorzio fa poi aggio anche sull'eventuale diversità dei criteri della competenza territoriale imponendo la prevalenza di quelli di cui all'art. 413 c. p. c.

Sempre con riguardo a competenza e rito, si deve ritenere che vada applicata la l. n. 533/1973 all'azione di regresso se l'obbligato solidale abbia pagato un debito che atteneva ad un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato, altrimenti dovendosi applicare le regole del generale processo civile di cognizione. In proposito è utile richiamare gli arresti giurisprudenziali in tema di azione di regresso proposta dall'Inail verso il responsabile di infortunio sul lavoro o di malattia professionale⁹⁶².

Più complesso appare il problema del rito in caso di fallimento di una delle parti del rapporto solidale. In tal caso, per un verso vi è la necessità del litisconsorzio, che per la sua funzione, è il caso di ribadire, non va superata; per un altro verso, non può essere trascinato all'interno della verifica dei crediti della procedura concorsuale chi fallito non è. La soluzione migliore pare allora essere quella di applicare la regola più recente e ritenere che si sia con essa derogato nell'ipotesi in esame al foro e al rito fallimentare.

Infine, è il caso di sottolineare come l'art. 29, comma 2, cit., non riguardi l'ipotesi dell'appalto illecito, soggetto piuttosto alle regole di cui all'art. 27 comma 3 *bis*, comma 2, d.lgs. n. 276 cit.⁹⁶³, né l'impugnativa dei licenziamenti pur se si faccia valere la sola tutela obbligatoria, estranea alle ipotesi contemplate dall'art. 29 cit. A proposito di licenziamenti vale la pena di porre in luce come la corte di cassazione⁹⁶⁴ abbia di recente affermato la soggezione al c.d. rito Fornero delle domande ex art. 18 l. n. 300/1970 che individuano il datore di lavoro in un soggetto diverso dal datore di lavoro formale. Ciò condivisibilmente pur se non si faccia leva, come fatto dal giudice di legittimità, sulla prospettazione della domanda o sull'inciso "anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro" presente nel testo dell'art. 1, comma 47 l. n. 92/2012, e ci si poggia piuttosto sulla prima parte del medesimo testo riconoscendo che anche tale caso rientri tra le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa di licenziamento soggetto all'art. 18 e successive modificazioni.

2. Il limite temporale dell'obbligazione solidale ed il modo per rispettarla.

Come si è visto, la solidarietà opera entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto; limite che però, va evidenziato, non sussiste per il risarcimento dei danni differenziali, soggetto ai soli

⁹⁶² Ad es., Cass. 15 dicembre 2000, n. 15826, in <<Rep. Foro it.>>, 2000, v. *Infortuni sul lavoro*, n. 155; più recentemente, arg. ex Cass. 17 luglio 2009, n. 16780, in <<Rep. Foro it.>>, v. *Termini processuali civili*, n. 20.

⁹⁶³ Cfr. per tutti G. COSTA, *Solidarietà e tutele*, cit., 401, anche riferimenti alle note 82-84.

⁹⁶⁴ Cfr. Cass. 8 settembre 2016, n. 17775, inedita, allo stato; *contra*, Trib. Milano 25 ottobre 2012, in <<Foro it.>>, 2013, I, 674, con nota di S. CALVIGIONI, e in genere la giurisprudenza della sezione lavoro del tribunale milanese.

termini prescrizionali.⁹⁶⁵ Cessazione è una nozione *di fatto*, per cui come tale deve intendersi non la data di scadenza prevista nel contratto tra committente e appaltatore ma quella in cui l'appalto abbia avuto interamente esecuzione.⁹⁶⁶ Del resto il creditore è estraneo a tale contratto e difficilmente ne può conoscere il contenuto, ivi compresa la scadenza pattuita. È poi controverso se la cessazione debba riferirsi all'appalto⁹⁶⁷ ovvero, se vi sia, subappalto, come è detto in una nota ministeriale⁹⁶⁸ e come pare condivisibile considerandosi che è irragionevole, e quindi poco credibile sul piano interpretativo, un'esposizione prolungata del committente obbligato solidale specie negli appalti di lunga durata⁹⁶⁹ e con subappalti di breve durata, e questo quando è stato previsto il termine *a quo* per attenuare la situazione d'incertezza dell'obbligato stesso. In tal senso, sotto il vigore dell'art. 4 l. n. 1369/1960, si è pronunciata la corte di cassazione⁹⁷⁰.

Da alcuni⁹⁷¹ si è sostenuto che la mancanza di specificazione normativa al riguardo, necessaria in quanto non esiste una unica modalità per impedire una decadenza (v., però, *infra*), fa sì che la intrabiennalità del limite sia soddisfatta anche da un atto stragiudiziale; la tesi trova anche qualche conferma – ma pure dissensi – in giurisprudenza⁹⁷². Non penso, però, che sia così. Se è vero che ha scarso valore interpretativo ai fini di sostenere la tesi contraria l'inserimento dell'obbligo di solidarietà in un testo in cui il periodo successivo si riferisce all'azione giudiziaria⁹⁷³ – l'argomento già fragile di per sé non considera che la previsione del termine precede (d.lgs. n. 276/2003) la regola riguardante il giudizio introdotta circa dieci anni dopo (l. n. 92/2012)⁹⁷⁴ – è pur vero che l'inserimento stesso acquista tale valore nella contrapposizione forte con quanto espressamente detto con riguardo ai licenziamenti solo nel 2010 (art. 32 l. 183/2010, in punto confermativo della pur modificata legislazione precedente). Ma ancor prima, è discutibile che ci si trovi di fronte ad una decadenza, come pure è opinione diffusa. Appunto alla decadenza il testo dell'art. 29, comma 2, cit., non fa cenno, ed è invece strutturato nel senso di considerare l'intrabiennalità quale presupposto della solidarietà: "...è obbligato in solido....entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto...". Dicevo, è opinione diffusa, che però, piuttosto che argomentata, è data per scontata, come lo è in più decisioni della corte di cassazione relative all'art. 4 l. n. 1369 cit., il quale, pur presentando un testo differente, non conteneva anch'esso cenno alcuno alla

⁹⁶⁵ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 148; per approfondito esame dei termini di prescrizione dell'azione contro il datore di lavoro e l'appaltante e, soprattutto, dell'inizio di decorrenza di essi, cfr. G. LUDOVICO, *Sui limiti e contenuti*, cit., 595 ss.

⁹⁶⁶ Conf. D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., 86; con riguardo all'art. 4 l. n. 1369/1960 cfr., sempre in senso conforme, Cass. 2 aprile 1998, n. 3410, in <<Rep. Foro it.>>, 1998, v. *Lavoro (rapporto)*, n. 659.

⁹⁶⁷ Come ritiene in specie P. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuato cambiamento*, in <<Dir. rel. ind.>>, 2012, 1000.

⁹⁶⁸ V. anche la conforme posizione di Inps e Inail; in proposito cfr. M. BARBERIO, *Effettività delle tutele e aspetti processuali degli appalti di servizi*, in <<Mass. giur. lav.>>, 2015, 553, anche riferimenti alle note 44 e 46.

⁹⁶⁹ Cfr. D. IZZI, op. loc. ult. cit., ed *ivi* anche riferimenti alle note nn. 75 e 76.

⁹⁷⁰ Cass. 2 aprile 1998, n. 3410, cit.

⁹⁷¹ Cfr. R. RIVERSO, *Appalti, processo*, cit., 864; G. MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, in <<Mass. giur. lav.>>, 2012, 535.

⁹⁷² Cfr. Trib. Forlì 11 novembre 2011, in <<Riv. giur. lav.>>, 2013, II, 124; *contra*, Trib. Torino 11 dicembre 2012, in <<Riv. giur. lav.>>, 2013, II, 123, con nota di C. D'ALOISIO, *Sulla responsabilità solidale del committente in relazione agli obblighi contributivi dell'appaltatore*; Trib. Milano 25 gennaio 2012, in <<Riv. crit. dir. lav.>>, 2012, 529, con nota di A. PREMOLI, *Responsabilità solidale negli appalti: osservazioni sul termine biennale e sull'ambito applicativo*; nota in cui, si richiamano sempre in tal senso altre quattro pronunce del tribunale milanese (537, nota 12).

⁹⁷³ Trib. Roma 11 marzo 2014, richiamata da R. RIVERSO, *Appalti, processo*, cit., 864.

⁹⁷⁴ Per tale rilievo cfr. R. RIVERSO, op. loc. ult. cit.

decadenza ("I diritti spettanti ai prestatori di lavoro ai sensi dell'articolo precedente potranno essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino ad un anno dopo la data di cessazione dell'appalto"). In alcune sentenze di legittimità si dice, sì, di termine di decadenza, ma senza che in punto si sia posta la questione, e senza che l'inciso abbia riflessi sulla decisione⁹⁷⁵. È allora forse persino eccessivo considerare l'uso del termine "decadenza" in tali sentenze come *obiter dictum* e non come semplice *nomen*.

Da quanto detto deriva che competerà al creditore allegare e provare la infrabiennalità come qualsiasi altro profilo dell'obbligo solidale: l'esistenza dell'appalto (o subappalto), il riferirsi ad esso della prestazione, subordinata o autonoma, e tutti i vari elementi inerenti il diritto vantato (gli oneri probatori in argomento sono ben diversi da quelli relativi all'azione di cui all'art. 1676 c. c.). E l'accertamento sulla infrabiennalità andrà fatto d'ufficio.

Spetterà, invece all'obbligato solidale eccepire (e nei termini decadenziali del rito del lavoro) e dimostrare il ricorrere degli elementi esclusivi della solidarietà, e cioè l'esistenza di "diversa disposizione di contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti"; esistenza che il testo d'esordio dell'art. 29, comma 2 prevede come appunto *salvezza*⁹⁷⁶.

3. Il beneficio d'escussione.

Come ho prima accennato, secondo l'art. 29, comma 2, quale modificato dalla l. n. 92/2012, *Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infuttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali*".⁹⁷⁷

Anche qui ci si trova di fronte ad un'anomalia: un beneficio d'escussione che riguarda l'azione esecutiva deve essere invocato già nella fase cognitiva, ed anzi nella prima difesa. Ad orientare decisamente in tal senso è il testo sopra riportato, ma non tanto in quanto si riferisce appunto alla prima difesa, quanto perché l'avversativa preceduta dalla virgola distacca nettamente l'esperimento dell'azione esecutiva dall'accertamento della responsabilità solidale di tutti gli obbligati che il giudice deve fare dopo che nella prima difesa sia stato eccepito il beneficio.

La disposizione pone una serie di problemi:

⁹⁷⁵ Cfr., ad es., Cass. 20 marzo 2014, n. 6532, in <<Mass. giur. lav.>>, 2014, 224; Cass. 17 gennaio 2007, n. 996, <<Riv. giur. lav.>>, 2007, II, 544, con nota di P. CAPURSO, *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*; Cass. 2 aprile 1998, n. 3410, cit.

⁹⁷⁶ Sui delicati problemi posti dalla deroga al regime della solidarietà e dai rapporti con l'art. 8 d.l. n. 138/2011 cfr. per tutti I. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., 127 ss.

⁹⁷⁷ La disposizione ha in parte modificato l'art. 21 d.l. n. 5/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 35/2012 (c.d. decreto semplificazioni) che per primo ha introdotto il beneficio d'escussione e il procedimento per farlo valere, ad avviso di alcuni trasformando l'obbligazione da solidale a sussidiaria (cfr., ad es., I. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., 102).

per alcuni la pronuncia del giudice in ordine alla responsabilità solidale degli obbligati può essere, alla luce dell'enunciato normativo, solo d'accertamento e non di condanna.⁹⁷⁸ Sennonché, ciò è contrastato dal rilievo per il quale l'azione esecutiva presupponga una decisione appunto di condanna. Ed allora, piuttosto che fornire un'interpretazione che obblighi a ricorrere alla formazione di titolo altro (ad esempio, il decreto ingiuntivo) – soluzione farraginosa, costosa e contraria al principio di economicità dei giudizi – deve ritenersi che il testo non voglia limitare la portata della pronuncia da emanare, ma semplicemente indicare che la successiva esecuzione in cui opera il beneficio d'escussione presupponga l'intervenuto accertamento della responsabilità solidale di tutti gli obbligati. Del resto, se si sta sempre all'enunciato normativo, va notato che l'azione esecutiva sia contemplata in stretta successione con l'accertamento della responsabilità solidale, ciò facendo comprendere che il titolo già esiste.

L'anomalia in punto a mio avviso si ferma qui. Non pare, invece, che la prima difesa di cui sopra prescinda, nonostante la genericità della formula legislativa, dal sistema del rito adottato, al quale invece la formula stessa va coordinata⁹⁷⁹. Deve quindi operare il sistema di preclusioni previsto dal rito ordinario (per i crediti dei lavoratori autonomi non parasubordinati) o dal rito del lavoro per le eccezioni, tra le quali è appunto quella in esame, non rilevando che essa non venga a cadere su di un fatto estintivo o modificativo del diritto (v. *infra*)⁹⁸⁰: così il testo la definisce e ben può trattarsi di eccezione processuale la quale in modo anomalo, si è detto, opera *a valle* sospendendo la realizzazione forzata del diritto.

Se d'altronde, l'eccezione non scontasse le regole del rito si avrebbe la irragionevole conseguenza di favorire chi si costituisca tardivamente eccependo il beneficio rispetto a chi si sia costituito tempestivamente non eccependo il beneficio in sede di costituzione ma in un secondo momento.

Su di un differente versante, si è rilevato che il richiedere la necessità di far valere l'escussione solo nell'ambito del processo di cognizione condurrebbe a costringere irragionevolmente l'obbligato solidale, in specie nel caso in cui l'azione sia stata promossa con il procedimento monitorio, ad opporsi pur non avendo nulla da contestare in ordine alla sua responsabilità, e si è quindi sostenuto che la prima difesa possa essere sollevata anche in sede di opposizione all'esecuzione, interpretandosi l'enunciato nel senso che si riferisca alla sola ipotesi in cui si sia proceduto con il rito ordinario.

A tale tesi deve obiettarsi, innanzitutto, che il testo non opera limitazioni laddove prevede il modo di operare dell'eccezione, e questo quando prevede pure che quest' ultima vada proposta da quel committente imprenditore o datore di lavoro che deve essere convenuto in uno con l'appaltatore: il riferimento testuale al procedimento di cognizione è allora evidente. Nel caso di procedimento monitorio o di opposizione a cartella di pagamento o avviso di addebito, la fase cognitiva si apre con l'opposizione essendo convenuto sostanziale l'opponente, che dovrà quindi far valere l'escussione, alla luce di quel che si diceva con riguardo al necessario coordinamento con il rito

⁹⁷⁸ Cfr. P. TOSI, "Appalto di opere o di servizi" e solidarietà, cit., 981; sulla sua scia, I. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., 123; *contra*, G. COSTA, *Solidarietà e tutela negli appalti*, cit., 385; M. BARBERIO, *Effettività delle tutele*, cit., 559, che scrive di condanna condizionata ad un evento futuro ed incerto; M.M. MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, Torino, 2013, 720 ss.; M. LOZITO, *Tutele e sottotutela del lavoro negli appalti privati*, Bari, 2013, 66. Riporta le due diverse impostazioni D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., 90.

⁹⁷⁹ Conf. G. COSTA, *Solidarietà e tutela negli appalti*, cit., 384 ss.; M.M. MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti* cit., 720, a quanto sembra; cenno in R. RIVERSO, *Appalto, processo*, cit., 861; *contra*, G. MIMMO, *Il regime di solidarietà*, cit., 536.

⁹⁸⁰ *Contra*, P. CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., 1007.

del lavoro, nell'atto d'opposizione. È vero che ciò porta il committente o datore a doversi difendere, al fine di far valere il beneficio d'escussione, in un processo in cui può non avere nulla da contestare in ordine alla sua responsabilità solidale. Il fatto è che la legge, anticipando alla cognizione l'eccezione, ha voluto evitare che la fase esecutiva abbia ritardi, e far sì che essa proceda liscia almeno con riguardo all'individuazione dei soggetti debitori. Evitare, ad esempio, che, iniziato il procedimento esecutivo contro il committente, questi possa negare di essere tale ovvero di essere imprenditore. Se si vuole, è il prezzo che la legge impone di pagare al committente per avvalersi di un beneficio.

È ancora il caso di notare che all'onere dell'obbligato solidale finalizzato a godere della preventiva escussione non segue l'accertamento giudiziale circa l'esistenza del diritto al beneficio. Lo hanno affermato, con riguardo al testo dell'art. 21 d.l. n. 5/2012 cit., App. Genova 4 giugno 2014⁹⁸¹, e Trib. Padova 2 maggio 2012⁹⁸², che ha precisato che la regola - analoga (in punto) a quella della l. n. 92/2012 - rimette alla fase esecutiva ogni determinazione giurisdizionale conseguente all'eventuale violazione della norma processuale; sicché nessuna pronuncia giudiziale deve essere assunta in punto dal giudice investito della decisione nel merito.

Quanto si è in precedenza detto circa il non derivare, la solidarietà *de qua*, da una forma di fideiussione legale, conduce a non applicare in materia l'art. 1944, comma 2, c. c. inerente la necessità di indicazione dei beni su cui operare l'escussione, ove pattuita.

Né che ciò sia necessario può ricavarsi *aliunde*. Anzi; l'art. 29, comma 2, cit. non dice nulla al riguardo, e questo quando il legislatore nel testo (art. 21, comma 2, d.l. n. 5/2012, convertito nella l. n. 35/2012) poi modificato in punto dalla legge n. 92/2012, contemplava la necessità dell'indicazione dei beni per il caso – e, si badi bene, solo per il caso - in cui l'appaltatore non fosse stato convenuto in giudizio, come prima della l. n. 92 cit. era appunto consentito.⁹⁸³ È facile allora inferire che l'introduzione del litisconsorzio necessario ora previsto abbia sostituito e comunque eliminato la necessità dell'indicazione dei beni.

È infine il caso di segnalare come il beneficio d'escussione non riguardi i crediti da danno differenziale⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ Richiamata da R. RIVERSO, *Appalti, processo*, cit., 862.

⁹⁸² In <<Rep. Foro it.>>, 2012, v. *Lavoro (rapporto)*, n. 839.

⁹⁸³ Spunto nel senso dell'inesistenza dell'onere d'indicazione dei beni in P. CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., 1007.

⁹⁸⁴ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., 148. Il beneficio d'escussione non opera neppure per la solidarietà prevista in materia di autotrasporto merci per conto di terzi: cfr., G. CAROSIELLI, *La responsabilità solidale*, cit., 255 ss.

Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*

Marco Marazza

1. Le prestazioni d'opera organizzate per la realizzazione di un "servizio" (il punto di partenza).	297
2. Il problema della intensificazione del potere di organizzazione in caso di invarianza del "servizio".	298
3. Subordinazione e inserimento della prestazione nell'organizzazione.	299
4. Criteri qualitativi o quantitativi per la distinzione tra potere direttivo e potere di istruzione?	300
5. La giurisprudenza sulla gradazione dell'intensità del potere di istruzione nel contratto di agenzia.	300
6. La distinzione qualitativa tra potere direttivo e potere di istruzione secondo il criterio di imputabilità dell'inadempimento.	301
7. Conclusioni.	303

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 315/2016

1. Le prestazioni d'opera organizzate per la realizzazione di un "servizio" (il punto di partenza).

In un precedente scritto ho argomentato che le collaborazioni organizzate hanno ad oggetto una prestazione d'opera (art. 2222 c.c.) caratterizzata da un'intensità di coordinamento (art. 409, n. 3, c.p.c.) qualificata: perché estesa "anche" ai profili spazio temporali del lavoro necessario alla realizzazione, continuativa, del "servizio" (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015)⁹⁸⁵. Si tratterebbe, in altri termini, di collaborazioni d'opera esclusivamente personali, continuative e coordinate secondo specifiche modalità tipizzate dalla legge, al ricorrere delle quali l'ordinamento riconduce l'effetto della applicazione della disciplina del lavoro subordinato (che resta ben diverso, a questo punto, dall'effetto della riqualificazione del rapporto)⁹⁸⁶.

Potremmo dire che le collaborazioni organizzate sono un tipo contrattuale, nella misura in cui a questo rapporto l'ordinamento riconduce uno specifico effetto, ma non introducono una tipologia di lavoro terza rispetto alla tradizionale bipartizione che vede contrapposto lo schema del lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) a quello della prestazione d'opera (art. 2222 c.c.). Piuttosto, si tratta di un ulteriore sottotipo di prestazione d'opera che si aggiunge alla fattispecie della prestazione d'opera continuativa e coordinata⁹⁸⁷, ma non anche etero organizzata.

Tale assunto postula inevitabilmente che le collaborazioni organizzate abbiano ad oggetto una prestazione strutturalmente diversa da quella di lavoro subordinato e, quindi, non suscumbibile nella fattispecie dell'art. 2094 c.c.

Ed infatti, se pur sottoposta ad un intensificato potere di istruzione (coordinamento), la prestazione d'opera organizzata, in quanto continuativa, è comunque dedotta nel contratto in vista della realizzazione di un determinato "servizio" (art. 2222 c.c.), inteso come ripetizione di più risultati, sul quale il potere di organizzazione, privo di efficacia costitutiva, può intervenire esclusivamente al fine di specificare le modalità di esecuzione dell'unico risultato convenuto o, per dirla altrimenti, del "programma definito consensualmente"⁹⁸⁸.

Ne avevo dunque tratto la conclusione che nelle collaborazioni organizzate, al pari di quanto si può dire per tutte le collaborazioni coordinate e continuative, il potere di istruzione del commit-

⁹⁸⁵ M. Marazza, *Jobs Act e prestazioni d'opera organizzate*, in Giust. Civ., n. 1, 2016, pagg. 215 e ss., cui si rinvia per i diversi orientamenti della dottrina.

⁹⁸⁶ Conclusione che sembra fortemente sostenuta non solo dalla giurisprudenza di legittimità che ai fini della sussunzione di una fattispecie concreta nella fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. considera meramente indicativi, e mai determinanti, elementi quali l'osservanza di un orario (Cass. n. 2728 del 2010), ma anche e ancora più esplicitamente da Corte Cost. n. 76 del 2015 nella parte in cui, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 della legge n. 740 del 1970, afferma che quella disposizione non si pone in contrasto con il principio della indisponibilità del tipo pur prevedendo che il rapporto di lavoro autonomo degli infermieri non di ruolo degli istituti di prevenzione e pena si svolge presso gli istituti, è articolato in turni e anche caratterizzato dall'assoggettamento a direttive (se pur non dettagliate) di natura tecnica e amministrativa. Per le questioni inerenti la disciplina applicabile, in senso fortemente critico rispetto alle indicazioni del Ministero del Lavoro (Circolare n. 3/2016), M. Persiani, *Ancora note sulla disciplina di alcune collaborazioni autonome*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 2, 2016.

⁹⁸⁷ Tipologicamente ancorata a fattispecie (tipiche o atipiche) di lavoro autonomo, come giustamente osserva A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu – Messineo, Milano, 1996, pag. 222.

⁹⁸⁸ M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in M. Persiani, *Diritto del lavoro*, Padova, 2004, pag. 650, che pone in evidenza come – a differenza di quanto accade nel lavoro autonomo, la prestazione di lavoro subordinato è "destinata a realizzare un programma che il datore di lavoro ha diritto di definire unilateralmente e di modificare (art. 41 Cost.)".

tente è sempre qualitativamente diverso rispetto al potere direttivo del datore di lavoro subordinato, giacchè solo quest'ultimo consente al creditore della prestazione, tramite l'individuazione della mansione da svolgere tra quelle esigibili, di ottenere dal lavoratore risultati sempre diversi e costantemente adattabili alle mutevoli esigenze dell'impresa. Risultati tempo per tempo piegati al programma unilateralmente definito dal datore di lavoro⁹⁸⁹.

2. Il problema della intensificazione del potere di organizzazione in caso di invarianza del "servizio".

Nelle diverse occasioni di confronto cui ho partecipato successivamente alla pubblicazione del saggio⁹⁹⁰ ho dovuto constatare che la conclusione ora ipotizzata potrebbe non essere, in se considerata, sufficiente a tracciare una distinzione generalmente valida tra lavoro subordinato e lavoro organizzato.

Ciò in quanto, a ben vedere, occorre dare una risposta più puntuale, soprattutto in termini di concettualizzazione delle nozioni, a quanti evidenziano che il potere di istruzione, pur non modificando il risultato finale concordato tra le parti, può ciò non di meno sconfinare nel potere direttivo – e quindi determinare la riqualificazione del rapporto – se esercitato con un'intensità tale da fare venire meno l'autonomia del prestatore⁹⁹¹.

Si obietta, in sostanza, che una prestazione di lavoro che resti costantemente orientata al raggiungimento del risultato originariamente convenuto può comunque essere qualificata come subordinata quando il presunto committente esercita un potere che incide in modo significativo sui contenuti delle modalità di esecuzione della prestazione. Giacchè, per andare al concreto, se così non fosse si finirebbe per escludere dalla fattispecie del lavoro subordinato tanti lavori meramente ripetitivi (che, cioè, hanno ad oggetto la ripetizione dello stesso risultato) sui quali il datore di lavoro, pur non modificando il risultato, esercita comunque un pregante potere di etero direzione che definisce le modalità tecniche di svolgimento dell'attività.

L'obiezione pone una complessa questione perché può far sorgere il dubbio che la differenza tra potere direttivo e potere di istruzione debba essere colta non solo sotto il profilo qualitativo ma anche, almeno quando il risultato non cambia, da un punto di vista quantitativo⁹⁹². Guardando, in altri termini, all'intensità di questo potere.

Ebbene, se pur mi rendo conto che l'intensificazione del potere di istruzione deve avere un'incidenza sulla qualificazione del rapporto, resta da capire come ciò possa avvenire senza arrendersi, come correttamente osservato da autorevole dottrina, al rischio di decisioni "improntate ad

⁹⁸⁹ M. Persiani, ult. op. cit.

⁹⁹⁰ Sapienza Università di Roma, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 c.p.c.*, 22 febbraio 2016, Roma; Convegno AGI, *Autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, 8 ottobre 2016, Cosenza, con Valerio Speciale; Scuola Superiore della Magistratura, *La nuova disciplina del mercato del lavoro*, Scandicci (FI), 24-26 ottobre 2016 (Autonomia, subordinazione e coordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015, con il Consigliere Adriana Doronzo, Corte di Cassazione).

⁹⁹¹ V. Speciale, relazione all'incontro di Cosenza dell'8 ottobre 2016; A. Doronzo, relazione alla SSM del 25 ottobre 2016, in corso di pubblicazione.

⁹⁹² Come afferma, ad esempio, A. Doronzo, cit.

un'empiria inammissibile perché affidata solo alla sensibilità soggettiva dell'interprete"⁹⁹³. Un rischio oggi più che mai evidente se è vero, come pare, che il coordinamento spazio temporale della prestazione d'opera, fin qui considerato come indice sussidiario di subordinazione, pur legittimando l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015), non è più utilmente invocabile per rivendicare la riqualificazione del rapporto.

3. Subordinazione e inserimento della prestazione nell'organizzazione.

Senza alcuna pretesa di esaustività, premetto in via generale che trovo del tutto inappagante ogni tentativo di qualificare la subordinazione nell'assoggettamento ad un potere che si manifesta in *"ordini specifici, reiterati e intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa"*⁹⁹⁴ ovvero, per usare le parole di Corte Cost. 76/2015, *"nella emanazione di ordine specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e controllo costanti, in un'ingerenza idonea a svilire l'autonomia del lavoratore"*.

Questa definizione del vincolo di subordinazione, se intesa in modo assoluto come rivelatrice dell'essenza della fattispecie dell'art. 2094 c.c., appare oggettivamente inidonea a qualificare molti lavori (pacificamente qualificati come) subordinati, con elevato o basso contenuto professionale, e finisce inevitabilmente per apparire parziale e prestare il fianco ad una critica simmetrica a quella sopra presa in considerazione. Se è troppo stretta una nozione di subordinazione che guarda alla modificabilità unilaterale del risultato dovuto dal prestatore, altrettanto lo è una nozione che richiede la manifestazione di un potere direttivo così assiduo e penetrante che, solo per fare un esempio, è del tutto assente nei rapporti di lavoro dirigenziali al pari di quanto si può dire per i rapporti di lavoro che hanno ad oggetto mansioni meramente ripetitive che si prestano ad una specificazione *una tantum*.

È chiaro, piuttosto, che la nozione di subordinazione - che dopo le ultime riforme resta più che mai ancorata a profili tecnico funzionali che attengono alle modalità di svolgimento del lavoro - deve essere sufficientemente ampia ed elastica da ricomprendere situazioni assai eterogenee nelle quali le prerogative direttive del datore di lavoro si manifestano, come ovvio, in modo completamente diverso. Talvolta appuntandosi sul risultato e, in altre occasioni, sul contenuto dell'attività.

Ciò impone, a giudizio di chi scrive, di restare saldamente ancorati all'insegnamento che tende a definire il contenuto del vincolo di subordinazione nel contesto dell'obbligazione cui il potere direttivo si rivolge: l'obbligazione di lavorare e, cioè, di svolgere le mansioni per le quali il dipendente è stato assunto (art. 2103 c.c.) e le ulteriori mansioni comunque esigibili⁹⁹⁵.

⁹⁹³ M. Persiani, ult. op. cit., pag. 648, che proprio per attenuare questo rischio valorizza la natura condivisa del programma cui deve tendere la prestazione di lavoro autonomo pur arrivando alla conclusione che il coordinamento comporta anche il potere del committente di concorrere a determinare le modalità di realizzazione del programma potendo influire anche sulle modalità di esecuzione dell'attività promessa, così come sulle caratteristiche dell'opera o del servizio al fine di adeguarle alle mutevoli esigenze dell'organizzazione del committente. Con ciò riproponendosi, ad avviso di chi scrive, la necessità di tentare uno sforzo di ulteriore concettualizzazione del limite di intensificazione del potere di istruzione.

⁹⁹⁴ Cass. n. 26986 del 2009.

⁹⁹⁵ Sulla scorta dell'insegnamento di M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

Il lavoro subordinato si qualifica per l'assoggettamento del lavoratore ad un potere di conformazione specificativo⁹⁹⁶ (privo di efficacia costitutiva) mediante il quale il datore di lavoro, nel perimetro delle mansioni esigibili, può plasmare il contenuto della prestazione alle mutevoli esigenze dell'impresa dando luogo all'inserimento, in senso giuridico (e meramente non fisico), del lavoratore (meglio, della sua prestazione) nell'organizzazione dell'impresa⁹⁹⁷.

4. Criteri qualitativi o quantitativi per la distinzione tra potere direttivo e potere di istruzione?

Ora, se è indubbio che questo inserimento si manifesta apertamente ed indiscutibilmente quando l'esercizio del potere direttivo impone al lavoratore di conseguire risultati diversi (il direttore generale cui vengono modificati gli obiettivi aziendali da raggiungere, al pari del segretario cui viene chiesto di gestire l'archivio e non più la corrispondenza), manifestandosi in ciò proprio la natura ontologicamente cangiante del programma contrattuale che la legge affida al datore di lavoro (se pur nei limiti delle mansioni esigibili), la questione più delicata che si pone è quella di sapere quando, ad invarianza di risultato, dunque in presenza di una prestazione che resta contenuta nel programma contrattuale originariamente condiviso tra le parti, l'elevata intensità del potere esercitato dal creditore di una prestazione di lavoro ne possa determinare la qualificazione come potere direttivo (artt. 2094; 2104 c.c.) e non come potere di istruzione (art. 409 c.p.c.; artt. 1746, 1711 c.c.).

5. La giurisprudenza sulla gradazione dell'intensità del potere di istruzione nel contratto di agenzia.

Come detto, per il diritto vivente è pacifico che l'intensificazione quantitativa del potere del creditore di una prestazione di lavoro (quando si manifesta in ordini specifici, reiterati, intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa) sia un elemento dirimente per la qualificazione del rapporto di lavoro subordinato e ciò lo conferma anche la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenza n. 76 del 2015). Semmai non convince, per quanto sopra esposto, il tentativo di attribuire a questo elemento una portata di carattere generale, poi inevitabilmente smentita da una parallela nozione di "subordinazione attenuata" cui la stessa giurisprudenza deve, sovente, aggiungere inevitabilmente, ricorrere per qualificare una vasta tipologia di lavori immateriali destinata a prevalere da un punto di vista quantitativo.

Ond'è che, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015, è fondamentale tentare un ulteriore sforzo di concettualizzazione del fenomeno muovendo

⁹⁹⁶ M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2001.

⁹⁹⁷ È una definizione coerente con alcune fondamentali acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza di legittimità e della Corte Costituzionale. In dottrina, oltre a M. Persiani, ult. op. cit., che considera l'organizzazione proprio l'effetto del contratto di lavoro subordinato, anche M. Grandi, *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, che definisce la subordinazione come sottoposizione al potere di direzione del datore di lavoro per ciò che attiene al contenuto e al modo di esecuzione della prestazione, *in vista della realizzazione di un risultato corrispondente alle specifiche esigenze dell'organizzazione del lavoro, di esclusiva pertinenza del datore di lavoro*. Nella giurisprudenza di legittimità si rinvia alle sentenze che qualificano la subordinazione come situazione di coordinamento della prestazione con gli obiettivi dell'organizzazione aziendale o di coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro. In tal senso, se pur con diverse sfumature, Cass. n. 9463 del 2016; n. 22785 del 2013; n. 7517 del 2012; n. 9252 del 2010. Nella giurisprudenza costituzionale è invece da richiamare la nota sentenza Corte Cost. n. 30 del 1996 che qualifica la subordinazione per la sua doppia alienità, del risultato e dell'organizzazione, il cui effetto è quello della "incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato".

dal rilievo empirico che la giurisprudenza della Suprema Corte ha nel tempo attribuito all'intensificazione del potere di istruzione nell'ambito di una collaborazione coordinata e continuativa tipica, quale è il contratto di agenzia (art. 409, n. 3, c.p.c.; artt. 1742 e ss. c.c.).

Per la giurisprudenza di legittimità l'agente svolge un'attività rivolta a un risultato, a differenza del lavoro subordinato che ha ad oggetto una prestazione di energie lavorative - con soggezione al potere direttivo – il cui risultato e rischio rientrano esclusivamente nella sfera giuridica dell'imprenditore⁹⁹⁸.

Ma a differenza di quanto accade nelle prestazioni d'opera non coordinate (art. 2222 c.c.), con riferimento alle quali il creditore può solo pretendere che il risultato venga realizzato in modo conforme a quanto convenuto (art. 2224 c.c.), l'agente è adempiente se persegue il risultato convenuto nel rispetto delle istruzioni ricevute (art. 1746 c.c.).

È compatibile con lo schema contrattuale, infatti, la circostanza che il committente specifichi nel corso del rapporto le modalità di esecuzione della prestazione imponendo, ad esempio, l'obbligo di un rapporto giornaliero, il vincolo di osservare un itinerario predeterminato o di contattare un certo numero di clienti, l'obbligo di istruire altri collaboratori⁹⁹⁹. In altri termini, *“il carattere autonomo della prestazione lavorativa non è incompatibile con la soggezione della stessa a determinati controlli o direttive da parte del committente. Come è agevole desumere dalla stessa lettura dell'art. 1746 c.c., lo svolgimento di una attività autonoma, quale quella di agente, è caratterizzata da una relazione di collaborazione che non esclude la possibilità di istruzioni e di controlli amministrativi e tecnici più o meno penetranti in relazione alla natura dell'attività ed all'interesse del preponente”*¹⁰⁰⁰.

Ciò che risulta incompatibile con il potere di istruzione che il committente può esercitare sull'agente, invece, è l'esercizio di un potere che si concretizzi in *“una assidua attività di direzione e di controllo esercitata sul lavoratore, consistente in una serie di prescrizioni e di verifiche idonee a sottrargli qualsiasi effettiva autonomia”*, prendendo sostanza in direttive dettagliate che riguardano – ad esempio - anche le *“modalità da rispettare nelle vendite”*¹⁰⁰¹.

Dunque, è confermato che esiste una soglia quantitativa di intensificazione del potere di istruzione superata la quale quel potere andrebbe qualificato come potere direttivo, con ciò che ne deriva, di conseguenza, ai fini della riqualificazione del rapporto. Ma resta ancora piuttosto ambiguo il criterio logico giuridico astratto che concorre a determinare questa soglia. Il riferimento alla sottrazione di qualsiasi effettiva autonomia è piuttosto chiaro, ma non risolutivo perché non è facile intendere quando ciò accada.

6. La distinzione qualitativa tra potere direttivo e potere di istruzione secondo il criterio di imputabilità dell'inadempimento.

Il punto, a ben vedere, è che l'intensificazione del potere cui spesso fa riferimento la Suprema Corte, tale da sottrarre al prestatore d'opera qualsiasi effettiva autonomia, non segna, almeno da

⁹⁹⁸ Cass. n. 224 del 2001; n. 1945 del 1963; Cass. n. 2405 del 1972; Cass. n. 477 del 1999. Non è secondario evidenziare con il principio risulti fortemente assonante con quello della alienità del risultato esplicitato da Corte Cost. n. 30 del 1996.

⁹⁹⁹ Cass. n. 11264 del 2001; n. 5364 del 1986.

¹⁰⁰⁰ Cass. n. 11264 del 2001.

¹⁰⁰¹ Cass. n. 16603 del 2009.

un punto di vista giuridico, una differenza meramente quantitativa rispetto al fisiologico esercizio del potere di istruzione. Tutt'altro.

Ed infatti, quando l'intensificazione del potere di istruzione, pur senza modificare l'essenza del risultato convenuto, consente al committente di incidere su più profili dell'organizzazione di dettaglio della prestazione, ciò che emerge è che l'interesse creditorio al risultato (qualificante il tipo contrattuale di riferimento) tende a dissolversi nel diverso interesse alla disponibilità di energie lavorative eterodirette (qualificante il tipo contrattuale del lavoro subordinato). Nell'interesse giuridicamente protetto, cioè, a frazionare l'esecuzione dell'attività dedotta nel contratto per adeguarne unilateralmente il contenuto (dell'attività e, di conseguenza, anche del risultato) alle mutevoli esigenze dell'impresa.

Si tratta, in altri termini, di intensificazioni del potere di istruzione qualitativamente incompatibili con lo schema negoziale della prestazione d'opera nella misura in cui, entrando nel merito del contenuto intrinseco della prestazione, finiscono per rendere non più imputabile al prestatore l'eventuale realizzazione di un'opera o un servizio non conforme alle attese (art. 1218 c.c.). Come potrebbe, del resto, prescindere dai criteri di remunerazione dell'attività (che restano elementi estrinseci rispetto al contenuto della prestazione e privi, da soli considerati, di valore qualificante¹⁰⁰²), un prestatore d'opera, essere considerato responsabile per il mancato conseguimento del risultato quando il committente si è intromesso nelle modalità di organizzazione di dettaglio dell'attività ad esso strumentale?

Mi spiego meglio. È proprio sotto profilo dell'imputabilità dell'inadempimento riferito alla realizzazione del risultato convenuto (art. 1218 c.c.) che si può ricostruire un criterio generale di delimitazione della intensificazione del potere di istruzione per distinguerlo, qualitativamente, dal potere direttivo. Un criterio utile per individuare, nelle diverse fattispecie concrete che possono presentarsi all'interprete, le manifestazioni di potere che privano il lavoratore di qualsiasi effettiva autonomia e determinano la riqualificazione del rapporto come subordinato.

In ciò seguendo quanto già affermato dalla giurisprudenza in materia di contratto di appalto a regia, ove è stato correttamente evidenziato che l'appaltatore diventa un "*nudus minister*", e come tale è esente da responsabilità in caso di non conforme realizzazione dell'opera o di difetti della stessa, quando è l'esecutore di ordini del committente e quando quest'ultimo si è ingerito nell'esecuzione del lavoro con singole e specifiche direttive di esecuzione del contratto che, sovente, prendono forma nella gestione attiva, da parte del committente, della direzione dei lavori e nella erogazione di direttive che attengono nello specifico alle modalità esecutive di dettaglio dell'opera¹⁰⁰³. Significativa, in tal senso, è anche l'ampia e variegata casistica che si ricava con maggiori dettagli di fatto nella giurisprudenza di merito, ove la qualificazione dell'appaltatore come "*nudus minister*" discende quasi sempre dall'accertamento istruttorio di ingerenze del committente sul contenuto tecnico della prestazione dell'appaltatore¹⁰⁰⁴.

Ne deriva che il potere direttivo è sempre qualitativamente diverso dal genuino potere di istruzione. Ciò in quanto, per un verso, il potere direttivo consente al creditore di ottenere risultati

¹⁰⁰² Cass. n. 2728 del 2010; n. 2622 del 2004.

¹⁰⁰³ Cass. n. 17606 del 2015; n. 25622 del 2011; n. 14945 del 2008; n. 2752 del 2005; n. 6754 del 2003; n. 7273 del 2003. Ciò al punto da indurre la dottrina a negare che tale rapporto, mancando l'autonomia organizzativa dell'esecutore, possa essere considerato un appalto (P. Rescigno, *Appalto*, in *Enc. Giur. Trecc.*, II, Roma, 1988; A. Perulli, op. cit., pag. 86).

¹⁰⁰⁴ Trib. Monza, 21 giugno 2016; Trib. Frosinone, 26 febbraio 2016; Trib. Bari, 17 luglio 2015.

sempre variabili (a differenza del potere di istruzione, che non può che esercitarsi nel rispetto dell'unico risultato convenuto), ond'è che in questi casi il contratto fino a quando non è esercitato il potere direttivo neanche è in grado di fare emergere quale sia il risultato materiale atteso dal creditore. E, per l'altro, anche quando il risultato sia oggetto di condivisione tra le parti e resti apparentemente invariato, consente al creditore di guidare nel dettaglio l'esecuzione dell'attività ad esso strumentale rendendo a lui imputabile, a quel punto, la sua realizzazione (salvo, bene inteso, che non si dimostri che al diligente adempimento delle direttive impartite corrisponda la realizzazione di un risultato minimo esigibile o, per dirla altrimenti, di un determinato rendimento del lavoratore subordinato).

In questa seconda evenienza il potere direttivo si dovrebbe distinguere dal potere di istruzione perché riempito di contenuti, necessariamente variabili in conseguenza del tipo di attività che si prende in considerazione, che non rendono più imputabile al prestatore gli eventuali vizi dell'opera o del servizio. E cioè quando il potere del committente – alla luce delle concrete caratteristiche del lavoro – si manifesta in ordini intrinsecamente inerenti alla prestazione.

Nelle prestazioni mediamente professionalizzate, che poi sono quelle quantitativamente prevalenti, ciò accade quando il potere è esteso, oltre che agli aspetti estrinseci della prestazione (quali le modalità generali di esecuzione della prestazione, la specificazione di taluni elementi del risultato atteso che non sono state oggetto di specifica pattuizione, il tempo e il luogo di esecuzione del lavoro), ai contenuti tecnici di svolgimento del lavoro. In modo oggettivamente incompatibile con il livello di autonomia connaturale a qualsiasi prestazione d'opera. Si può pensare, per fare un esempio, al caso del venditore che sia tenuto a promuovere il prodotto del committente seguendo metodologie di comunicazione e relazione con la potenziale clientela definite nel dettaglio e via via aggiornate dal creditore della prestazione.

Invece, nelle prestazioni che hanno ad oggetto attività meramente esecutive, che per ovvie ragioni non si prestano ad una reale specificazione di contenuti tecnici, il limite di intensificazione del potere di istruzione dovrà essere apprezzato sotto il profilo della segmentazione dei risultati utili attesi. Si può pensare, ad esempio, al prestatore d'opera contrattualizzato per la pulizia degli spazi comuni del condominio, nel caso in cui il potere del committente arrivi ad imporre la concatenazione spazio temporale dei singoli segmenti della prestazione (la costante imposizione di interventi su specifiche zone degli spazi comuni) sottraendo al pulitore l'autonomia necessaria per rendergli imputabile il mancato conseguimento del risultato complessivamente dovuto (la pulizia di tutti gli spazi comuni). Fermo restando che, proprio per questa specifica tipologia di lavori elementari e ripetitivi, in ragione del minore rilievo che assume l'esercizio del potere direttivo, resta in fin dei conti difficilmente sostituibile l'apporto degli indici sussidiari della subordinazione elaborati dalla giurisprudenza¹⁰⁰⁵.

7. Conclusioni.

Per concludere, si può dunque affermare che il potere di istruzione è il potere di specificare le modalità di una prestazione di lavoro dedotta in un contratto in vista della realizzazione di un risultato concordato fin da principio tra le parti la cui mancata realizzazione – fatta salva l'ipotesi

¹⁰⁰⁵ Cass. n. 18320 del 2016.

di specifiche cause esterne impeditive - deve sempre restare necessariamente imputabile al prestatore, coerentemente con quanto affermato da Corte Cost. n. 30 del 1996 circa “l’alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri)” di quel risultato. Un potere che se riguarda anche i tempi e i luoghi di esecuzione del lavoro concorre a qualificare la collaborazione coordinata come una prestazione d’opera organizzata ai sensi e per gli effetti dell’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015.

Appunti per un profilo di Gino Giugni
dagli anni '50 allo Statuto dei lavoratori*

Francesco Liso

1. Introduzione. Gli ambiti dell'impegno di Giugni negli anni '50 e '60.	306
2. La sua visione politica incentrata sullo sviluppo del sindacato e dei condizionamenti che esso poteva esercitare nei confronti del potere imprenditoriale attraverso la contrattazione collettiva e l'amministrazione degli istituti da essa generati. Le critiche all'esperienza sindacale a lui contemporanea.	308
3. Le critiche svolte attraverso l'attività scientifica.	312
4. Continua.	313
5. Continua. La sua opera centrale: l'introduzione allo studio dell'autonomia collettiva.	316
6. Gli anni del centro-sinistra. L'impegno sul versante della politica legislativa. Le divergenze sul tema dello statuto dei lavoratori rispetto alle posizioni della Cisl.	320
7. Continua. ... e rispetto alle posizioni dei giuristi vicini alla Cgil.	325

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 316/2016

1. Introduzione. Gli ambiti dell'impegno di Giugni negli anni '50 e '60.

Gino Giugni incarnava la figura di un intellettuale che esplicitamente pone il suo sapere specifico al servizio di concreti progetti di modernizzazione della società. Il suo impegno nella ricerca non era semplicemente animato dall'ambizione – pur vivamente presente – di raggiungere primati accademici, ma da una genuina vocazione alla politica nel senso più nobile¹⁰⁰⁶. Era un giurista non solo pienamente consapevole delle opzioni valoriali del suo lavoro scientifico – che, anche in ragione del suo background interdisciplinare (storia, economia, sociologia), era in grado di svolgere con una ricchezza senza pari¹⁰⁰⁷ – ma anche interessato a portare fattivamente il suo contributo al progresso sociale e quindi disponibile ad impegnarsi nei luoghi che si mostravano più sensibili alle esigenze di modernizzazione del Paese. In questi luoghi il suo servizio non aveva un contenuto meramente tecnico. Infatti, era animato anche da una precisa visione politica che, grazie alla sua statura intellettuale, gli consentiva di porsi come interlocutore autorevole¹⁰⁰⁸.

Questa sua vocazione la esplicita nel 1954¹⁰⁰⁹ quando, insieme a Federico Mancini, che lo aveva

¹⁰⁰⁶ Lui stesso, in un breve scritto autobiografico, volle definirsi “un politico prestato al diritto” (*Minima personalia*, in *Belfagor*, 1987, pp. 213-219). In un brevissimo, ma appassionato ricordo, Giorgio Ruffolo (*Una dedica*, in *In memoria di Gino Giugni*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2012, p. 178) di Giugni dice “Aveva un modo di ragionare pacato e riflessivo, e anche di ascoltare con attenzione. E di stare al tema, essenzialmente, senza inutili divagazioni. E con l'intenzione di giungere a un risultato pratico. Non ricordo quale autore, nel parlare di un grande intellettuale, disse che nel suo ricordo si sarebbero dovuto usare solo tre parole: ha fatto proposte. Bene, Gino ha fatto proposte che hanno inciso la storia di questo nostro Paese”.

¹⁰⁰⁷ Giugni, in una interessante *Intervista* rilasciata ad Ichino (pubblicata nella *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1992, e successivamente raccolta in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, a cura di Ichino, Giuffrè, Milano, p. 431 ss), ha confessato che, agli inizi dei suoi studi, era tentato di approfondire più la disciplina dell'economia, che aveva cominciato a studiare per conto suo, che quella del diritto. “In un primo tempo avevo avuto infatti la sensazione che lo studio del diritto fosse perfettamente inutile dal punto di vista della trasformazione della società: chi doveva cambiare la società doveva studiarne le strutture economiche, era inutile studiare quelle giuridiche” (p.440). Questa sua tentazione la imputava al fatto che la scienza del diritto allora dominante, “e cioè la dogmatica e il formalismo, erano veramente inadatti ad una concezione del diritto come progetto politico”. Fu la conoscenza degli scritti di Ascarelli a convincerlo del contrario (l'influenza di Ascarelli su Giugni è riconosciuta da Paolo Grossi (*Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 316).

Di Giugni si potrebbe dire quello che lui diceva di Selig Perlman, del quale tradusse per il pubblico italiano nel 1956 un'importante opera (v. *infra*). Nella introduzione al libro (*Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, La nuova Italia, Firenze 1956), rilevando che l'autore non nascondeva di assumere una posizione di favore per il movimento sindacale, considerava che “in questa sua diretta partecipazione alle vicende del movimento operaio, in questa deliberata volontà di essere parte, che d'altronde non incide mai sulla serenità del giudizio scientifico; in altre parole, in questa concreta adesione alla storia, Perlman si pone nettamente al di sopra di quell'«oggettivismo» che ha fatto larga breccia nella cultura americana di oggi, ma che, accentuando il distacco tra scienza e valori, esprime in realtà un momento di impoverimento della cultura, ed un isolamento dell'uomo di scienza dallo sviluppo creativo della storia”.

¹⁰⁰⁸ Coglie con efficacia questo aspetto Enzo Bartocci, stretto collaboratore di Giacomo Brodolini, il ministro che diede impulso politico all'iniziativa che portò all'emanazione dello Statuto dei lavoratori il cui progetto di legge governativo fu redatto, come noto, da Giugni: “Sbaglierebbe... chi confinasse la ricchezza culturale dell'estensore dell'articolato dello Statuto a mera perizia tecnica. Per il suo approccio interdisciplinare - dalla sociologia all'economia, dal diritto alla storia - per la sua capacità di dialogare con le correnti più moderne e innovative della cultura sociale moderna, Giugni ha costituito, nel corso della sua vita, un costante riferimento per la classe politica, per le organizzazioni sindacali, per gli studiosi” (*In ricordo di Gino Giugni*, in *Economia & lavoro* 2009, n. 3, p. 8).

¹⁰⁰⁹ Nel periodo precedente l'impegno di Giugni si manifesta soprattutto sul piano dell'attività politica militante, attraverso l'adesione al Psiup (dal quale uscirà in occasione della scissione di palazzo Barberini, confluyendo nel Psli) e la partecipazione all'Unione goliardica italiana (v. Vittorio Emiliani, *Cinquattotini. L'Unione goliardica italiana e la nascita di una classe dirigente*, Marsilio, Venezia 2016). Deluso dall'esperienza saragattiana abbandonerà la politica militante per concentrare il suo impegno sulla politica culturale (v. *l'inter vista* citata in nt. 2, p. 433).

coinvolto nell'avventura della rivista *Il Mulino*¹⁰¹⁰, pubblica su quella rivista uno scritto¹⁰¹¹ che costituisce una sorta di manifesto, nel quale si denuncia l'arretratezza della cultura sindacale nel nostro Paese. In particolare, sul piano operativo, il suo impegno lo esprime: collaborando con l'ufficio studi della Cisl¹⁰¹² (e svolgendo anche docenze presso la scuola di quel sindacato¹⁰¹³); impegnandosi, su invito di Gianni Baget Bozzo, in un progetto, finanziato dalla sinistra DC per iniziativa di Paolo Emilio Taviani, che portò alla costituzione di un "centro di preparazione politico-amministrativa" (CPPA)¹⁰¹⁴; collaborando con il movimento comunità di Adriano Olivetti¹⁰¹⁵; collaborando dapprima con l'ufficio studi dell'Eni e successivamente con l'appena costituito Servizio

¹⁰¹⁰ La rivista venne fondata nel 1951 aprendo "il dialogo tra liberali, democratici, socialisti e cattolici" (Massimo Teodori, *Storia dei laici nell'Italia clericale e comunista*, Marsilio, Venezia 2008, p. 170). Su quell'esperienza Federico Mancini, nell'intervista rilasciata ad Ichino (pubblicata nella Rivista italiana di diritto del lavoro, 1993, e successivamente raccolta in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana...*, cit.), afferma che "la rivista nacque nel segno della contrapposizione con la cultura comunista dominante a Bologna in quegli anni" (p. 479).

¹⁰¹¹ Giugni-Mancini, *Per una cultura sindacale in Italia*, in *Il Mulino* 1954, p. 28 ss. Denunciavano la mancanza nel nostro paese di studi, come quelli che erano presenti nel mondo anglosassone, sulla realtà del sindacato e sulle sue patite imputandola all'influenza negativa della cultura marxista portata a considerare l'azione sindacale come espressione della sfera politico-partitica, cultura che esercitava sulla stessa realtà sindacale "un'egemonia teorico-pratica difficile a contestare". Nello stesso momento rilevavano che si stava facendo strada tra i gruppi più aperti del mondo cattolico, emancipati dalle concezioni paternalistiche del solidarismo cristiano-sociale, una visione più moderna, attenta alle positive esperienze sindacali anglosassoni.

¹⁰¹² L'ufficio era "in mano ad un uomo di notevole valore, il professor Mario Romani: un cattolico conservatore che si avvaleva però di collaboratori e studiosi di varie aree, ivi compresi non pochi di area socialista: di quella parte dell'area socialista che poteva qualificarsi come socialdemocratica-laica (perché i socialisti a quell'epoca erano per lo più infognati nel loro frontismo, quindi culturalmente non sapevano produrre altro che apologie dell'Unione Sovietica)" (in *Intervista*, p. 442). Si deve ricordare che il principale collaboratore di Romani era allora un giovane economista, Franco Archibugi, grande amico di Giugni, come lui uscito dal Psiup, in occasione della scissione di palazzo Barberini, e confluito nel Psli.

¹⁰¹³ "La cosa durò fino al 1960, quando ci fu un'ondata di «normalizzazione» cattolico-clericale e venni cacciato, così come lo furono Pera e Mancini" (in *Intervista*, p. 443, ma anche in *La memoria di un riformista*, (a cura di Andrea Ricciardi), *Il Mulino* 2007, p. 48)). Mario Grandi, allora membro dell'ufficio studi della Cisl, garbatamente ha espresso riserve su questa affermazione, prospettando che la decisione di risolvere il rapporto fosse invece conseguente a ripensamenti organizzativi e metodologici che portavano ad affidare le docenze a personale appartenente alla organizzazione (*Gino Giugni e l'esperienza associativa della Cisl nel suo primo ciclo storico (1950-1970)*, in *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, p. 295, nt. 2).

¹⁰¹⁴ V. Gino Giugni, *La memoria*, cit. p. 52 e le relative note di A. Ricciardi, p.258-259. Dopo appena un anno di attività l'esperienza si chiuse per mancanza di finanziamento. Il centro (il cui comitato direttivo era composto, oltre che da Malfatti e Baget Bozzo, da Giorgio Ceriani Sebregondi, Leopoldo Elia e Giugni, con funzioni di segretario) aveva l'obiettivo di "contribuire alla preparazione dei giovani che dimostrino una specifica attitudine allo studio dei problemi dello Stato, avendo particolare riguardo all'esigenza, oggi profondamente sentita negli ambienti dirigenti più consapevoli, di unire alla conoscenza dei mezzi tecnici la capacità di valutare i presupposti e le conseguenze del loro impegno, e pertanto di formulare giudizi di opportunità politica, anziché di mera validità tecnica o di rispondenza ad astratti modelli ideologici" (così il programma conservato nell'archivio Giugni prima richiamato). Per la loro utilità ai fini della comprensione del profilo di Giugni, è interessante riportare alcuni lungimiranti passi della relazione tenuta da Giugni al primo convegno tenuto per l'organizzazione (parzialmente pubblicata ne *Il Mulino* 1953) che purtroppo mantengono una loro attualità. Nella relazione, sostenendosi l'esigenza che l'intervento pubblico fosse supportato da un personale dirigente reclutato su basi nuove, si affermava: "Data l'attuale struttura universitaria italiana, esso è composto in larga prevalenza di funzionari dotati di una preparazione giuridica, conoscitori cioè della statica amministrativa, che è costituita dal diritto, ma all'oscuro dell'effettiva situazione storico-sociale sulla quale sono chiamati ad operare. Molti, i più capaci, tale conoscenza l'acquistano con studi personali o con l'esperienza. Ma la maggior parte conducono con sé, per tutta la vita professionale, il sottofondo di una preparazione che, come è quella delle nostre facoltà giuridiche, trascura lo studio dell'economia politica, antepone, spesso, il diritto finanziario alla scienza delle finanze, ha cancellato da mezzo secolo tra le materie di insegnamento la scienza dell'amministrazione, tende per una certa formazione culturale dei nostri maestri di diritto, a fornire del diritto una accezione tecnico-formalistica, che probabilmente è discutibile, ma che è certamente dannosa per chi non acceda alla carriera forense o non entri in magistratura – e forse è dannosa anche per questi ultimi").

¹⁰¹⁵ Nel 1954 fu cooptato nel comitato centrale del movimento (v. Valerio Ochetto, *Adriano Olivetti. La biografia*, Edizioni di comunità, 2015). Significativi ai fini della comprensione della cultura politica di Giugni sono i seguenti passi di una lettera da lui scritta a Geno Pampaloni in occasione di quella cooptazione (la lettera è riportata dallo storico Andrea Ricciardi nel volume da lui curato Gino Giugni, *La memoria*, cit., p. 258, ed ora si trova nell'archivio Giugni della Fondazione Nenni). Dichiarando di aver abbandonato da circa tre anni la politica militante e lamentando "la fragilità delle basi morali ed istituzionali della democrazia italiana" diceva "un fenomeno

studi del lavoro dell'Iri, diretto da Giuseppe Glisenti¹⁰¹⁶, ciò che gli consentì di seguire da vicino la famosa vicenda dello sganciamento delle imprese a partecipazione statale dalla Confindustria e la conseguente nascita dell'Intersind, nonché di dare il suo contributo¹⁰¹⁷ a quell'importante riforma del sistema contrattuale che venne sancita nel 1962 con la sottoscrizione del protocollo Intersind-Asap¹⁰¹⁸; prestando la sua collaborazione, con l'avvento del centrosinistra, a progetti di riforma della legislazione (dapprima in una commissione tecnica che lavorò a quella che poi sarebbe diventata la legge sui licenziamenti individuali¹⁰¹⁹, e poi nella veste di capo dell'ufficio legislativo del Ministero del lavoro dove, su incarico del ministro Brodolini, lavorò alla redazione del disegno di legge governativo sullo Statuto dei lavoratori)¹⁰²⁰.

2. La sua visione politica incentrata sullo sviluppo del sindacato e dei condizionamenti che esso poteva esercitare nei confronti del potere imprenditoriale attraverso la contrattazione collettiva e l'amministrazione degli istituti da essa generati. Le critiche all'esperienza sindacale a lui contemporanea.

Da socialista riformista¹⁰²¹ - di un tipo di riformismo che certamente allora non albergava nel par-

come le scissioni socialiste non avrebbe potuto aver luogo, se dietro lo schermo dei partiti e delle formazioni politiche ci fosse stata una realtà operante di organismi pluralisti e autonomi, saldamente radicati nella società italiana. Il Movimento è all'avanguardia nei settori più importanti, dove si gioca lo sviluppo moderno dell'Italia: dal rinnovamento della tecnica aziendale, all'urbanistica, alle attività sociali, mi sembra che l'impegno sia condotto sul metro della concretezza programmatica, che è il solo strumento per infrangere gli specchi deformanti delle ideologie e dei miti".

¹⁰¹⁶ Con Glisenti "lo scambio intellettuale era stato avviato in precedenza, in occasione di alcuni articoli apparsi in cronache sociali, la rivista dossettiana in cui, oltre ad esponenti della sinistra democristiana, scriveva, tra gli altri, Benedetto De Cesaris, figura di cerniera tra impresa e sindacato e primo direttore del centro studi della Cisl di Firenze" (Silvana Sciarra, *Giugni Luigi*, in *Dizionario Biografico*, treccani.it).

¹⁰¹⁷ V. Giulio Sapelli (a cura), *Impresa e sindacato. Storia dell'Intersind*, Il Mulino, Bologna 1996; Stefano Musso, *Storia del lavoro in Italia dall'Unità ad oggi*, Marsilio, Venezia 2002, 225

¹⁰¹⁸ Con quel protocollo venne introdotta la contrattazione articolata: le aziende in mano pubblica accettavano di negoziare a livello decentrato una serie di materie legate alla specificità delle realtà aziendali e il sindacato si impegnava a limitare il ricorso allo sciopero. Sul sistema della contrattazione articolata v. Giugni, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nell'industria siderurgica e mineraria*, Giuffrè Milano 1964; Id., *La nascita della contrattazione articolata*, in Quaderni di rassegna sindacale n. 59/60, 1976.

¹⁰¹⁹ La legge n.604 del 1966, impropriamente denominata, nel linguaggio corrente, come la legge sulla giusta causa. Entrò a far parte della commissione su indicazione di Tamburrano, allora consigliere politico di Nenni (v. *La memoria*, nelle note di A. Ricciardi, p. 262)

¹⁰²⁰ Come è noto, il suo impegno di consigliere del principe proseguì nel tempo. Fu consigliere giuridico del Ministro del lavoro Bertoldi, per conto del quale seguì i lavori parlamentari che portarono all'approvazione della legge sul processo del lavoro (L. n. 533/1973); fu membro del Cnel; per conto del Presidente del consiglio Spadolini presiedette una commissione che lavorò a quella che poi sarebbe diventata la legge sul trattamento di fine rapporto (L. n. 297/1982), che modificava radicalmente la struttura dell'indennità di anzianità; successivamente (1983) fu chiamato a far parte di una commissione di saggi di cui chiese la collaborazione il Ministro del lavoro Scotti per quello che poi sarebbe diventato il primo accordo triangolare di concertazione (*Il protocollo di intesa sul costo del lavoro* del 22 gennaio 1983). Quest'ultimo impegno gli valse l'attenzione delle brigate rosse, le quali attentarono alla sua vita. Fortuna volle che riuscisse a cavarsela con qualche ferita. Il clamoroso episodio propiziò la sua entrata in Parlamento (fu eletto senatore nel 1984) e da allora cominciò, per così dire, a "giocare in proprio" fino a pervenire alla carica di Ministro del lavoro del Governo Ciampi, nella cui veste contribuì a promuovere la stipula del famoso protocollo del 1993 (*Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo*, 23 luglio 1993).

¹⁰²¹ Nell'intervista ad Ichino si dichiara liberal-socialista e nell'intervista ad A. Ricciardi racconta che le persone che più hanno influenzato la sua visione del socialismo sono "il fondatore del revisionismo marxista Edward Bernstein, Gaetano Salvemini e Benedetto Croce.. a loro va aggiunto Filippo Turati" (p.98). Per l'idea che aveva del riformismo si può vedere uno scritto breve, ma denso, (*Socialismo: l'eredità difficile*, Il Mulino, Bologna 1996). Giugni rileva come – fatta eccezione della prima fase del novecento, nella quale vi fu una prassi riformista che ebbe come protagonisti il movimento sindacale, quello cooperativo e quello municipale in importanti aree del paese – nel movimento socialista una visione genuinamente riformista ha cominciato ad apparire solo nel 1981 (con il congresso del Psi a Palermo), per influsso del "vero laboratorio di idee quale fu la rivista «mondo operaio» (62), intorno alla quale "si riunì quella cultura pragmatica e laica che d'altronde in Italia era sempre circolata nella sinistra" (64). In precedenza predominava l'idea

tito socialista¹⁰²² - riteneva che il progresso della classe lavoratrice dipendesse soprattutto dalla sua capacità di sviluppare, attraverso il sindacato, istituzioni idonee ad esercitare uno stabile condizionamento sul potere economico, a partire dalle realtà aziendali.

Cardini essenziali di questa visione erano due elementi, sinergicamente collegati e complementari: il conflitto ed il contratto.

Considerava il *conflitto* come componente ineliminabile di una moderna società industriale, pluralista e democratica¹⁰²³, nella quale gli interessi dei diversi gruppi sociali divergono e quindi sono destinati a scontrarsi senza mediazioni o soluzioni autoritative, ma sono destinati e a trovare uno spontaneo e dinamico equilibrio attraverso la contrattazione collettiva, derivandone una spinta importante all'innovazione organizzativa e tecnologica del tessuto produttivo, nonché allo sviluppo della società e del *welfare*¹⁰²⁴. In altre parole, intendendo il conflitto come espressione di una fisiologica tensione dialettica tra interessi contrapposti¹⁰²⁵, si trovava sul versante decisamente opposto a coloro che inclinavano a considerare lo sciopero - che di quel conflitto costituisce una espressione - come una sorta di malattia del corpo sociale; ma nello stesso tempo, su un altro versante, considerava come decisamente limitativa per l'azione del sindacato una concezione del conflitto come epifenomeno di una lotta di classe comunque animata dalla visione di un orizzonte alternativo alla società capitalistica¹⁰²⁶, e quindi, in fin dei conti, come variante o

che il socialismo fosse comunque una realtà verso la quale era necessario transitare e quando si parlava di riforme c'era un sovraccarico ideologico poiché si riteneva che esse potessero avere una loro validità nella misura in cui fossero tese a realizzare quell'obiettivo. "Il riformismo che, muovendosi su un solido telaio di valori, compie un passo per volta, ma, compiuto il passo, si ferma a interrogarsi su quale debba essere quello successivo, era ancora da venire: l'arte di governo *by trial and error* non era ancora stata assimilata dalla cultura socialista" (p. 62). "La genuina politica riformistica implica ... che venga attribuito agli obiettivi un valore finale e non strumentale" (60).

¹⁰²² "La grande cultura riformista visse ... in gran parte fuori e ai margini del Psi.... Salvemini, Rosselli, Dorso, Ernesto Rossi e Rossi Doria, i più autentici *mâitre à penser* del riformismo socialista, collocabili ai livelli più alti raggiunti dal pensiero politico nel nostro paese, finirono per operare fuori del Psi, o furono ospiti occasionali in una casa che per essi non fu mai molto ospitale" (Giugni, *Socialismo*, cit. p. 59; giudizi analoghi aveva già formulato da giovane *Socialismo e socialdemocrazia in Italia*, in Il Mulino 1953, 113 ss.; *Iniziativa politica e iniziativa riformista*, in Il Mulino 1954, 449 ss.). Interessante, al riguardo lo studio di David Bidussa, *La lettura del laburismo inglese nelle culture socialiste in Italia*, in David Bidussa e Andrea Panaccione (a cura di), *Le culture politiche ed economiche del socialismo italiano dagli anni '30 agli anni '60*, Fondazione Brodolini, Roma 2015, p. 65 ss. 100

¹⁰²³ Cfr. Mario Giovanni Garofalo, *Otto Kahn Freund. Il pluralismo e il gius-sindacalismo italiano*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1982, pp. 37 ss.; Id., *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni, Cacucci, Bari 1999, vol. I, pp. 453 ss.

¹⁰²⁴ La "logica del conflitto industriale, ... è tipica della società moderna e fornisce a quest'ultima una potente molla dialettica. Chiunque abbia acquisito lo spirito del mondo d'oggi, che è caratterizzato da una costante tensione verso l'innovazione, l'invenzione, la riforma, non può non accettare come positivo questo dato di fatto, che può essere negato solo da ideologie conservatrici animate da una visione statica, di una società senza fermenti e senza storia" (nella Introduzione a Umberto Romagnoli, *Contrattazione e partecipazione*, Il Mulino, Bologna, 1968, p. 16). Nella *Introduzione* considerava il sistema dei rapporti collettivi fondato sul "libero contrasto di interessi, che soltanto un'autentica deformazione ideologica della realtà economico-sociale del nostro tempo può condurre a ritenere superabile" (137). Si è detto prima come Giugni si definisse liberalsocialista. Può tornare utile citare un passo di Carlo Rosselli il quale afferma che "non si serve efficacemente la causa del lavoro senza fare i conti con la filosofia del mondo moderno, fondata sull'idea di svolgimento per via di contrasti eternamente superantisi, nei quali celasi appunto il succo della posizione liberale" (*Socialismo liberale*. Einaudi, Torino 1979, p. 88, riportato da Norberto Bobbio, *Profilo ideologico del novecento italiano*, Einaudi, Torino 1986, p.158).

¹⁰²⁵ Il contratto collettivo realizza una "composizione temporanea del conflitto" assumendo una "funzione sociale di un «trattato di pace»" (Giugni, *Diritto del lavoro* (voce per un'enciclopedia), in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 1979, ripubblicato in Id., *Lavoro legge contratti*, Il Mulino 1989, p.270).

¹⁰²⁶ In *Socialismo...*, cit. Giugni si sofferma a rilevare i riflessi negativi che quella concezione aveva avuto sull'esperienza sindacale: "ancora fino a non molto tempo fa (e in alcuni rari casi, ancora oggi) circolava, e forse prevaleva, la convinzione che la stipulazione di un accordo fosse importante, ma soprattutto per la mobilitazione che lo precedeva e gli faceva da corona. Da ciò conseguiva che la

sottoprodotto del conflitto politico, come era nella visione dominante negli anni '50, visione che, a suo dire, finiva per negare la specificità dell'esperienza sindacale¹⁰²⁷. Muovendo da una prospettiva liberale e socialdemocratica vedeva il capitalismo¹⁰²⁸ non come un nemico da abbattere, bensì come una controparte da bilanciare (in altri termini, come qualcosa che va tenuta in vita per la sua capacità di creare ricchezza che possa poi essere in vario modo "tosata" a beneficio della collettività e di coloro che vivono del proprio lavoro¹⁰²⁹) e che vede nel sindacato il soggetto naturalmente vocato a costruire ed a gestire il bilanciamento¹⁰³⁰.

Considerava il *contratto* come elemento di garanzia della libertà degli individui¹⁰³¹ e come strumento per eccellenza in grado di seguire e promuovere il dinamismo sociale. Era un convinto

cultura contrattuale di molti quadri sindacali si manteneva a un basso livello, per l'evidente ragione che il momento ritenuto nobilitante era l'azione, la mobilitazione, non la stipulazione e la conseguente buona gestione. In questo modo, anche quando il risultato contrattuale era appagante, esso veniva successivamente svalutato dalla cattiva o nulla gestione". Questa concezione movimentista dell'azione sindacale "corrisponde anche all'idea, propria del marxismo sin dalle origini, che il sindacalismo fosse null'altro che una fase o uno strumento di crescita, di maturazione politica: per essa, la conquista delle otto ore è importante non tanto perché è preferibile per gli operai lavorare non più di otto ore, ma perché essi lottano per conquistarle. La genuina politica riformista implica invece che venga attribuito agli obiettivi un valore finale e non strumentale: per questo, però, occorrono adeguate capacità di gestione delle conquiste rivendicative" (p. 60).

¹⁰²⁷ "Il sindacato soffrì in primo luogo di una profonda crisi di identità, in cui vennero al pettine i nodi non sciolti della sua breve e tormentata storia: un passato riformista rinnegato, un presente dominato dalla prassi e dalla teoria della «cinghia di trasmissione», in cui si negava proprio la specificità dell'esperienza sindacale" (Prefazione a Perlman, nella seconda edizione, 1980, p. VIII). Su questo aspetto Giugni e Mancini avevano già avuto modo di esprimersi nello scritto prima citato. A quello scritto fece seguito una polemica con Renato Zangheri il quale, in risposta alle critiche in esso ricevute (veniva preso come esempio di studioso marxista disattento alle specificità dell'azione sindacale), scrisse una lettera a Mancini nella quale, tra l'altro, rivendicava come espressione di maturità la politicità dell'azione del sindacato italiano proprio in contrapposizione all'esperienza sindacale statunitense. I due autori risposero in maniera pepata e, su questo punto, relativo alla politicità della lotta sindacale, si espressero nei seguenti termini: "A nostro avviso, l'impegno politico dei sindacati è, senza dubbio, una prova della loro maturità, ma solo quando si radichi su di una organizzazione saldamente *entrenched in the job*, come direbbe il Perlman, che vale a dire, consolidata nelle imprese, nei posti di lavoro. Il nostro movimento, invece, ha le caratteristiche del sindacalismo di un Paese sottosviluppato che opera in base ad istanze prevalentemente politiche, che non si consolida sul posto di lavoro, che non dà vita a stabili istituzioni collettive e, contro la legge storica scoperta dal Commons, si espande, per così dire, in *ciclo depressivo*. Di ciò non è detto che siano i dirigenti sindacali a portare tutte le responsabilità; ché anzi, il fenomeno è dovuto in notevole misura alla struttura del nostro Paese, alla sua sovrappopolazione, al fatto che di *necessità* si confondono in una sola organizzazione gli occupati e i disoccupati; così, le associazioni dei lavoratori vengono sradicate senza loro colpa dalla zona delle relazioni industriali e cadono sul piano del rapporto politico" (la lettera di Zangheri e la risposta sono pubblicate in Il Mulino 1954, p. 176 ss.).

Ovviamente, per Giugni sottrarsi alla cinghia di trasmissione non voleva significare che il sindacato dovesse rinunciare ad esprimere la propria influenza nella sfera politica.

¹⁰²⁸ Peraltro, in sintonia con la visione di Ralf Dahrendorf (*Classi e conflitto di classe nelle società industriali*, Laterza, Bari 1963) considerava il conflitto come elemento originato, non dall'assetto proprietario della realtà aziendale, bensì dal rapporto di autorità e di potere che si instaura in ogni organizzazione e quindi dalla diversità degli interessi tra i soggetti coinvolti in questo rapporto (in un nota di *Contrattazione aziendale e democrazia industriale*, in Il Mulino 1956, 201: "La contrattazione ... presuppone l'esistenza di due parti, ma queste, in una condizione di libertà, dovrebbero sempre nascere dallo stesso fatto dell'organizzazione aziendale e dalla divisione del lavoro, che producono il formarsi di interessi antagonisti"). Riflettendo sugli insegnamenti ricavabili dall'esperienza laburista del secondo dopoguerra affermava che "il problema sociale del nostro secolo non può essere risolto nell'ambito delle trasformazioni della struttura economia e del mutamento dei rapporti di proprietà" (*La revisione critica del socialismo*, in Il Mulino 1953, p. 389).

¹⁰²⁹ Appare forte la sintonia con la visione della funzione produttivistica dell'azione sindacale che caratterizzava la Cisl degli anni 50 e l'area del "laburismo cristiano", sui quali belle pagine sono state scritte da Giuseppe Berta, *L'Italia delle fabbriche. Genealogie ed esperienze dell'industrialismo nel novecento*. Il Mulino, 2001, pp. 121 ss.

¹⁰³⁰ Cfr. Giovanni Pino, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Giappichelli, 2014.

¹⁰³¹ È significativo che questo punto sia stato messo in rilievo, con la consueta impareggiabile lucidità, da Mengoni nel bilancio di fine secolo sul diritto del contratto individuale di lavoro da lui fatto nella relazione svolta al congresso della associazione dei giuslavoristi di Ferrara (*Il contratto individuale di lavoro*, in DLRI, 2000). Coglieva quello che per Giugni significava il contratto di lavoro: una garanzia minima di libertà nella visione con la quale alle origini era stata concepita dallo stato liberale, che non era favorevole alle forme di

contrattualista, non solo relativamente alla sua concezione del rapporto individuale di lavoro bensì anche e soprattutto sul versante dei rapporti collettivi, versante che consente di riequilibrare quella debolezza che di norma ha sempre caratterizzato, sul mercato del lavoro, la posizione del lavoratore rispetto a quella del datore di lavoro.

Sul versante del rapporto di lavoro, la visione che considera quest'ultimo radicato nel contratto non era certo nuova, poiché era stata già limpidamente scolpita, dopo la caduta del fascismo, da Francesco Santoro Passarelli, nelle sue *Nozioni di diritto del lavoro*. Tuttavia, per Giugni quella visione non rappresentava il semplice frutto di un'esigenza di coerenza con il sistema normativo, bensì veniva consapevolmente assunta, da un lato, per la sua capacità di rispecchiare la diversità di interessi racchiusa nel rapporto di lavoro (quindi la struttura ontologicamente "conflittuale" di quel rapporto) e, dall'altro, per esorcizzare quegli aggravamenti della posizione debitoria del lavoratore che avrebbero potuto essere il portato di visioni organicistiche. Queste, vedendo il lavoratore come soggetto inserito in una comunità nell'ambito della quale al datore di lavoro spettavano in proprio poteri che dovevano essere esercitati in vista del "superiore interesse dell'impresa", erano suscettibili di veicolare soluzioni che potevano implicare un aggravamento della posizione debitoria e che comunque erano il prodotto di una visione paternalistica della funzione datoriale, contrastante con la filosofia del contratto e del conflitto¹⁰³². Specularmente, era contrario all'idea che il limite dell'utilità sociale, posto dalla Carta costituzionale, all'iniziativa economica privata (art. 41, co. 2) potesse essere inteso come suscettibile di autonoma immediata applicazione da parte del potere giudiziario, prescindendo da una specifica mediazione da parte del legislatore o dell'autonomia collettiva.¹⁰³³

dipendenza personale. Per Giugni, ovviamente, questo non poteva nascondere la situazione di squilibrio nella relazione fattuale, situazione di squilibrio che riteneva andasse bilanciata principalmente attraverso lo sviluppo del sistema dei rapporti collettivi.

¹⁰³² V. l'intervista a Federico Mancini che in essa a questo riguardo parla anche a nome di Giugni (a conferma della consapevole condivisione di propositi che legava i due). Egli critica anche la teoria associativa del Cessari: "quella teoria rischiava secondo noi di contrabbandare le concezioni comunitarie dell'impresa e del rapporto di lavoro sotto una veste più moderna ... La tesi associazionistica negava quella che a noi pareva la realtà effettuale del rapporto – un genuino e diretto scambio tra lavoro e retribuzione e, in ogni caso, contraddiceva la nostra scelta teorica quanto alla natura del contratto di lavoro come armistizio nel quadro di un conflitto irriducibile". Mancini dice che erano contrari anche a quelle ricostruzioni del rapporto di lavoro che negavano decisamente rilevanza al contratto inconsiderazione della onnivadenza della regolamentazione eteronoma: "negando il ruolo fondamentale del contratto mortificavano la volontà delle parti fino ad azzerarle. Toglievano anche al lavoratore, non soltanto al datore di lavoro, ogni spazio di libertà" (p. 486).

¹⁰³³ Ad esempio, era critico nei confronti di Ugo Natoli il quale aveva sostenuto che dalle disposizioni della Costituzione si potesse già ricavare un superamento del principio del licenziamento libero, previsto dall'articolo 2118 del codice civile (*Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 1955; sulle posizioni di questo autore anche Carlo Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, Feltrinelli, 1958) e, quindi, era portato a vedere negli accordi interconfederali una semplice riproduzione di quanto già acquisito dall'ordinamento dello stato ("Gli accordi appaiono in perfetta concordanza con quella che è a mio parere, la linea chiaramente indicata dal sistema della legge").

Giugni, dichiarandosi favorevole all'intervento legislativo nella materia del licenziamento individuale, ci teneva a puntualizzare che esso si iscriveva "nella logica del progresso che investe le relazioni economico sociali nel nostro ordinamento; e non già ricollegarsi ad una valutazione politica e ideologica, o di illegittimità costituzionale". In altre parole, preferiva considerare l'intervento legislativo nella prospettiva della linea evolutiva aperta dalla contrattazione collettiva (con gli accordi interconfederali) piuttosto che come intervento costituzionalmente necessitato. "Penso che sia erroneo ritenere che la Costituzione abbia predeterminato in modo rigido gli sviluppi dell'ordinamento giuridico. Non è detto che, se una norma è politicamente sorpassata nella coscienza del tempo, essa sia per questo affetta da illegittimità costituzionale. Nel quadro stesso della Costituzione si deve ravvisare un largo margine di libertà per il legislatore, al quale compete la responsabilità di individuare i modi e le scadenze delle innovazioni dell'ordinamento giuridico. Altrimenti si dovrebbe presumere che la Costituzione abbia fissato, una volta per tutte, le tendenze di sviluppo dell'ordinamento, che resterebbero circoscritte solo nell'ambito di previsione di questa; il che equivarrebbe a negare la storia" (*Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1966, I, p. 27 (estr)).

Nello stesso momento la sua visione genuinamente contrattualistica, funzionale ad un assetto dinamico dei rapporti, lo portava a considerare istituti come “categoria” e “qualifica” non come attributi di uno *status* del lavoratore, bensì come espressione di dimensioni tutte riconducibili al contratto e quindi da questo liberamente conformabili¹⁰³⁴.

Ovviamente la visione contrattuale del rapporto di lavoro era anche, e soprattutto, funzionale alla valorizzazione della contrattualità nella dimensione dei rapporti collettivi, dimensione che per lui, come si è detto prima, era decisamente centrale. I lavoratori si coalizzano per dotarsi di un potere che come singoli normalmente non hanno (e, quindi, della possibilità di dare voce al conflitto), acquisendo in tal modo una posizione paritaria rispetto al potere economico.

Nella sua visione, tuttavia, questo importa qui rimarcare, la tecnica del contratto collettivo non doveva essere funzionale solo alla determinazione del valore di scambio dell'attività prestata dai lavoratori (e quindi limitarsi a costituire solo veicolo di partecipazione dei lavoratori alla distribuzione della ricchezza prodotta), bensì doveva essere funzionale anche a bilanciare l'esercizio del potere datoriale nella gestione del lavoro e quindi mirare a concretizzare una vera democrazia industriale e quello che lui chiamava un “regime di legalità” nell'ambito aziendale.

Questa sua posizione, maturata sulla base degli stimoli ricevuti dallo studio delle esperienze del mondo anglosassone, lo portava a sviluppare forti critiche all'esperienza sindacale del nostro Paese, contraddistinta da un sindacato lontano dalla realtà delle fabbriche e fortemente influenzato da orientamenti ideologici nonché da una contrattazione fortemente centralizzata, caratterizzata da rigidità simili a quelle della legge e da una incapacità di interagire con le dinamiche indotte dall'innovazione tecnologica ed organizzativa.

3. Le critiche svolte attraverso l'attività scientifica.

Le critiche le svolge sia per via diretta, come vedremo tra poco, sia facendo conoscere al pubblico italiano studi su esperienze straniere più avanzate, la cui lettura poteva offrire stimoli (oltre che allo sviluppo degli studi sull'esperienza sindacale, allora carenti nel nostro Paese) all'elaborazione di nuovi modelli pratici di azione da parte delle organizzazioni sindacali.

Nel 1956 pubblica, corredandola con una corposa introduzione, la traduzione di un volume¹⁰³⁵ che Selig Perlman – il professore della scuola del Wisconsin presso la quale all'inizio degli anni '50

¹⁰³⁴ V. la monografia su *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli 1963. Egli era a favore di sistemi innovativi di inquadramento del lavoro, come la *job evaluation*. Significativa l'affermazione dell'irrilevanza, nella dinamica del rapporto di lavoro, della qualifica soggettiva del lavoratore e quindi la lettura della “qualifica” come semplice variante semantica di “mansioni convenute”, nonché la svalutazione della disposizione che distingueva i lavoratori in categorie (dirigenti, impiegati ed operai) (art. 2095 c.c.), letta non come attributiva di *status*, bensì come semplicemente ricognitiva dell'indicazione di ambiti di applicazione di determinati trattamenti.

¹⁰³⁵ Selig Perlman, *Teoria e pratica dell'azione sindacale*, La Nuova Italia, Firenze 1956, ripubblicato nel 1980 con un nuovo titolo *Per una teoria dell'azione sindacale*, Edizioni lavoro, Roma.

Manghi e Cella (*Un sindacato italiano degli anni sessanta. La Fim-Cisl dalla associazione alla classe*, De donato, Bari 1973) hanno sostenuto che il libro di Perlman e l'introduzione ad esso di Giugni hanno esercitato un'influenza sui quadri della Cisl; il giudizio è confermato da Treu il quale sostiene (in *Il pluralismo* 177) che la fortuna della traduzione del libro di Perlman negli ambienti della Cisl era dovuta all'enfasi che Giugni nell'introduzione poneva sull'azione sindacale vicina alla fabbrica, svincolata da ideologie precostituite, autonoma da condizionamenti esterni. Anche Grandi, che a suo tempo aveva fatto parte dell'ufficio studi della Cisl parla di “di oggettiva consonanza di posizioni culturali” di Giugni con la Cisl (*Gino Giugni e l'esperienza associativa della Cisl nel suo primo ciclo*

aveva svolto un periodo di studi – aveva pubblicato nel 1928 (*A Theory of the labor movement*). Nell' introduzione, al termine di una lunga analisi critica dei contenuti dell'opera, rilevava che il lavoro di Perlman era riferito ad esperienze non meccanicamente trasferibili alla realtà italiana¹⁰³⁶, ma che esso comunque forniva due utili suggestioni per quest'ultima: quel lavoro “costituisce una pietra miliare nella ricerca di un metodo critico nello studio della peculiarità del fenomeno sindacale, come fatto non identificabile con la politica e capace di porsi in modo autonomo e fattore di progresso istituzionale e civile” ; quel lavoro “chiarisce in modo altrettanto valido come l'obiettivo di ogni efficace strategia sindacale sia proprio la costruzione ed il consolidamento di una rete di istituzioni operaie, saldamente radicate nel posto di lavoro, atte esse stesse, indipendentemente dall'azione del governo politico, a modificare i rapporti di potere nell'ambito dell'azienda e dell'economia”.

Nel 1960, sulla rivista della Cisl, *Politica sindacale*, pubblica la traduzione di uno studio di Otto Kahn-Freund del 1954 (*I conflitti tra i gruppi e la loro composizione*) che illustra un modello nel quale il conflitto tra i vari gruppi di interesse genera tra essi rapporti che si istituzionalizzano dando luogo ad una complessa rete di istituzioni autonome volte alla fissazione di standard normativi, nonché alla gestione della loro fase applicativa (l'amministrazione del contratto collettivo)¹⁰³⁷.

4. Continua.

Come si diceva prima, una critica alla realtà sindacale del nostro Paese la svolge anche in via diretta, in particolare in due saggi pubblicati nel 1956 su il Mulino: *Esperienze corporative e post-corporative nei rapporti collettivi di lavoro in Italia e Contrattazione aziendale e democrazia industriale*¹⁰³⁸, dei quali è opportuno riferire analiticamente perché in essi l'intento politico della sua visione appare esplicito.

Nel primo saggio Giugni, salutando con favore il dischiudersi di una nuova prospettiva di politica sindacale, quella dell'azione del sindacato sul piano della realtà aziendale¹⁰³⁹, sottoponeva ad una

storico, 1950-1970, in DLRI 2007, 293). V, anche Mario Napoli, *La Cisl e il diritto del lavoro*, in Ius 2012 e ripubblicato in Id., *Diritto del lavoro in trasformazione*, Giappichelli, Torino 2014, p. 27 ss.

¹⁰³⁶ “... faremmo torto all'autore del volume che abbiamo presentato, se tentassimo, a conclusione di queste note, di applicare meccanicamente le sue formule alle vicende del movimento operaio italiano”.

¹⁰³⁷ “Il fatto di rivolgersi alla Cisl non era senza significato per la diffusione di uno scritto che, nella sua impostazione e nei suoi contenuti (secondarietà dell'intervento statale nelle relazioni collettive, visione «dinamica» del sistema contrattuale, priorità delle istituzioni autonome nella gestione del sistema e nella composizione dei conflitti), presentava significative corrispondenze con punti qualificanti della «filosofia» autonomistica e contrattualistica di questa organizzazione” (Mario Grandi, *Gino Giugni e l'esperienza associativa della Cisl*, cit, p. 300).

¹⁰³⁸ Il primo saggio è stato ripubblicato in Giugni, *Lavoro legge contratti*, Bologna 1989, Il Mulino, pp. 27 ss. I due saggi recavano, sotto il titolo, un sintetico sommario del messaggio che l'autore voleva dare. Per la loro efficacia comunicativa conviene qui riprodurli nell'ordine: “La struttura economica e istituzionale dei rapporti contrattuali si rivela ancor oggi, dieci anni dopo la fine dell'esperimento corporativo, piuttosto un sostegno dello *status quo* che un elemento di sviluppo e propulsione del nostro sistema economico”; “La democrazia nell'industria non si può dare nella forma dell'autogoverno aziendale, o in astratte “Carte”, ma in un continuo e dinamico sviluppo di istituzioni aderenti ai concreti rapporti aziendali”.

¹⁰³⁹ È una prospettiva che riconosceva enucleata dall'ufficio studi della Cisl fin dal 1950 e che finalmente era divenuto possibile delineare in conseguenza dell'autocritica operata l'anno precedente dalla Cgil, “sotto la sferza delle contrarie vicende elettorali” (allude alla sconfitta subita dalla Fiom nelle elezioni della commissione interna alla Fiat).

serrata critica i difetti del sistema contrattuale che riteneva dovesse essere innovato. In particolare egli criticava la forte centralizzazione della struttura contrattuale, considerandola un elemento di continuità rispetto all'esperienza corporativa¹⁰⁴⁰. Infatti, di quella esperienza riproponeva gli aspetti a suo avviso negativi: la lontananza del sindacato dalla fabbrica e quello di una tutela del lavoratore concepita come essenzialmente limitata all'apprestamento di garanzie giuridiche sul mero piano della produzione normativa.

Pur non sottovalutando l'importanza del contratto nazionale, "strumento insostituibile per la fissazione di condizioni minime ed uniformi per tutti i lavoratori di un determinato settore o categoria", metteva in dubbio la sua efficacia "come strumento esclusivo" di fronte ad una realtà di accelerati processi di sviluppo tecnico, produttivo ed organizzativo, peraltro molto diversificati tra le varie regioni e le varie imprese. "Non si è ... lontani dal vero quando si afferma che tale strumento, con le sue tabelle salariali uniformi, inevitabilmente livellate sulla capacità di spesa delle imprese più deboli, con le sue rigide classificazioni, sovente troppo generali per fornire una regola precisa al caso concreto, e, soprattutto, con l'intrinseca impossibilità di prevedere e disciplinare una serie di rapporti il cui ambito è circoscritto nell'azienda, presenta gli stessi vizi del metodo corporativo. E ciò per la ragione che, come quest'ultimo, mantiene ferma la certezza di poter risolvere sul mero piano della produzione normativa ed in termini di garanzie giuridiche una serie di problemi che, accanto a queste ultime, richiedono invece una diretta e articolata presenza del sindacato in tutte le istanze dove si svolge la vita produttiva" (p. 39).

Ne viene fuori una serrata critica alla cultura di un sindacato (chiaro è il riferimento alla CGIL) più attento a curare la propria presenza sul mercato politico, che non a misurarsi con le concrete dinamiche indotte dal progresso tecnologico, perché irrigidito nella difesa ad oltranza di un metodo (quello della contrattazione centralizzata) incapace di esprimere un controllo sulle nuove situazioni, con l'inevitabile conseguenza di lasciare margini di iniziativa agli imprenditori più abili. Riteneva che la contrattazione centralizzata - pur se dava un contributo al contrasto della disoccupazione (infatti, coprendo le imprese marginali si evitava di mettere fuori mercato lavoratori che, in mancanza di un intervento pubblico, non poteva considerarsi scontato venissero automaticamente assorbiti in altri settori) – rinunciava "implicitamente a svolgere quella benefica funzione che sessant'anni fa era stata magistralmente illustrata dai Webb, e che consiste nell'incen-

¹⁰⁴⁰ Questa esperienza, liquidando "un'ampia e rigogliosa trama di rapporti contrattuali che denotavano nella classe operaia italiana una capacità di autonomia che non era certo inferiore a quella rivelata nei paesi a progresso industriale più avanzato", ci aveva offerto l'immagine di un sindacato escluso da qualsiasi rapporto organico con la fabbrica e con il mondo della produzione, affidato a funzionari accuratamente preparati, "non di rado sensibili ed aperti alle necessità dell'elevazione economica della classe", ma che rappresentavano "un tipo di cultura che non scaturiva da un organico legame con la tecnica e la produzione, ma, sulla base di una metodologia prevalentemente giuridica, tendeva a comporre le inevitabili, e pur feconde contraddizioni della società industriale in un complesso di norme elaborate senza alcuna partecipazione da parte dei lavoratori, in un equilibrio contrattuale o giurisdizionale, al quale mancavano gli elementi essenziali della negoziazione e di un efficace giurisdizione industriale: la libera misurazione dei rapporti di forza da un lato, il diretto rapporto con i fatti da conoscere e da regolare, e l'elasticità delle decisioni dall'altro" (p.30)

Giugni peraltro lamentava il fatto che l'esperienza postcorporativa avesse segnato la cancellazione dei collegi misti per la tempestiva decisione delle controversie in materia di qualifiche e di cottimi, la cui istituzione aveva costituito la conquista più avanzata dell'esperienza corporativa ("troppo affrettatamente sono stati cancellati, dopo la Liberazione, dal novero delle istituzioni contrattuali in vigore, laddove sarebbe stato assai più opportuno considerare la possibilità di un loro adeguamento rispetto alla nuova struttura istituzionale democratica e, soprattutto, rispetto agli sviluppi organizzativi dell'impresa moderna"(p. 33).

tivo al miglioramento dei metodi produttivi e dell'organizzazione a cui viene sottoposto l'imprenditore quando è costretto ad affrontare crescenti costi della manodopera" (p. 42). In altri termini, per Giugni il mantenimento della struttura centralizzata dei rapporti collettivi di lavoro obbediva "ad esigenze di conservazione che hanno trasferito sul piano sindacale l'immobilismo da cui è caratterizzata la vita politica del paese" (p. 42). L'assenza di un adeguato impegno culturale innovativo, già denunciata con Mancini l'anno precedente¹⁰⁴¹, non aveva ancora "permesso di cancellare la traccia dell'esperimento corporativo, e cioè di una metodologia delle relazioni industriali che ha costituito, nelle sue note essenziali, un tentativo di contenimento delle dinamiche spinte che l'evoluzione industriale reca allo sviluppo della società moderna" (p. 43).

Nel saggio successivo (*Contrattazione aziendale e democrazia industriale*) tornava a segnalare l'importanza dell'apertura verso la contrattazione aziendale, ma ammoniva che il nuovo corso avrebbe potuto risolversi in un nulla di fatto qualora si fosse limitato "semplicemente a trasferire in una mutata unità contrattuale gli istituti tipici di una esperienza negoziale pluridecennale"¹⁰⁴². "Se la contrattazione aziendale non vorrà ridursi ad un mero fatto tattico, determinante di una maggiore efficienza della pressione redistributiva per i salari, ma vorrà fornire una sostanziale spinta in avanti verso un effettivo sviluppo della libertà del lavoratore, essa dovrà dirigersi, con ricchezza di inventiva e con sensibilità tecnica, verso la creazione di una nuova e più efficiente rete di istituzioni aziendali di difesa e di valorizzazione del fattore umano nell'impresa. In altre parole, e non sembri questa una limitazione legalistica del discorso, ch  del diritto vogliamo qui indicare l'aspetto dinamico di sviluppo, la contrattazione aziendale dovr  porsi al centro di un energico impegno per la formazione di una pi  ampia sfera di *legalit  aziendale*" cos  concretizzando una vera "democrazia industriale"¹⁰⁴³.

Giugni, rilevando che "contrattazione normativa" e "legislazione" non sono di per s  sufficienti a garantire una tutela efficace dei lavoratori dinanzi al dinamismo delle innovazioni tecnologiche ed organizzative delle aziende, indicava come obiettivo di politica sindacale da perseguire – ferma restando la fissazione di *standards* minimi nazionali - quello della "graduale conquista del diritto all'amministrazione congiunta delle regole concordate con la controparte, in ordine alla tutela delle condizioni di lavoro"¹⁰⁴⁴. Ed ammoniva: "Non in utopistiche forme di autogoverno aziendale,

¹⁰⁴¹ Giugni-Mancini, *Per una cultura sindacale in Italia*, in Il Mulino 1954.

¹⁰⁴² "E che un tale pericolo non sia affatto ipotetico,   provato dalla diffidente cautela, dalla non sufficiente maturazione del problema, che si   rilevata tra i quadri intermedi, e nello stesso vertice, della CGIL, nel corso del recente dibattito congressuale; dalla non ancora acquisita consapevolezza della verit  essenziale che al mutamento di strategia deve accompagnarsi una evoluzione dei contenuti programmatici della contrattazione" (p.197).

¹⁰⁴³ "...le forme in cui si   finora venuta delineando la «democrazia industriale» dovranno subire una profonda trasformazione. Il contrattualismo tradizionale realizza un tipo di democrazia che  , in un certo senso, l'equivalente della democrazia di tipo giacobino; come in quest'ultima la chiamata periodica alle urne esaurisce il metodo democratico, e la legislazione viene amministrata da uno Stato autoritario e burocratico, cos , nel contrattualismo tradizionale, le periodiche trattative per il rinnovamento del contratto esauriscono il momento liberale. L'amministrazione delle norme concordate viene poi affidata all'autorit  dell'imprenditore, soggetto soltanto al precario limite dei rapporti di forza con la Commissione interna (oggi, di fatto e di diritto, largamente esautorata) e al lontano e inefficace sindacato di legittimit  del potere esecutivo e dell'autorit  giudiziaria. *Mutatis verbis*, ci troviamo in un regime di democrazia formale, non di democrazia sostanziale, e cio  di controllo dal basso dei centri di potere" (200)

¹⁰⁴⁴ "Si tratta di passare (  superfluo avvertire che queste due distinzioni non vanno intese in senso tecnico giuridico) dal metodo *legislativo* di fissazione delle norme generali ed astratte, al metodo *amministrativo*, di decisione congiunta sui singoli problemi delle relazioni di lavoro. Questo secondo metodo, tipico di una condizione di rapporti professionali altamente evoluta, che alla strategia della resistenza passiva ha sostituito quella dell'attiva cooperazione per la ricerca di comuni e specifiche soluzioni tecniche, non si qualifica soltanto per la maggiore penetrazione nella sfera delle decisioni direttive che esso consente al sindacato. Esso   in realt , in

in una istituzione come l'impresa che, sia essa privata o pubblica, è, per sua natura, gerarchica, e neppure in astratte e illuministiche «Carte»¹⁰⁴⁵ dei diritti del lavoratore, si pone il problema della democrazia industriale; esso deve invece venir inquadrato in un continuo e dinamico sviluppo di istituzioni che, nel loro nascere dalla concretezza dei rapporti aziendali, hanno il crisma di efficacia per i fini che son destinate a soddisfare”.

Tra queste istituzioni egli indicava come particolarmente significativa “l'arbitrato contrattuale sulle controversie individuali”¹⁰⁴⁶ che dava buona prova di sé nell'esperienza statunitense. Esso - attraverso “un costante flusso decisioni sui casi concreti” - consente di costruire “pezzo per pezzo, un sistema di garanzie concretamente radicate in un'esperienza di base”.¹⁰⁴⁷

5. Continua. La sua opera centrale: l'introduzione allo studio dell'autonomia collettiva.

Oltre che in questi due scritti – che hanno ad oggetto temi di politica sindacale e sono esplicitamente mirati ad influire sulla cultura degli attori, in coerenza con il carattere della rivista che li ospitava, vocata ad alimentare il dibattito politico e culturale – la tensione politica di Giugni si esprime anche nell'ambito di lavori strettamente giuridici. Particolare importanza, tra questi, presenta una monografia scritta nel 1960 (*Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*¹⁰⁴⁸), che ha costituito una pietra miliare per gli studi giuslavoristici.

In un contesto che vedeva la dottrina, da un lato, impegnata ad indagare la materia del diritto sindacale secondo il metodo tradizionale – quindi incentrato sulla lettura delle norme poste dall'ordinamento statale, peraltro scarse (in pratica gli articoli 39 e 40 della Costituzione e qual-

virtù del suo carattere flessibile, il solo mezzo atto a consentire un'evoluzione democratica dei rapporti di lavoro, che voglia realmente muoversi in organico accordo con il ritmo generale di sviluppo economico e tecnico”.

¹⁰⁴⁵ Qui è chiaro il riferimento alla proposta avanzata in casa CGIL di “statuto dei lavoratori nell'azienda”.

¹⁰⁴⁶ Funzione tipica dell'arbitrato è quella di “risolvere le varie situazioni di tensione individuale che nascono dall'amministrazione delle regole prestabilite dalle parti in libera negoziazione; regole che non sempre ... presentano i termini cristallini di un'elegante questione interpretativa, bensì richiedono, per la loro interpretazione, un alto grado di sensibilità umana, una profonda penetrazione ai problemi dell'impresa e delle relazioni professionali, e, soprattutto, la nobile e responsabile consapevolezza del fatto che è attraverso la stratificazione dei precedenti che si crea, con un processo lento, ma sicuro, la trama dei nuovi rapporti di legalità nel luogo di lavoro, nell'ambito della società evolutiva della terza rivoluzione industriale”.

¹⁰⁴⁷ Giugni avverte la necessità “sgombrare il terreno da una facile obiezione che, nel quadro di un classismo chiuso e dogmatico, rimprovera, a qualsiasi tentativo di arricchire il contenuto della normazione mediante i vari sistemi di «amministrazione mista», una presunta natura collaborativa e, al limite, corporativa.” “Chi muove tale obiezione dimentica che la stessa stipulazione del contratto di lavoro (come, d'altra parte, ben videro i socialisti di stretta ortodossia classista, che all'inizio del secolo si opposero a tali forme di temporanea pacificazione aziendale) è, di per sé, un atto di collaborazione; orbene, se di una collaborazione legata ad una nuova tipologia contrattuale dobbiamo oggi parlare, questa presenta una differenza quantitativa, non qualitativa, da quella insita nella contrattazione tradizionale, e non costituisce altro che un adattamento di quest'ultima rispetto alle mutate condizioni tecnico-produttive. Va da sé, naturalmente, che un impegno sindacale nell'ambito aziendale, che non miri ad un immediato capovolgimento dei rapporti di potere, implica un alto grado di responsabilità da parte della rappresentanza operaia: correttezza nell'osservanza degli obblighi, volontà di far funzionare gli organi comuni, attivo impegno per la formazione dei quadri e dei tecnici necessari per la discussione e la soluzione dei mille problemi aziendali. Ma tale impegno di cooperazione non è altro che il normale atteggiamento di «buona fede» che si richiede alle parti di un contratto, e, in atto da decenni in paesi come l'Inghilterra, non ha ivi alterato lo schema della normale dialettica di classe. E ciò per la semplicissima ragione, che la collaborazione contrattuale, nelle sue varie forme ed ai suoi vari livelli, è collaborazione *tecnica*, non politica; in altri termini, nulla condivide di quella ideologia interclassista che è oggi abbandonata dagli stessi ambienti cattolici più avanzati”.

¹⁰⁴⁸ Milano, Giuffrè.

che disposizione del codice civile ritenuta ancora in vigore, nonostante la caduta dell'ordinamento corporativo)¹⁰⁴⁹ – e, dall'altro, in attesa della legge sindacale preannunciata dal costituente (articolo 39, seconda parte), Giugni si collocava in una posizione del tutto originale. Egli prospettava una lettura dei rapporti collettivi come sistema dotato di una propria autonoma giuridicità rispetto a quella statale, capace di produzione normativa, di amministrazione e di giurisdizione, quindi come ordinamento (*ordinamento intersindacale*)¹⁰⁵⁰ indagabile con metodo giuridico anche a prescindere dalla limitata prospettiva delle norme statuali.

Lo studio presentava una duplice finalità: una metodologica, di teoria generale, ed una di politica del diritto.

Per quel che riguarda la prima è qui sufficiente un semplice accenno. Avendo una concezione unitaria delle scienze sociali – maturata presso la scuola istituzionalistica del Wisconsin, che nell'ambito della scienza economica conduceva una radicale critica all'economia classica, dando rilevanza, nello studio della materia, ai complessi fattori istituzionali dei quali la realtà economica sarebbe la risultante – Giugni, grazie anche alla spinta che gli derivava dalla sua forte sensibilità alla cultura economica e sociologica, aveva trovato il modo di far penetrare nell'ambiente della dottrina giuridica – che riteneva rinchiuso in un metodo formalistico particolarmente impenetrabile alle scienze sociali¹⁰⁵¹ – il mondo delle relazioni industriali che da un'ottica strettamente civilistica non era possibile cogliere nella dimensione sua propria e nelle sue dinamiche¹⁰⁵². Quindi, il modello dell'ordinamento intersindacale svolgeva una fondamentale funzione conoscitiva, di sostanzioso arricchimento dello studio della materia¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹ Il manuale più diffuso ed autorevole, le *Nozioni di diritto del lavoro* di Francesco Santoro Passarelli, si incentrava sull'analisi del contratto individuale di lavoro, dedicando poche pagine al diritto sindacale.

¹⁰⁵⁰ La posizione di questo ordinamento "discende direttamente dal reciproco riconoscimento tra le organizzazioni confederali, e dal loro integrarsi, come esclusivi rappresentanti dei vari e multiformi interessi collettivi, in un permanente sistema di rapporti contrattuali, che presuppone la permanenza di un relativo equilibrio di poteri, la continuità delle relazioni, l'esclusione di altri portatori di interessi collettivi, che non siano accettati e riconosciuti di comune accordo; un sistema, cioè, fondato sull'autoinvestitura della rappresentatività e del potere di dettar legge ai gruppi economici" (p. 125). La tecnica della contrattazione collettiva viene considerata come strumento di organizzazione "del potere sociale paritario" (p. 116). È Giugni stesso ad affermare (*Il diritto del lavoro*, in Paolo Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano 1977, p. 186) che l'operazione da lui condotta con la monografia del 1960 aveva una ben precisa radice ideologica, il pluralismo conflittuale anglosassone ed in particolare la dottrina di Kahn Freund (giurista tedesco, allievo di Sinzheimer, emigrato in Inghilterra all'avvento del nazismo e divenuto indiscusso maestro della materia in quel Paese).

¹⁰⁵¹ *Il ragionevole capitalismo di Commons*, in Il Mulino 1952.

¹⁰⁵² Già nello scritto prima citato (*Per una cultura sindacale*) si segnalava l'obiettivo limitatezza della prospettiva civilistica nello studio della realtà sindacale, ma si riconosceva che a suo merito andava ascrivito "il deciso sganciamento da tutte quelle tendenze, aperte per loro natura a suggestioni corporativistiche, che mirano a saldare classe lavoratrice, società e Stato sul piano del diritto pubblico" e si affermava – sembra qui ritrovarsi in pieno il programma di lavoro di Giugni – che essa "fornisce un prezioso punto di partenza per un'indagine che non intenda più limitarsi alla corretta interpretazione e ricostruzione teorica delle norme dettate dal legislatore, ma si proponga la ricerca sistematica delle *working rules* che, appunto in forma di contratti collettivi, di decisioni arbitrali e di pratiche consolidate, costituiscono il vero settore regolamentare nel quale si muovono i rapporti sindacali". Quando negli anni '60 Giugni ebbe l'incarico di insegnare il diritto del lavoro presso l'università di Bari promosse ricerche in questa direzione (ricordo, in particolare, la ricerca sulla esperienza applicativa dell'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali, coordinata da Umberto Romagnoli; quella sulla mediazione dei pubblici poteri nelle controversie di lavoro, svolta da Bruno Veneziani; quella sulla giurisprudenza in materia di retribuzione sufficiente, svolta da Marisa De Cristofaro; quella sulle prassi aziendali, svolta da Gaetano Veneto).

¹⁰⁵³ Per una analisi dell'importanza dell'opera v. gli autorevoli scritti di Paolo Grossi, *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del novecento*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 2007; Edoardo Ghera, *Gino Giugni e il metodo giuridico*, ibidem; Mario Grandi, *Gino Giugni e l'esperienza associativa della Cisl...*, cit; Vincenzo Ferrari, *Gino Giugni e la teoria del diritto*, in *Giornale di diritto del lavoro*, cit. 2012.

La seconda finalità dello studio, quella di politica del diritto, che qui maggiormente interessa, si coglie su due versanti.

Da un lato questo studio, in coerenza con gli interventi precedenti, aveva l'intento di rendere plausibile che il sistema si sviluppasse verso modelli più evoluti, come quelli che trasparivano dagli studi di Kahn Freund sul modello britannico (una contrattazione collettiva di tipo dinamico, con parti sociali capaci di amministrare i contenuti dei contratti collettivi attraverso una pluralità di istituti, come ad esempio commissioni miste, collegi di conciliazione ed arbitrato). Bisogna riconoscere che, da questo punto di vista, lo studio aveva un chiaro sottofondo ottativo¹⁰⁵⁴.

Dall'altro lato lo studio voleva contribuire al superamento del problema dell'attuazione della seconda parte dell'articolo 39¹⁰⁵⁵. Infatti, illustrava come il sistema si reggesse efficacemente sulle proprie gambe e fosse capace di esprimere una propria vitalità a prescindere da un intervento del legislatore. L'intento, implicito, era quello di mostrare che il sistema poteva ben vivere e svilupparsi sulla base della sola garanzia del principio della libertà sindacale (affermata nel primo comma dell'articolo 39 della Costituzione) e che la sua realtà fattuale non costituiva una anomalia, ma aveva una sua piena legittimazione; in altri termini: una legge non era certo necessaria e che, se fosse intervenuta, avrebbe dovuto comunque essere rispettosa delle autonome determinazioni del sistema stesso¹⁰⁵⁶.

Come è noto, la seconda parte dell'articolo 39 prefigurava¹⁰⁵⁷ la realizzazione di una legge che avrebbe dovuto disciplinare l'attribuzione della personalità giuridica alle organizzazioni sindacali e la possibilità per esse di stipulare – attraverso una loro rappresentanza unitaria, composta da ciascuna di esse in proporzione ai propri iscritti – un contratto collettivo valido per tutti gli appartenenti alla categoria (*erga omnes*).

L'attuazione della seconda parte dell'articolo 39 era sollecitata dalla Cgil¹⁰⁵⁸, ma decisamente osteggiata dalla Cisl. Questo avveniva certamente per comprensibili ragioni riconducibili al minor

¹⁰⁵⁴Nel 1974 fa una sorta di autocritica quando riconosce la teoria dell'amministrazione del contratto collettivo, che tendeva a privilegiare il momento conciliativo ed arbitrale e l'utilizzazione di commissioni miste e di altre strutture nell'ambito dei rapporti collettivi, "contrastava sin dall'inizio con una struttura conflittuale inidonea a ricevere e rendere operative queste istituzioni" (*Azione sindacale, politica giudiziaria, dottrina giuridica*, in Quaderni di Rassegna sindacale, n. 46). Giugni ripete questo giudizio nell'intervista ad Ichino prima citata, nella quale dichiara che la teoria dell'ordinamento intersindacale "mirava a formulare un'ipotesi che doveva servire ad interpretare una struttura di rapporti sindacali come sistema autonomo, capace di reggersi ed amministrarsi da solo, nella sua propria legalità; ma questa ipotesi trovava un riscontro solo parziale nella realtà" (p. 454).

¹⁰⁵⁵Giugni successivamente dichiarerà (*Il diritto del lavoro*, cit.) che suo intento "dare al sistema sindacale la consapevolezza che esisteva una certezza giuridica nel proprio ambito anche indipendentemente dall'applicazione dell'articolo 39" della Costituzione". Nel 1963 il tema verrà affrontato direttamente da Federico Mancini in una celebre prolusione (*Libertà sindacale e contratti collettivi erga omnes*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1963, ripubblicato in Federico Mancini, Costituzione e movimento operaio, Il Mulino, Bologna, 1976, con il titolo *Il problema dell'articolo 39 (Libertà sindacale e contratto collettivo «erga omnes»*, p. 133 ss.). In essa si spinse ad affermare che la seconda parte dell'articolo 39 era "una norma sbagliata" (134). Nell'*Intervista* rilasciata ad Ichino Mancini al riguardo affermava (479): "benché prevista dalla Costituzione, la «legge sindacale» non avrebbe aperto alcuna strada. Anzi: avrebbe reso più difficili le vie della salita del movimento dei lavoratori".

¹⁰⁵⁶Esplicitamente afferma: "non potrebbe non apparire aberrante una soluzione legislativa che intervenisse massicciamente nella sfera dell'autonomia organizzativa e contrattuale, deformando le linee di sviluppo che questa si è liberamente scelta e che ha, di proposito, consolidato" (p. 4).

¹⁰⁵⁷È appena il caso di ricordare che la disposizione continua a sussistere e che nei tempi che stiamo attraversando tornano a riproporsi in nuova luce le ragioni per la sua attuazione.

¹⁰⁵⁸La Cgil ancora nel suo IV congresso (Bologna 1965) confermava "la sua volontà di vedere applicato l'art. 39 della Costituzione" (da Cazzola, *La Cgil e il diritto sindacale*, in Rassegna sindacale n. 46 del 1974).

peso associativo della Cisl, che sarebbe stata penalizzata nell'ambito della rappresentanza unitaria rispetto alla Cgil, ma non mancavano anche solide ragioni di ordine culturale. Una plastica differenza tra le due posizioni si può cogliere nelle interviste a Di Vittorio ed a Pastore, contenute in un volume pubblicato da Laterza nel 1955 (*I sindacati in Italia*)¹⁰⁵⁹.

Di Vittorio vedeva il sindacato come soggetto il cui *demos* era la classe, quindi come soggetto naturalmente chiamato ad operare a favore di tutti i lavoratori. Pertanto gli appariva logico che tutte le organizzazioni dovessero essere chiamate in causa, che dovesse esistere una rappresentanza unitaria e che questa dovesse operare secondo il principio democratico di maggioranza.

Pastore, invece, partendo dall'idea che il sindacato rappresentasse innanzitutto i propri iscritti, riteneva che la libertà sindacale di ciascuna organizzazione sarebbe stata mortificata dall'applicazione del principio di maggioranza; per cui giungeva ad affermare (con una evidente forzatura della logica in cui era stata costruita la norma costituzionale) che, se il legislatore avesse voluto creare una rappresentanza unitaria, questa avrebbe potuto decidere solo all'unanimità e che, se questa non si fosse raggiunta, non era comunque necessaria al sistema l'esistenza di un contratto efficace *erga omnes*, "potendo sempre lo Stato intervenire, in caso di necessità, con leggi protettive" (p. 176). Egli esprimeva la convinzione che "l'intera logica che domina la cosiddetta «soluzione intermedia» dell'art. 39 è da considerarsi artificiosa e non rispondente all'effettivo ruolo economico e sociale del sindacato democratico nella società democratica". In buona sostanza Pastore, pur ritenendo che il sindacato fosse chiamato ad agire nell'interesse di tutti i lavoratori, non riconosceva questi ultimi come collettività dotata di autonoma rilevanza, alla quale l'organizzazione dovesse subordinarsi: egli esaltava la funzione dell'organizzazione sindacale e la sua autonomia.

Il contrasto tra le due organizzazioni era aperto ed anche questa volta vediamo Giugni su posizioni politiche più vicine alla Cisl che alla Cgil. Così come negli scritti degli anni '50 appariva chiara la sua condivisione della linea di politica sindacale della Cisl, volta a favorire la contrattazione a livello di azienda, l'operazione culturale condotta da Giugni con la monografia del 1960¹⁰⁶⁰ (e con

¹⁰⁵⁹ Laterza, Bari.

¹⁰⁶⁰ Di fronte all'asprezza dei conflitti portati dall'autunno caldo vi fu chi (Ghezzi, *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, 408 ss.) presupponendo che la teoria dell'ordinamento intersindacale implicasse l'idea dell'equilibrio tra gli attori sociali – sostenne che quella teoria fosse ormai superata. Giugni lo negò osservando che Ghezzi sopravvalutava l'idoneità degli eventi a sconvolgere il sistema "perché il rapporto tra i due soggetti – sindacati dei lavoratori e imprenditori – hanno continuato ad essere regolati su base contrattuale" (Giugni, *Il diritto del lavoro*, in Paolo Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano 1977, p. 186). Ed infatti, per Giugni, la radice essenziale dell'ordinamento è rappresentata dalla decisione di abbandonare lo schema individualistico dei rapporti e di dar luogo ad un sistema permanente di regolazione collettiva; è questo, per lui, l'atto fondativo dell'ordinamento (è chiaro, tuttavia, che una situazione di equilibrio avrebbe potuto propiziare la formazione di un sistema più evoluto, come era nei suoi auspici). Non v'è dubbio, comunque, che negli anni '70 cominciava a mutare lo scenario nell'ambito del quale la teoria era stata formulata, quello di una crescita economica che, offrendo margini consistenti alle politiche redistributive, consentiva di porre l'accento sull'autonomia del sistema delle relazioni industriali e sulla loro separatezza rispetto al sistema statale.

Il quadro in mutamento, caratterizzato dalle accentuate difficoltà del tessuto produttivo (crisi delle imprese ed eccedenze occupazionali) e dallo sviluppo dell'inflazione, finì per mettere oggettivamente in discussione quella prospettiva. I due piani – quello delle relazioni industriali e quello dell'intervento statale – cominciarono ad entrare sempre più in risonanza. La grande forza acquisita dal movimento sindacale (che ormai agiva su basi unitarie), da un lato, e la necessità di consenso per fronteggiare le impellenti turbolenze che agitavano il mercato del lavoro, dall'altro, spinsero naturalmente in direzione dell'instaurarsi di politiche di concertazione; in altre parole, il sistema delle relazioni industriali cominciò ad essere esplicitamente chiamato dal legislatore a collaborare al governo di quelle turbolenze. Vennero apprestate risorse da parte dello Stato a beneficio del ruolo delle parti sociali, a vari livelli. Si pensi, in

lui da Federico Mancini) si poneva in forte sintonia con l'azione politica della Cisl a favore di una scelta astensionistica del legislatore.¹⁰⁶¹

6. Gli anni del centro-sinistra. L'impegno sul versante della politica legislativa. Le divergenze sul tema dello statuto dei lavoratori rispetto alle posizioni della Cisl.

Sulla base di quanto fin qui ho illustrato, mi sembra si possa affermare che i punti centrali della sua visione politica erano: che il sistema della contrattazione collettiva dovesse avvicinarsi alle realtà aziendali e che in queste il sindacato dovesse porsi come stabile interlocutore del potere datoriale; che la contrattazione non dovesse limitarsi alla fissazione delle regole, ma dovesse proiettarsi anche sul governo delle loro dinamiche applicative attraverso una propria giurisdizione; che l'intervento regolativo delle parti sociali si facesse preferire di gran lunga all'intervento del legislatore per la sua capacità di aderire elasticamente alle dinamiche della realtà economica ed organizzativa¹⁰⁶². Come già rilevato, essi presentavano una forte coincidenza con le posizioni fino ad allora enunciate dalla Cisl.

Quando, con l'avvento del centro-sinistra, fu posta all'ordine del giorno la prospettiva di un intervento legislativo, per rispondere alla richiesta che la sinistra poneva di uno statuto dei diritti dei lavoratori, Giugni venne chiamato in ballo dai socialisti in ragione della sua notevole competenza di giurista del lavoro. Come si è ricordato prima, venne nominato in una commissione che, per incarico del governo, lavorò ad un disegno di legge sui licenziamenti e, successivamente, venne

particolare alle risorse economiche poste a disposizione per mitigare la conflittualità indotta dalle situazioni di eccedenze di personale (lo sviluppo della cassa integrazione guadagni straordinaria).

Il fenomeno più interessante che iniziò a svilupparsi e che venne influenzato dalla politica del diritto seguita da Gino Giugni (lo riconosce Treu, *Gino Giugni: politico del diritto e legislatore*, in DLRI 2007, p. 329 ss.) fu quello di un coinvolgimento delle parti sociali, ad opera del legislatore, nell'opera di flessibilizzazione di rigidità contenute nella legge (Giugni coniò la formula del garantismo collettivo). Non venne messo in discussione tuttavia – questo importa qui rilevare – l'atteggiamento astensionistico dello Stato rispetto alla disciplina del sistema di relazioni industriali che rimase nella sua condizione di anomia.

¹⁰⁶¹ Non è senza significato che ebbe a riconoscerlo esplicitamente Pietro Merli Brandini, esponente di rilievo della Cisl, in un testo pubblicato verso la fine degli anni '60, *Le relazioni industriali*, F. Angeli ed., Milano 1969, p. 45. Inoltre egli afferma, in una nota, che “non va dimenticato che è merito di alcuni giuristi tra i quali il Giugni e il Mancini l'aver contribuito, al di là dei limiti imposti dalla loro disciplina, a stimolare un'attenzione più penetrante sui fenomeni delle relazioni industriali” (p. 44) e qui cita lo scritto, prima richiamato, di Giugni e Mancini del 1954.

¹⁰⁶² Più volte nei suoi scritti Giugni usa il termine “elasticità” per indicare la qualità che la regolazione e la sua applicazione devono avere per essere aderenti al dinamico contesto della realtà economica ed organizzativa, qualità che richiede nel rappresentante sindacale la capacità di misurarsi con i problemi, alla ricerca di una loro soluzione, e non una semplice attitudine alla protesta. Sulla preferibilità del contratto collettivo rispetto alla legge Giugni si esprime esplicitamente in *Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro*, in Momigliano (a cura di), *Lavoratori e sindacati di fronte alla trasformazione di processo produttivo*, vol. I, Feltrinelli, Milano 1962, 294 (contiene gli atti di un convegno svoltosi nel 1960). Del contratto collettivo dice: “la stessa ragione d'essere di questo strumento normativo, quella che ne giustifica l'esistenza e la preferibilità rispetto alle altre fonti, è data dal suo carattere elastico, dalla sua vigenza circoscritta a brevi termini di durata, dalla possibilità di sostituire senza inciampi formali clausole che non abbiano dato buona prova o di variare ambito di applicazione, diritti-doveri ed oneri economici, in rapporto al graduale mutamento delle condizioni tecnico economiche della produzione”. Questa è una qualità che non hanno gli istituti legislativi, per i quali invece l'adeguamento alle nuove realtà avviene “attraverso l'interpretazione giudiziale e dottrinale, piuttosto che mediante il formale mutamento del contenuto testuale delle norme”. Aggiunge che questo è il quadro ideale o potenziale, perché quando “volgiamo la nostra attenzione alla realtà effettuale, dobbiamo constatare come anche tale strumento abbia perduto gran parte della sua originaria e potenziale elasticità”. “La prassi della contrattazione nazionale, tuttora nettamente prevalente in Italia ... ha in realtà avvicinato sensibilmente il “modello” contrattuale da noi prevalente al “modello legislativo” per cui il contratto collettivo aveva finito per il carattere di rigidità proprio della legge.

chiamato da Giacomo Brodolini a ricoprire l'incarico di capo dell'ufficio legislativo del Ministero del lavoro.

Questo impegno lo portò ad avere contrasti su un duplice versante. Il primo, poco conosciuto, è quello della Cisl. Il secondo, più manifesto, è quello con i giuristi che operavano all'interno della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, della Cgil.

Vediamo il primo versante, che andrebbe maggiormente indagato¹⁰⁶³. La Cisl era schierata contro l'idea di un intervento del legislatore, nella convinzione che spettasse al contratto collettivo e non alla legge il compito di apprestare tutele a favore dei lavoratori e che un intervento del legislatore finisse per togliere ruolo e potere al sindacato¹⁰⁶⁴. Come abbiamo visto, Giugni condivideva certamente l'idea che la legge non dovesse interferire in campi che dovevano essere lasciati alle responsabilità della contrattazione collettiva, ma - secondo la sua attitudine sempre pragmatica e realistica - la condivideva non in termini rigidi, poiché riteneva che in alcune occasioni l'utilizzo della legge poteva essere utile. Questo lo portò a puntualizzare la sua concezione del rapporto tra legge e contrattazione collettiva e a dissentire nei confronti di quelli che lui chiama gli amici della Cisl, i quali con molta probabilità gli contestavano un mutamento di linea¹⁰⁶⁵.

Un mutamento di linea certamente non era ravvisabile nel lavoro da lui svolto su quella che diverrà la legge 300 del 1970 (il c.d. statuto dei lavoratori). Infatti, se è vero che la monografia del 1960 era ispirata da una filosofia astensionistica, è altresì vero che essa si esprimeva sul versante di un progetto legislativo come quello concepito nella seconda parte dell'articolo 39 Cost., che era invasivo del sistema dei rapporti collettivi; orbene, quando Giugni prospettò l'opportunità che l'intervento legislativo si caratterizzasse per il sostegno al sindacato¹⁰⁶⁶, non entrava in contraddizione con se stesso, perché lo faceva in termini del tutto coerenti con quella filosofia: l'obiettivo

¹⁰⁶³ La stessa esigenza è avvertita da Mario Napoli, *La cisl*, cit. p. 33.

¹⁰⁶⁴ L'opposizione della Cisl fu aperta nei confronti di un intervento nella materia dei licenziamenti e successivamente meno convinta con riferimento a quella che sarebbe diventato lo statuto dei lavoratori (la legge n. 300 del 1970). Sulla posizione della Cisl v. Pier Antonio Varesi, *La storia della Cisl e la legislazione del lavoro negli anni Sessanta e Settanta*, in *La Cisl negli anni Sessanta e Settanta, materiali per un ripensamento*, Edizioni lavoro, Roma 2005 e Giovanni Graziani, *Il nostro statuto è il contratto. La Cisl e lo statuto dei lavoratori (1963-1970)*, Edizioni lavoro, Roma 2007 il quale, come ben si comprende sin dal titolo, torna a rivalutare senza esitazioni quella linea, ritenendo che sia stata tradita dalla svolta carnitiana impressa a quella organizzazione. V. anche Pietro Ichino, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in Id. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit. p. 66. ss.

¹⁰⁶⁵ Lo si desume dal fatto che nel 1970, parlando della teoria dell'ordinamento intersindacale, Giugni ci tiene a dire che nell'esposizione di essa era "rimasto in ombra il profilo della politica legislativa, per cui la politica del diritto ivi espressa è potuta anche a taluno apparire come una negazione di quest'ultima" (*Il diritto sindacale ed i suoi interlocutori*, cit. 206) ed in nota afferma che "L'argomento è riecheggiato in occasione del dibattito pro e contro l'emanazione della legge sui licenziamenti individuali, osteggiata dalla Cisl" (*Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* del 1970, poi ripubblicato in *Lavoro legge contratti*, cit., p.206). In verità quel "taluno" potrebbe essere anche Giovanni Tarello, il quale, nel suo *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, edizioni Comunità, Milano 1967 (p.78), ricollegava alla teoria dell'ordinamento intersindacale "una attitudine di dichiarata ostilità nei confronti di qualsiasi nuovo intervento legislativo ... che si associa ... ad una attitudine molto diffusa tra i funzionari di una delle tre grandi centrali sindacali dei lavoratori, e cioè la Cisl".

¹⁰⁶⁶ Lo fece in occasione della introduzione (*Le ragioni dell'intervento legislativo nei rapporti di lavoro*, in *Economia & Lavoro*, 1967) ad una tavola rotonda nella quale si ragionava intorno alla prospettiva di un ulteriore intervento legislativo dopo quello sui licenziamenti (operato l'anno precedente col L. n. 604/1966) che, come sappiamo, costituiva solo uno dei capitoli della domanda politica di uno "statuto dei diritti dei lavoratori". È interessante rilevare che iniziò il suo intervento con una critica alla posizione di ostilità tenuta dalla Cisl nei confronti di quella legge - considerando che "l'azione del sindacato non si svolge in un vuoto istituzionale ed un accorto uso dell'azione legislativa" poteva essere opportuno "vuoi per consolidare le conquiste sindacali, vuoi per rimuovere ostacoli alla realizzazione di esse" - ma subito dopo tornò implicitamente a ribadire la validità di fondo della posizione di quella organizzazione,

non era quello di disciplinare il fenomeno sindacale, di colonizzarlo, bensì di valorizzare il sistema che si era autonomamente sviluppato nella realtà sociale. Per lui, inoltre, una legislazione di sostegno costituiva una proiezione coerente del principio di libertà sindacale sancito nel primo comma dell'articolo 39 Cost.¹⁰⁶⁷

Bisogna riconoscere che più problematica è la valutazione sulla vicenda immediatamente precedente, quella della legge sui licenziamenti individuali, che nella prospettiva storica presenta non minore importanza, in quanto riguardava l'attuazione del primo capitolo della domanda politica che aveva ad oggetto lo Statuto.

La cultura pragmatica di Giugni non gli avrebbe potuto consentire di condividere la posizione nettamente ostile all'intervento legislativo in quella materia espresso dalla Cisl. Giugni scontava l'esistenza di un incontrovertibile dato di realtà¹⁰⁶⁸: l'intervento legislativo aveva dietro le sue spalle il vento della storia (faceva parte del programma del governo di centro-sinistra ed era stato anche sollecitato dalla Corte costituzionale¹⁰⁶⁹). Quindi si trovò costretto a prendere le distanze da quella posizione¹⁰⁷⁰. Lo fece nel 1966, nella relazione svolta in un dibattito pubblico¹⁰⁷¹, nel quale si discuteva dell'intervento legislativo che era all'esame del Parlamento e che sarebbe stato approvato di lì a breve¹⁰⁷². È una relazione che al fondo rivela un'impronta compromissoria.

Non gli fu difficile trovare gli argomenti per sostenere l'opportunità dell'intervento legislativo: esso si giustificava in ragione delle gravi carenze palesate dall'esperienza applicativa dell'accordo

poiché sostenne che non era opportuno che la legge intervenisse a conferire specifici diritti a singoli lavoratori, come era nella cultura dominante, che lui definiva ispirata da una visione paternalistica, bensì era opportuno che essa provvedesse a rafforzare la capacità negoziale del sindacato in azienda, perché solo lo sviluppo di questa capacità era in grado di assicurare una tutela dei lavoratori effettiva. Ed aggiungeva che per conseguire l'obiettivo di un rafforzamento dell'organizzazione sindacale è indispensabile facilitare l'esercizio del suo potere contrattuale, la sua capacità di attrazione tra i lavoratori, uno sviluppo effettivo della sindacalizzazione". Merli Brandini, uomo di spicco della Cisl, nel corso di quella tavola rotonda non manifestò alcuna contrarietà a quella impostazione e sottolineò invece il "salto qualitativo che emerge dalla nota di Giugni in relazione all'intervento dello Stato in materia di lavoro", apprezzando l'intenzione di "creare una serie di stimoli ed incentivi perché il sindacato eserciti un potere reale e costante".

¹⁰⁶⁷ Ed in effetti la garanzia costituzionale della libertà sindacale implica il riconoscimento del fatto che il principio di protezione del lavoro non si concretizza solo attraverso l'intervento legislativo, bensì anche attraverso la regolazione collettiva; quindi la promozione del sindacato è funzionale alla valorizzazione di questa regolazione. Giugni richiamerà uno scritto di Otto Kahn Freund, risalente al 1931, come ispiratore della sua posizione a favore di una legislazione promozionale (*Il diritto sindacale ed i suoi interlocutori*, cit., p. 219, in nota).

¹⁰⁶⁸ Tra i dati di realtà metterei anche il fatto che il partito, fautore della legge, aveva cominciato ad utilizzare la sua *expertise*.

¹⁰⁶⁹ Corte cost. n. 45/1965. In questa decisione si affermava la costituzionalità dell'articolo 2118 del codice civile, ma nello stesso momento si chiedeva un intervento del legislatore anche considerando che gli accordi interconfederali conclusi poco prima dimostravano che "le condizioni economico-sociali del Paese consentono una nuova disciplina, verso la quale l'evoluzione legislativa viene sollecitata anche da raccomandazioni internazionali".

¹⁰⁷⁰ È interessante rilevare che la concordanza con simile scelta manifestata in tempi recenti da Mario Napoli il quale ha ritenuto inevitabile che allora si producesse un rafforzamento della legislazione: "in realtà la Cisl non si accorse, forse per il forte influsso ideologico, che il legislatore inaugurava un nuovo modello di rapporti tra contrattazione collettiva e legge, poiché di fatto la legge recepiva il precedente accordo interconfederale. Il legislatore interveniva, ma mutuando i contenuti dell'autonomia collettiva, che perciò veniva esaltata, non mortificata" (La Cisl, cit., p. 34).

¹⁰⁷¹ Il dibattito si svolse nel ridotto del teatro Eliseo, a Roma (15 aprile 1966), ad iniziativa della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale nonché della rivista Democrazia e diritto. Il titolo della sua relazione era *Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento*. Gli altri relatori erano Ugo Natoli e Federico Mancini. Gli atti vennero pubblicati dalla Rivista giuridica del lavoro nel 1966, fascicolo 2, sotto il titolo *Aspetti giuridici della giusta causa sui licenziamenti*.

¹⁰⁷² Alla Camera dei deputati quella legge verrà poi approvata con l'astensione di 16 deputati democristiani della Cisl.

interconfederale¹⁰⁷³, nonché per la considerazione che la tutela legislativa era insostituibile per reagire contro la lesione di diritti di libertà¹⁰⁷⁴. Tuttavia, nello stesso momento fece ogni sforzo per rimarcare con forza che la legge non si poneva in contraddizione con l'accordo interconfederale, bensì ne costituiva una proiezione¹⁰⁷⁵. Il ricorso alla legge non doveva "significare che la tutela sindacale sia tolta di mezzo e sostituita con l'apparato legislativo- giurisdizionale"¹⁰⁷⁶; affermava, quindi, che era essenziale che si fosse prevista la salvaguardia del sistema arbitrale già

¹⁰⁷³ A questo proposito richiama i dati che stavano scaturendo da una ricerca allora in corso sull'esperienza applicativa dell'accordo interconfederale (la ricerca verrà pubblicata qualche anno dopo: Gruppi di studio sulla formazione extralegislativa del diritto del lavoro delle università di Bari e Bologna, *I licenziamenti nell'industria italiana*, Il Mulino, Bologna, 1968). L'applicazione della disciplina comprovava: una costante "preferenza per la soluzione economica, la modestissima percentuale dei lodi, pari ad almeno il 5-6% sul totale delle procedure aperte; la scarsissima circolazione dei lodi che hanno impedito la formazione di una linea concatenata di precedenti, tutti questi fattori hanno fatto sì che la disciplina collettiva abbia mancato largamente sul terreno applicativo alle funzioni che le erano state attribuite; essa è stata utilizzata più in funzione dell'erogazione economica che della determinazione dei giusti motivi"; "tale fenomeno trova spiegazione nel concorso di una serie di fattori oggettivi e soggettivi, ... Va rammentata la fortissima propensione alle conciliazioni dei datori di lavoro e degli stessi presidenti dei collegi. Alla frequente prassi delle aziende maggiori di offrire spontaneamente il massimo della penale per scongiurare il lodo, o anche la stessa proposizione del ricorso, corrisponde un atteggiamento di inerzia, talvolta inspiegabile, da parte degli organizzatori dei lavoratori, che avrebbero certamente potuto conseguire più notevoli risultati, con un maggior impegno nella utilizzazione di questa strumentazione contrattuale. l'incidenza di tali carenze fa pensare che alla realizzazione della funzione di così delicata importanza – la apposizione di limiti all'eccesso e l'applicazione di essi – non può non impegnarsi la legislazione. Se a tale esigenza si fosse data soddisfazione sul piano della contrattazione, non apparirebbe sussistere giustificazione per una iniziativa legislativa La verifica dei fatti conduce a ritenere che, se la disciplina contrattuale ha creato le basi per il superamento dell'istituto del recesso *ad nutum* essa tuttavia si è rilevata inidonea, sul piano della concreta esperienza giuridica, a suggellare il nuovo stato di diritto da essa stessa preconstituito".

¹⁰⁷⁴ "per i licenziamenti in contrasto con i diritti di libertà, appare logico che essi siano esplicitamente dichiarati nulli: ed invero bisogna ritenere che già lo siano, in quanto viziati da motivo illecito. D'altronde, la tutela dei diritti di libertà deve aver luogo e soprattutto proprio fuori ed oltre l'area della contrattazione. È dove il sindacato è debole o inesistente o appena sta muovendo i primi passi, che occorre far penetrare la tutela legislativa. La difesa della libertà è un problema che per propria natura precede la contrattazione, e non si può pensare di affrontarla o risolverla attraverso quest'ultima".

¹⁰⁷⁵ Dell'accordo interconfederale si accoglieva soprattutto il principio che, nel caso di mancanza di valida giustificazione del licenziamento, il datore di lavoro avrebbe dovuto, a sua scelta, riassumere il lavoratore oppure pagargli una indennità. Per la sua acuta sensibilità alle dinamiche gestionali Giugni si dichiarò a favore della sanzione consistente nell'indennità forfettaria, recepita dalla soluzione contrattuale, antivedendo le difficoltà che altrimenti si sarebbero potute creare in un contesto che avrebbe dovuto scontare una lunga fase di incertezza, nell'attesa di un assestamento, sul piano operativo, di una condivisa lettura dei contenuti effettivi del principio di giustificazione del licenziamento. Le sue parole sembrano acquisire un valore profetico delle vicende che si svilupperanno nel momento in cui, compiendo una forzatura, il legislatore ritenne di conferire applicazione generalizzata ad una sanzione, quella della reintegrazione, che il progetto governativo – in coerenza con la sua ispirazione promozionale – prevedeva di utilizzare limitatamente alle ipotesi in cui si trattava di reagire ad una violazione della libertà sindacale. Giugni diceva: "se la legge, come ne sono certo, si manterrà nell'ambito di un'indicazione generale, e non sarà in grado di offrire all'imprenditore, se non dopo che sarà raggiunta una elaborazione casistica, un quadro certo dei limiti a cui è sottoposto, come potremmo ragionevolmente esporlo a sanzioni rigorose? Ricordiamo che la efficienza delle sanzioni dipende largamente dal rapporto di corrispondenza che esse trovano nella coscienza sociale; quando si eccedono questi limiti, emergono sempre reattivi che provocano le più gravi distorsioni applicative. Dobbiamo enunciare il principio sul quale credo vi possa essere sostanziale concordia: cioè che la legge debba circoscrivere il potere di licenziamento, ma non ingenerare nell'imprenditore una paura del licenziamento, provocata dall'imprevedibilità delle conseguenze a cui egli può essere esposto".

¹⁰⁷⁶ "La legislazione non deve porsi come alternativa alla contrattazione, in guisa da eliderne i risultati e comprimerne la potenzialità di sviluppo; bensì deve inserirsi nel processo aperto da questa, senza contraddirlo, anzi potenziandolo ... non vi è una contraddizione fra legge e contratto. L'uno e l'altro possono opportunamente integrarsi: e così è nei paesi ad alta efficienza sindacale, nei quali l'intervento legislativo non è mai rifiutato *a priori*, ma anzi riguardato dagli stessi sindacati, sia come uno strumento per consolidare quanto è stato acquisito per via contrattuale, sia come un mezzo atto a creare i presupposti per una più efficiente azione contrattuale. A mio avviso, il ricorso allo strumento legislativo non deve significare che la tutela sindacale sia tolta di mezzo e sostituita con l'apparato legislativo – giurisdizionale. L'esperienza di venti anni di libertà sindacale, del resto, ha insegnato quanto poco efficace sia la stessa tutela legislativa, se non trova un efficace sostegno nell'intervento e nella pressione sindacale organizzata".

in atto, “che ha carenze, le quali però non sono insanabili”¹⁰⁷⁷. In sostanza, Giugni – nonostante poco prima ne avesse certificato il fallimento nell’esperienza concreta - tornava a ribadire la sua posizione a favore di questo istituto, che considerava comunque più appropriato rispetto alla magistratura ordinaria e ne auspicava una valorizzazione¹⁰⁷⁸, addirittura prevedendo che il cattivo funzionamento della macchina giudiziaria, già allora evidente, l’avrebbe favorito.

Sappiamo che le cose sono andate diversamente¹⁰⁷⁹. Bisogna riconoscere che l’impianto ibrido conferito alla legge – ibrido perché in essa si facevano coesistere due canali alternativi di risoluzione della controversia (il sistema arbitrale e quello della giurisdizione ordinaria) – si è rivelato esiziale per quella prospettiva. Mettendoli in concorrenza, la legge ha finito per favorire la cannibalizzazione del primo ad opera del secondo, come temuto dalla Cisl.

Evidentemente quell’impianto lo si riteneva necessitato perché era prevalente l’opinione che il primo canale non si prestasse ad essere trasposto in legge e, quindi, generalizzato. Giugni condivideva quell’opinione, che aveva una forte plausibilità, e riteneva che sarebbe stata confermata di lì a breve dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del decreto legislativo che aveva recepito l’accordo interconfederale sui licenziamenti individuali¹⁰⁸⁰.

È da chiedersi se le cose sarebbero andate diversamente nel caso in cui la decisione della Corte fosse intervenuta prima. Infatti, questa affermò – per quel che qui ci interessa - che i collegi di conciliazione ed arbitrato sostanziano una tutela contro il licenziamento e non integravano una forma di giurisdizione speciale e, quindi, non erano in contrasto con il divieto posto dall’art. 102 della Costituzione (Corte cost. n. 50/1966) e, in una decisione successiva (Corte cost. n. 98/1967), affermò che non era lesivo della libertà sindacale il fatto che si dovesse fare ricorso ad un collegio

¹⁰⁷⁷ Peralto Giugni lamentava che nel corso dei lavori parlamentari si fosse fatto un passo indietro rispetto al disegno di legge rinunciando ad abrogare l’articolo 808, co. 2 del codice di procedura civile “che da venti anni appare un mero relitto legislativo” (quell’articolo escludeva la possibilità di arbitrati rituali in materia di lavoro così sancendo il monopolio della magistratura nella materia delle controversie di lavoro; la sua soppressione era vista con favore dalla Cisl). “Non si comprende perché non si è voluto cogliere questa occasione per eliminare una norma di chiara impronta fascista Sappiamo che da alcune parti vi sono resistenze ad una più larga utilizzazione della clausola compromissoria nei contratti collettivi. Ma nessuno sarà mai costretto a sottoscriverla se non la riterrà opportuno: è bene però che tale posizione non si esprima dietro lo schermo di un divieto legislativo, bensì si giustifichi sulla base di precise ragioni di opportunità”.

¹⁰⁷⁸ “Ed invero l’arbitrato presenta innegabili vantaggi connessi alla rapidità della procedura, che è condizione essenziale per rendere effettiva la riassunzione. Tale strumento può inoltre giovare alla individuazione dei giustificati motivi, che richiede un giudizio accurato e creativo. Può contribuirvi anche la maggiore sensibilità del giudicante ai problemi produttivi e sociali, che può aversi con la scelta di arbitri competenti, capaci di un giudizio creativo, che non è compito appropriato per l’impersonale amministrazione giudiziaria”.

¹⁰⁷⁹ Ad Ichino, che – nell’intervista prima citata - gli chiedeva le ragioni del mancato sviluppo di un sistema di giurisdizione intersindacale, rispondeva “La ragione di fondo è che il nostro è un sindacalismo non soltanto di impronta marcatamente conflittuale (e fin qui non ci trovo nulla di negativo, perché tutti i sindacalismi devono essere conflittuali), ma che non ha mai dimostrato una adeguata capacità di gestione delle «conquiste». Non a caso è un sindacalismo che trae impulso prevalentemente da spinte ideologiche: il classismo marxista e il solidarismo cattolico. Anima del sindacato italiano è la protesta contro il sistema capitalistico; è un sindacalismo che si esalta nei momenti di lotta. E anche la rivendicazione e la susseguente (eventuale) conquista normalmente assumono importanza non tanto per il loro contenuto intrinseco, quanto per la loro capacità di creare movimento, dunque per la loro suscettibilità di costituire strumento di lotta” (p. 455). Questi concetti li esprime anche in *Socialismo: l’eredità difficile*, Il Mulino, Bologna 1996 p. 60

¹⁰⁸⁰ “... attenersi ai dati della contrattazione non significa doverne seguire pedissequamente il testo: oltre tutto, ciò è impedito anche da precise esigenze di tecnica legislativa, per le quali non è dato trasferire nella legge alcuni aspetti della disciplina contrattuale. Tanto può dirsi, per quanto riguarda alcune procedure predisposte dai contratti: è probabile che questa affermazione trovi una conferma nella imminente decisione della Corte Costituzionale a proposito del D.P.R. 14 luglio 1960, il quale operò la materiale recezione dell’accordo 18 ottobre 1950”.

i cui componenti erano nominati da organizzazioni alle quali il lavoratore e il datore di lavoro potessero essere estranei.

Con il senno di poi si deve riconoscere che, se non si fossero nutriti quei dubbi sulla trasponibilità nella legge del sistema di tutela sindacale, forse si sarebbe potuto ricercare una soluzione diversa. Vi è chi ha negato che la posizione della Cisl fosse di chiusura totale nei confronti di una legge e che essa avesse proposto l'adozione di "adeguati sistemi di estensione degli accordi sindacali sui licenziamenti individuali ai settori non tutelati"¹⁰⁸¹. La questione andrebbe approfondita, ma non credo che una proposta di questo tipo – che avrebbe avuto notevole interesse – sia stata effettivamente elaborata, formalizzata e sostenuta dalla Cisl¹⁰⁸². Se essa lo avesse fatto, si sarebbe attestata su una posizione più difendibile; tale certamente non era, invece, quella meramente negativa che aveva assunto.

7. Continua. ... e rispetto alle posizioni dei giuristi vicini alla Cgil.

Vediamo ora il secondo versante.

È interessante rilevare che mentre Giugni rivolgeva la propria attenzione al sistema dei rapporti collettivi, ritenendo decisiva, per lo sviluppo economico e sociale del Paese e la più efficace tutela del lavoro, la crescita di un sindacato animato da una cultura più moderna e capace di condizionare il contropotere economico nell'ambito del sistema di relazioni industriali (sia a livello nazionale, sia nella realtà aziendale), la dottrina lavoristica facente capo, in particolare, alla Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, emanazione della Cgil, era concentrata sulle problematiche giudiziarie scaturenti dalle diffuse pratiche di gestione del personale lesive delle libertà fondamentali dei lavoratori, dinnanzi alle quali Di Vittorio, all'inizio degli anni '50, aveva sollecitato che si reagisse con la redazione di uno statuto dei diritti dei lavoratori¹⁰⁸³. Quella dottrina era quindi impegnata in rilevanti operazioni di politica del diritto che miravano ad avere una immediata utilizzazione da parte del ceto forense. Essa sosteneva che già dalle norme della Costituzione erano ricavabili precetti idonei ad innovare il tessuto normativo preesistente ed a creare diritti in capo ai singoli lavoratori¹⁰⁸⁴.

Questa diversità di prospettive (mettere al centro i diritti dei singoli lavoratori ovvero l'azione del sindacato)¹⁰⁸⁵ non costituiva il semplice frutto di una diversità di materie assunte come oggetto di ricerca, bensì rifletteva una profonda diversità di vedute relativamente al modo di concepire il

¹⁰⁸¹ Pier Antonio Varesi, *La storia ...*, cit. p. 45 riporta il virgolettato traendolo da un articolo anonimo pubblicato in *Conquiste del lavoro* 1966, n. 30 *Giusta causa: il sì del Senato*.

¹⁰⁸² Ne dovrebbe dare conferma anche il fatto che non fa cenno ad essa un autorevole rappresentante della Cisl (Pietro Merli Brandini) intervenuto nel dibattito prima richiamato.

¹⁰⁸³ Di Vittorio chiedeva che si garantisse ai lavoratori il godimento dei principi di libertà e di dignità, affermati nella costituzione, ma bellamente mortificati dalle pratiche di gestione del potere datoriale. V. le sue appassionata denuncia, a questo proposito, pubblicata nel volume *I sindacati in Italia*, Laterza, Bari 1955: "i padroni agiscono nelle aziende come se la Costituzione non esistesse" (p. 80).

¹⁰⁸⁴ V., in particolare, Ugo Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè 1955; Carlo Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, Feltrinelli 1958.

¹⁰⁸⁵ Giugni stesso, in un saggio nel quale tracciava una sorta di bilancio delle linee di politica del diritto che si erano confrontate (*Il diritto sindacale ed i suoi interlocutori*, cit.), addebitava, a quella che lui definiva la linea costituzionalistica, di aver scelto a proprio campo di azione specialmente quello del diritto giudiziario e di aver lasciato "nell'ombra il ruolo proprio con cui operano le collettività nel sistema giuridico".

rapporto tra lavoratori e sindacato e tra contratto collettivo e legge; diversità che aveva una serie di ricadute sul piano dell'argomentazione giuridica¹⁰⁸⁶.

Questa diversità di vedute divenne più percepibile quando si cominciò ad affrontare il problema di un intervento legislativo in materia di licenziamento.

Per i giuristi della Rivista giuridica la legge avrebbe dovuto costituire null'altro che una attuazione di quanto già sancito dalla Carta costituzionale (dalla quale per essi era già desumibile il superamento della regola del licenziamento libero prevista dal codice civile) e parimenti erano portati a considerare l'accordo interconfederale raggiunto in materia come un fatto coerente con essa. Ben diversa la posizione di Giugni¹⁰⁸⁷ che, invece, era portato sia a vedere nell'accordo interconfederale un fatto innovativo, un importante passo in avanti compiuto per merito dell'autonomia collettiva, sia a concepire la legge – come si è visto prima - non come mirata a sottrarre la materia

¹⁰⁸⁶ Questa diversità aveva una serie di ricadute su molteplici profili. Si possono fare alcuni esempi.

Per i giuristi della rivista giuridica, doveva ritenersi nulla la clausola di tregua - cioè l'assunzione nel contratto collettivo dell'impegno a non fare ricorso allo sciopero per modificare l'accordo raggiunto – perché lo sciopero è un diritto che la costituzione attribuisce ai singoli lavoratori e il sindacato non può disporne. Invece, nella prospettiva di Giugni - volta a valorizzare in massimo grado il potere, e quindi il ruolo, del sindacato - appariva ben lecita l'accettazione di quell'impegno. Pur ritenendo che il diritto di sciopero fosse un diritto dei singoli lavoratori, Giugni riteneva naturale che il sindacato potesse disporne nella logica dei rapporti con la controparte datoriale (la possibilità di convenire la tregua costituiva per lui una risorsa che ben poteva essere utilizzata nella logica dello scambio negoziale).

Con riferimento alla clausola dell'accordo interconfederale del 1950 sui licenziamenti individuali, nella quale si prevedeva che il lavoratore aveva la "facoltà di non accettare la penale, nel qual caso le parti riprendono la loro libertà" Giugni criticava gli autori (Natoli, Smuraglia) i quali interpretavano quella clausola come affermando la possibilità per il lavoratore di adire l'autorità giudiziaria al fine di ottenere una sentenza dichiarativa della continuazione del rapporto. "Tali interpretazioni, ove fossero accolte, minerebbero alla base l'equilibrio di interessi precostituiti dall'accordo... La realtà è che l'accordo rappresenta un compromesso tra opposte esigenze, e nella logica del compromesso dev'essere valutato il peculiare equilibrio contrattuale da esse regolato. Sotto questo profilo dev'essere senz'altro ritenere che la prevista «libertà di azione» è, in modo chiaro e lampante, la *libertà di azione sindacale*: questo ci dice l'analisi del linguaggio dei negozianti sindacali, questa è la logica dell'accordo che ha inteso precostituire, per esigenze di compromesso tra le parti, un sistema di tutela incompleta, il cui sbocco finale possa anche consistere nel ricorso alle tradizionali forme di autotutela" (*Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit. p. 129, in nota; già prima in *Verso il tramonto del recesso ad nutum. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Milano, Giuffrè, 1954).

Sempre nella prospettiva del rafforzamento del potere dell'organizzazione sindacale Giugni – pur ritenendo estranea alla nostra esperienza la pratica dei benefici riservati (cioè la conclusione di accordi collettivi nei quali si prevede che i vantaggi con essi acquisiti vengano attribuiti ai soli iscritti al sindacato) - escluderà che la norma dello statuto dei lavoratori sui trattamenti economici collettivi discriminatori (art. 16) prevedesse il divieto di quella pratica perché per lui la legge considerava (e considera) discriminatori solo i trattamenti unilateralmente concessi dal datore di lavoro e non quelli frutto di un accordo collettivo (*Libertà sindacale (voce)*, Digesto IV ed., vol. IX Commerciale, Utet, Torino 1993, p. 10 (estr.)).

La prospettiva della valorizzazione del sindacato aveva un'altra importante implicazione: l'idea che le controversie di lavoro dovessero essere mediate, quanto più possibile, dalle stesse parti collettive e non dalla magistratura. Illuminante, in questa prospettiva, la critica all'idea che la costituzione avesse già segnato un avanzamento dei diritti dei lavoratori e che quindi spettasse ai giuristi tirarne le conseguenze applicative (l'idea che il licenziamento *ad nutum* fosse in contrasto con il principio costituzionale secondo il quale l'iniziativa economica privata non deve svolgersi in contrasto con l'utilità sociale). L'idea di Giugni era che la gestione della frontiera mobile tra prerogative manageriali e esigenze di protezione dei lavoratori dovesse essere compito rimesso alla responsabile azione dell'autonomia collettiva e che non potesse essere frutto di astratte operazioni di ermeneutica giuridica.

¹⁰⁸⁷ In critica ad Ugo Natoli dice: "Penso che sia erroneo ritenere che la costituzione abbia predeterminato in modo rigido gli sviluppi dell'ordinamento giuridico. Non è detto che, se una norma è politicamente sorpassata nella coscienza del tempo, essa sia per questo affetta da illegittimità costituzionale. Nel quadro stesso della Costituzione si deve ravvisare un largo margine di libertà, per il legislatore, al quale compete la responsabilità di individuare i modi e le scadenze delle innovazioni nell'ordinamento giuridico. Altrimenti si dovrebbe presumere che la Costituzione abbia fissato, una volta per tutte, le tendenze di sviluppo per l'ordinamento, che resterebbero circoscritte solo nell'ambito di previsione di questa; il che equivarrebbe a negare la storia." (*Iniziativa legislativa ed esperienza sindacale in tema di licenziamento*, cit.).

all'autonomia collettiva, bensì come funzionale ad una valorizzazione della stessa e dei suoi risultati.

Il divario assunse una dimensione ancora più vistosa quando, subito dopo l'approvazione della legge sui licenziamenti, si cominciò a ragionare sui passi successivi da compiere.

Un interesse particolare riveste uno scritto¹⁰⁸⁸ che Giugni preparò per introdurre una tavola rotonda organizzata dalla rivista *Economia&Lavoro*, fondata da Giacomo Brodolini¹⁰⁸⁹, per discutere quali contenuti fossero auspicabili per un intervento legislativo.

Giugni avvertì l'esigenza di iniziare il suo intervento interrogandosi sul "paradosso" (così lo chiamava) che si era verificato nella vicenda parlamentare che aveva portato all'approvazione della legge sui licenziamenti individuali (legge 15 luglio 1966, n. 604): i parlamentari della Cisl si erano tenacemente opposti. Perché si era verificata una "così insidiosa incrinatura dello schieramento sindacale"? Egli non mancò di criticare la loro scelta¹⁰⁹⁰, ma significativamente si chiedeva se una responsabilità di quella incrinatura non dovesse essere "anche attribuita ad una classe politica e di governo "che non aveva "definito un chiaro indirizzo di politica legislativa nei confronti del sindacato e della contrattazione". Per lui non era infondata "l'impressione che, da parte dei dirigenti del Paese, lenta e faticosa sia la percezione del fatto che, oggi, sindacato e contrattazione sono i cardini centrali del sistema di tutela del lavoro; e che di conseguenza, l'intervento legislativo, ove non voglia di proposito avvilire questo essenziale momento autonomo della vita civile, può e deve porsi (rovesciando i termini di una tradizione di intervento a sfondo paternalistico) come fattore di potenziamento dell'autonomia collettiva stessa. Ma che questo non sia l'orientamento prevalente è dato scorgere in molti progetti in circolazione", nei quali "la tendenza prevalente è ancora quella di intendere la funzione della legge come protettiva del *singolo* lavoratore, scavalcando la mediazione del sindacato, o attribuendo a quest'ultimo un ruolo affatto secondario. E posto che il momento sindacale è momento di autonomia e di libero sviluppo civile, è dato senz'altro affermare che queste tendenze sono affette da un patente vizio di paternalismo (cui d'altronde gli stessi sindacati e, soprattutto in passato, la Cgil in ispecie, hanno dato spesso un inconsapevole sostegno)".

Con riferimento allo statuto dei lavoratori affermava che "non può essere improntato ad una visione atomistica. I lavoratori sono partecipi della vita civile attraverso le loro organizzazioni"¹⁰⁹¹,

¹⁰⁸⁸ *Per una moderna legislazione sui rapporti di lavoro*, *Economia & Lavoro*, 1967, anno I, n. 2, pp. 17 ss. Di questo articolo Bartocci dice che "anticipava, in larga misura, l'impostazione che Brodolini avrebbe dato allo Statuto dei lavoratori".

¹⁰⁸⁹ L'anno successivo Brodolini diventerà ministro del lavoro (dicembre 1968) e chiamerà Giugni a ricoprire la carica di capo dell'ufficio legislativo. La sensibilità di Giugni ben combaciava con la visione politica di Brodolini che riteneva fosse necessario un sindacato forte ed unitario, emancipato da un diretto controllo dei partiti, che potesse fornire una importante spinta per affrontare i nodi dello sviluppo economico e sociale del Paese che le forze progressiste all'interno dello schieramento governativo (siamo negli anni del primo centro sinistra) non riuscivano ad esprimere (Bartocci, nel ricordo di Brodolini).

¹⁰⁹⁰ Gli sembrava eccessivo che la tesi del rifiuto di un intervento del legislatore nella materia della contrattazione collettiva portasse a contrastare una legge che "corrispondeva alla coscienza del tempo": "La tesi del non intervento, portata a tali estremi limiti, invero, si presta a facili critiche. L'azione del sindacato non si svolge nel vuoto istituzionale ed un accorto uso dell'azione legislativa è reso opportuno vuoi per consolidare le conquiste sindacali, vuoi per rimuovere ostacoli alla realizzazione di esse ... La legge in questione si muoveva nell'ambito di un giusto rapporto con la contrattazione, e pertanto non meritava lo spiegamento di forze che, in difesa di un giusto valore – l'autonomia del sindacato – hanno finito per battersi contro un nemico inesistente" (19).

¹⁰⁹¹ Mi sembra che questa sia rimasta una costante nel pensiero di Giugni. Mancini, invece, sotto la suggestione delle spinte spontanee dell'autunno caldo sarà indotto a fare una sorta di autocritica rispetto a prese di posizione come queste (Federico Mancini,

e sono queste il termine di riferimento necessario per una moderna legislazione sui rapporti di lavoro“.

In breve, per Giugni era opportuno – dopo un quindicennio durante il quale “l’evoluzione dell’ordinamento legislativo dei rapporti sindacali è stata paralizzata dalla polemica tra i sostenitori e gli oppositori dell’attuazione dell’art. 39”¹⁰⁹² – un intervento legislativo mirato a potenziare in vario modo la rappresentatività del sindacato e la sua funzione contrattuale e lanciava un monito: se le “lacune dell’ordinamento non vengono colmate da istituti nuovi, corrispondenti alle esigenze attuali dell’autonomia sindacale ..., esse saranno colmate, ma con contenuti del tutto imprevedibili, da una giurisprudenza ispirata da esigenze empiriche, o da orientamenti soggettivi del giudice”.

L’anno successivo pubblicò, sulla stessa rivista, un editoriale¹⁰⁹³ con il quale ritornava sull’argomento esprimendo una decisa critica nei confronti dell’iniziativa legislativa assunta dalle opposizioni, in particolare dal PCI. La riteneva espressione di una linea di retroguardia, tarata sulle lotte difensive degli anni ’50¹⁰⁹⁴, ed affermava che “Lo statuto dei diritti dei lavoratori resta una formula povera di contenuto, se non è basata sul presupposto che tali diritti debbono esercitarsi essenzialmente in forma collettiva, vanno radicati non in astratte enunciazioni precettive, ma in concreti rapporti di forza, che possano assumere una posizione di equilibrio con la valorizzazione .. delle istituzioni collettive”¹⁰⁹⁵.

Queste sue posizioni trovarono fedele trasposizione nel disegno di legge governativo, il quale – a differenza, in particolare, dei progetti presentati dal PCI e dal PSIUP, essenzialmente incentrati sulla dimensione individualistica del rapporto di lavoro– faceva perno sul sostegno alla presenza del sindacato in azienda. Il sostegno veniva dato sia in termini difensivi, cioè attraverso la reazione

Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969, in *Politica del diritto 1970*; ripubblicato in Id., *Costituzione e movimento operaio*, cit. p. 194).

¹⁰⁹² “Chi scrive rivendica a suo merito l’esser stato tra questi ultimi, e di aver contribuito a dimostrare quanto poco rispondente sia la norma costituzionale alle esigenze di un sindacalismo moderno, operante ormai in una società industriale avanzata”.

¹⁰⁹³ *La legislazione promozionale dell’attività sindacale*, *Economia&Lavoro* 1968, p. 275 ss.

¹⁰⁹⁴ “L’iniziativa appare articolata su temi, problemi, concetti che circolavano negli anni ’50, se non prima. Come argomento centrale vi appare la difesa delle libertà sindacali, civili e politiche nell’azienda; ma questa .. è già una linea di retroguardia. Le interferenze con l’area normale della contrattazione vi appaiono consistenti. Il sindacato è appena intravisto in qualche disposizione, ed il suo ruolo appare del tutto secondario e non essenziale. Uno degli obiettivi preminenti ... è quello di consentire la penetrazione dei partiti nell’ambiente di lavoro”. Dopo aver messo in chiaro che le sue obiezioni “non investono quanto vi è di accettabile in quelle proposte” afferma che “il problema di oggi è ben diverso da quello che propongono quanti hanno fermato l’orologio della storia sulle lotte difensive degli anni ’50 o sui rapporti di egemonia politica formatisi dopo il 1945. La classe operaia non è sulla difensiva, come nel decennio passato. Ha materiale e potenziale per un grosso balzo in avanti”.

¹⁰⁹⁵ Ed aggiungeva che fosse nel contempo necessario offrire ai sindacati la possibilità di diventare sempre più rappresentativi. Questo secondo, in verità, è il filo conduttore del suo editoriale nel quale viene mosso dal timore che il sindacato, in ragione del basso grado di adesioni, possa perdere terreno di fronte al diffondersi di tensioni spontaneistiche (“la capacità di guida” del sindacato “nell’azione diretta è invero elevata, ma, nel vuoto della bassa sindacalizzazione, si possono facilmente inserire ed operare forze che tendono al superamento del sindacato stesso, in un disegno di natura anarcoide o spontaneista”). Essendo per lui i sindacati “caposaldo della difesa degli interessi dei lavoratori, essi vanno trasformati, non eliminati” (come era avvenuto per le rappresentanze elettive universitarie, spazzate via da un regime spontaneistico di assemblea): “il sindacato è uno strumento di stabilità e di rinnovamento democratico ad un tempo. Qualora perdesse terreno .. il risultato sarebbe prevedibile. Ogni imprenditore, quando la lotta operaia non sia più traducibile in rapporti contrattuali, degeneri nelle violenze o nell’agitazione fine a se stessa, può diventare un De Gaulle nell’ambito della sua impresa e un sostenitore di qualche De Gaulle nell’ambito della politica nazionale. Il problema del consolidamento del sindacato, perciò, non riguarda soltanto gli operatori sindacali, ma anche quelli politici, e le istituzioni statuali”.

a pratiche del datore di lavoro lesive della libertà sindacale, sia in termini promozionali, cioè attraverso l'attribuzione alle organizzazioni sindacali effettivamente rappresentative del diritto di avere una propria rappresentanza in azienda, nonché di una serie di diritti mirati ad agevolare l'esercizio dell'attività sindacale nell'impresa. Il fuoco del progetto governativo era, nella sostanza, l'esplicita promozione della capacità del sindacato di porsi come contropotere nell'ambito aziendale. Solo per questa via si sarebbe potuto assicurare una tutela effettiva ai lavoratori.

Orbene, questo disegno di legge venne fatto oggetto di forti critiche da parte del giurista di punta della Rivista giuridica, Ugo Natoli, soprattutto nella parte di sostegno alle organizzazioni sindacali. Affermò che si mostrava "totalmente inadeguato al fine di una effettiva tutela delle libertà nelle fabbriche, ponendosi piuttosto, in funzione sostanzialmente limitativa di esse" e che inoltre sembrava "spostare l'obiettivo verso un'assai opinabile istituzionalizzazione delle organizzazioni sindacali (sia pure per il momento al livello aziendale) e, conseguentemente, verso una regolamentazione, sotto vari aspetti, d'autorità della loro attività". Denunciò che su 25 articoli del disegno di legge soltanto 7 si occupavano del lavoratore e gli altri, invece, del sindacato¹⁰⁹⁶.

Per Natoli era già tutto scritto nella Carta costituzionale ed in quella lui leggeva le libertà e i diritti fondamentali dei singoli lavoratori; quelli per lui andavano tutelati dalla legge, "non quelli dei sindacati"¹⁰⁹⁷. Per lui, sotto l'apparenza di un rafforzamento dei sindacati, si tendeva "da una parte, ad imbrigliare l'organizzazione e l'attività sindacale e, dall'altro, a ridurre in termini pressoché trascurabili il vero problema che dovrebbe essere risolto attraverso uno "statuto dei diritti dei lavoratori", la tutela della posizione dei singoli lavoratori di fronte al potere datoriale". In altri termini, la legge avrebbe dovuto solo esplicitare quello che dalla Carta avrebbe dovuto essere tratto già in via interpretativa e, cioè, che i poteri datoriali devono essere esercitati in coerenza con la funzione sociale che essi devono concretizzare. "Lungi .. dall'allargare lo spazio del sindacato, il previsto ingresso del sindacato stesso nella fabbrica" avrebbe finito "col ridurre – e non di poco – la libertà di manovra, assegnando inoltre al sindacato, così istituzionalizzato e rafforzato una funzione sotto vari aspetti limitativa o, addirittura, esclusiva dei diritti dei lavoratori *uti singuli*"¹⁰⁹⁸.

È giungeva significativamente a criticare – considerandola come una limitazione delle libertà costituzionali riconosciute ai singoli - l'attribuzione del diritto di riunione alle rappresentanze sindacali, "confermando così l'esclusione di eventuali riunioni extrasindacali e, possibilmente, aventi

¹⁰⁹⁶ *Ivi*, p. 320. Analoga visione in Arata, *Alcune osservazioni sul documento governativo in ordine allo statuto dei diritti dei lavoratori*, *ivi*, 49 "Il problema .. dei diritti dei lavoratori attiene più semplicemente alla rimozione per legge degli ostacoli che tuttora mutilano delle libertà fondamentali il cittadino, in quanto lavoratore, allorché è nella produzione".

¹⁰⁹⁷ "La libertà sindacale... viene certamente in considerazione, ma in quanto espressione di una posizione fondamentale – positiva o negativa, in fase statica o in fase dinamica – propria di ogni lavoratore". *Ibidem*.

¹⁰⁹⁸ *Ivi*, 321. Ad esempio, con riferimento ai controlli a distanza ed alle visite personali critica che possano essere oggetto di negoziazione collettiva, essendo in gioco diritti dei singoli (*ivi*, p. 322). Si vedano le dure critiche che Federico Mancini, in un saggio pubblicato nel 1970 (ora in *Costituzione e movimento operaio*, cit., pp. 190 ss.) rivolge ai giuristi della rivista giuridica del lavoro, Ugo Natoli *in primis*, di cui, pur riconoscendo il valore, denuncia come, pur essendo "studiosi di formazione marxista, impegnassero tutte le loro energie in una battaglia per obiettivi dichiaratamente sovrastrutturali, sia pure di grande momento", trascurando invece il dato strutturale della debolezza del lavoratore in costanza di rapporto. "Se gli uomini gli "uomini della rivista giuridica del lavoro" avessero approfondito questo dato strutturale, anziché fare un prius di situazioni epifenomeniche, avrebbero forse evitato la risposta velleitaria, starei per dire "ideologica", cioè mistificante, che dettero al nostro problema".

ad oggetto argomenti non rigidamente attinenti alla concreta disciplina della situazione aziendale. L'intendimento di escludere ogni possibilità di dibattito comunque politico è evidente"¹⁰⁹⁹.

Nella discussione parlamentare questo venne assunto come l'elemento sul quale si appuntò la "critica di fondo" del partito comunista alla legge¹¹⁰⁰. A ben vedere, la critica avrebbe potuto essere condivisa se fosse stata – come per molti versi appariva – una difesa della libertà del soggetto sindacale¹¹⁰¹, alla attività del quale non possono essere poste limitazioni di competenza; ma in verità al fondo di essa c'era anche – e forse soprattutto – la rivendicazione di una possibilità di autonoma presenza del partito politico in fabbrica.

Questa questione incrociava anche il problema dell'unità sindacale. Laddove i socialisti – vedendo l'unità sindacale come un elemento indispensabile alla partecipazione diretta delle forze sociali al processo di democratizzazione del governo del paese – ritenevano che questa unità potesse essere favorita dall'affermarsi di un certo grado di autonomia delle organizzazioni sindacali rispetto ai loro partiti storici di riferimento¹¹⁰² e trovavano naturale, quindi, sostenere che nell'azienda l'iniziativa delle riunioni – per dibattere questioni sindacali – dovesse essere assunta dalle organizzazioni sindacali, i comunisti non vedevano con favore questa prospettiva¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁹ *Ivi*, 321. Giugni (*Lo statuto dei lavoratori: continuità di una politica*, in E&L 1969, n. 4, pp. 377 ss.) fu fortemente critico nei confronti di questa prospettiva, rilevando che "i diritti costituzionali .. non sono tutti esercitabili in qualsiasi circostanza di tempo e di luogo" e che le attività politiche in senso stretto (riunioni di partito o di associazioni civili) sono estranee all'attività aziendale e sarebbe stato incongruo "imporre all'imprenditore di collaborare a tali attività, ponendo a disposizione locali o muri per affissioni o concedendo tempi liberi di permessi e così via. Quantomeno, questa non è la direttiva della Costituzione".

¹¹⁰⁰ Si veda l'intervento dell'on. Sacchi alla Camera il 13 maggio 1970, in *Lo statuto dei lavoratori. Progetti di legge e discussioni parlamentari*, Senato della Repubblica, Servizio Studi, Roma 1974, p. 905.

¹¹⁰¹ In sede di discussione alla Camera dei deputati il parlamentare Sacchi, in critica alla formula contenuta nella legge che si stava approvando, nella quale si prevedeva che il diritto di assemblea era attribuito relativamente a materie di interesse sindacale e del lavoro, affermò "... noi non abbiamo il diritto di stabilire per legge ciò che i lavoratori devono discutere, e neppure quello di proibire per legge ai lavoratori che lo vogliono (e sottolineo questo punto: che lo vogliono) di convocare riunioni degli iscritti ai loro partiti, e di invitare a queste riunioni coloro che vogliono parteciparvi" (*Lo statuto dei lavoratori. Progetti di legge e discussioni parlamentari*, Senato della Repubblica, Studi e documentazione, Roma 1974 cit., p. 908).

¹¹⁰² Qui può essere utile riportare un bel passo dell'intervento fatto da Brodolini al congresso della Feneal-Uil del 1969: "La causa dell'unità sindacale dei lavoratori italiani mi è sommamente cara. Mi è cara non soltanto per ragioni sentimentali ma anche per ragioni politiche. Io penso che viviamo una fase di transizione, di trapasso della nostra democrazia, caratterizzata dalla ricerca di soluzioni più avanzate capaci di meglio corrispondere alle inquietudini, alle sollecitazioni, alle richieste che salgono dalla società. Viviamo, senza dubbio, in una democrazia formale che è qualcosa di meglio della non democrazia, di cui, come è stato ricordato, soffrono i lavoratori di altri paesi. Ma anche la nostra democrazia ha bisogno di essere corretta, di essere migliorata, di essere adeguata, di essere arricchita, di diventare una democrazia che sia vivente coscienza del popolo, amata da tutti i lavoratori. Questa democrazia ha bisogno oltre che di forma, di sostanza; non ha bisogno di esplicitarsi solo attraverso la elezione quinquennale del parlamento ma anche attraverso l'autorità, la rappresentatività, il prestigio, la compartecipazione al potere delle grandi forze sociali, delle grandi organizzazioni popolari, delle grandi formazioni sindacali". Giugni sottolinea come sia il partito socialista a prendere subito posizione dell'unità sindacale vedendo in un sindacato forte – essendo appunto l'unità condizione di quella forza – una garanzia per la strategia delle riforme (in Giugni, *Il sindacato tra contratti e riforme*, p.151).

Come è noto, in connessione con le spinte all'unità si produsse un acceso dibattito sulla incompatibilità tra cariche politiche e cariche sindacali; su di esso v. Craveri, *La repubblica dal 1958 al 1992*, cit., p. 381. ss.

¹¹⁰³ Si veda la forte polemica svolta da Giugni nei confronti della posizione dei comunisti: "... se all'obiettivo dell'assemblea politica in fabbrica, oggi, si attribuisce un significato così attuale da impedire un proficuo dialogo tra maggioranza e opposizione su una legge qualificante e proposta per il mondo del lavoro; se cioè si ritiene primario l'obiettivo di dar spazio e respiro alle organizzazioni politiche in fabbrica; se le premesse sono queste, non si vuol tenere conto del fatto che tutto ciò avrebbe un potenziale negativo sugli sviluppi dell'unità sindacale; non si tiene a mente che, nella presente crisi dei partiti, e nelle zone più arretrate del Paese, la presenza di questi nelle fabbriche (non la libertà di opinione che va anzi energicamente salvaguardata), inidonea a risolverne i travagli interni, si risolverà nella formazione di centri di piccolo cabotaggio politico, in taluni casi di sfondo clientelare, in concorrenza pericolosa con il sindacato. E se così non fosse, se la rivendicazione sostenuta con tale zelo risultasse essere solo il riflesso di una posizione di principio, basata su

Non possono non sconcertare – sapendo quello che lo statuto ha significato per la storia del nostro paese – le parole che l'on. Sacchi, deputato del partito comunista, pronunciò verso la fine del suo intervento alla Camera: “se la maggioranza di questo Parlamento vorrà assumersi la responsabilità di approvare una legge che autorizza i padroni a continuare a calpestare la Costituzione nei luoghi di lavoro, ebbene, di questo atto giudicheranno i lavoratori. E non sarà certo un giudizio positivo per la maggioranza, ma una severa condanna Dichiariamo comunque sin d’ora ai lavoratori e al paese che su tutte le questioni attinenti al rispetto della libertà, della dignità e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro – che l’attuale legge lascia aperte – noi presenteremo una precisa proposta di legge, per la quale ci impegniamo a sostenere, qui in Parlamento e nel paese, la lotta. E questa lotta noi la porteremo avanti fino a quando la Costituzione non avrà varcato veramente i cancelli delle fabbriche”¹¹⁰⁴.

La visione dei socialisti – che mirava a riconoscere al sindacato un ruolo autonomo nel governo del sistema economico - doveva risultava indigesta a quella sinistra che nel sindacato altro non vedeva se non una variante dell’azione politica collocata saldamente nelle mani del partito¹¹⁰⁵. Si confermava la persistenza di quella cultura arretrata che Giugni aveva definito paternalista, portata ad enfatizzare il ruolo garantistico della legge ed a sottovalutare il valore strategico del ruolo partecipativo delle organizzazioni sindacali.¹¹⁰⁶

una discutibile interpretazione del testo costituzionale, V’è da chiedersi come il marxismo-leninismo, nella sua mediazione togliattiana, sia giunto a ridursi ad una strategia politica alimentata da un mero neo costituzionalismo, per giunta – vedi l’insistenza sui “diritti individuali dei lavoratori” – di impronta individualistica” (*Lo statuto dei lavoratori: continuità di una politica*, cit., 387-388). Cfr. nei lavori parlamentari la “risposta” nell’intervento dell’on. Sacchi: “A chi ... si preoccupa – come d’altra parte ci preoccupiamo noi – della unità sindacale; a chi, come è stato detto in Commissione, esprime la preoccupazione che la presenza dei partiti nei luoghi di lavoro porta un elemento di divisione tra i lavoratori a danno del processo unitario in atto tra i sindacati, noi vorremmo prima di tutto far rilevare che i fatti dimostrano che questa preoccupazione non ha ragione di essere e che comunque non può giustificare in alcun modo la limitazione dei diritti dei lavoratori”, in *Lo statuto dei lavoratori*, cit. p. 907.

¹¹⁰⁴ *Lo statuto dei lavoratori*, cit., pp. 911-912.

¹¹⁰⁵ Di qui per i comunisti la centralità del parlamento per l’azione di emancipazione dei lavoratori e la diffidenza con la quale hanno frequentemente accolto le manifestazioni della concertazione. V. Craveri, *op. cit.*, il quale rileva come l’impostazione promozionale veniva “guardata con diffidenza da larga parte del movimento sindacale principalmente per una pregiudiziale classista. L’alterità del « sindacato di classe » di derivazione marxista-leninista doveva infatti manifestarsi non solo nell’esercizio del conflitto industriale, come contrapposizione permanente al sistema capitalistico (per cui la stessa contrattazione collettiva era conquista di livelli superiori di forza e mai presupposto di un rapporto istituzionalizzato) ma anche nel non accogliere il principio della tutela dello stato, quando dall’enunciazione dei diritti individuali si passava all’attribuzione di strumenti e funzioni al sindacato, che potessero configurarlo come soggetto appunto istituzionalizzato dell’ordinamento giuridico, in virtù del principio opposto, che la forza e non il diritto può sola governare la lotta di classe” (p. 376). Craveri accredita l’idea che lo statuto rispondesse egregiamente all’esigenza da tutti avvertita (tanto che la votarono anche i liberali) di ricondurre sotto il pieno controllo del sindacalismo confederale i processi conflittuali e contrattuali (379). V. anche M. G. Garofalo, *op. cit.*, p. 6, il quale rileva che il sostegno alle organizzazioni sindacali non operava solo contro i poteri dell’imprenditore o le forme organizzative dell’autotutela diverse dal sindacato (come i cub), ma altresì nei confronti dei partiti poiché il sindacato diveniva il canale privilegiato per l’espressione di ogni domanda di partecipazione dei lavoratori all’intera dinamica sociale e politica.

¹¹⁰⁶ In Giugni era forte la consapevolezza che tra interessi dei lavoratori ed interessi datoriali vi è una frontiera mobile che va governata attraverso la dinamica delle relazioni sindacali e che la garanzia migliore dei diritti dei lavoratori risiede nella presenza di un sindacato forte, che va promossa. Può essere utile riportare alcuni passi di uno scritto di Giugni (*Lo statuto dei lavoratori, continuità di una politica*, E&L, pp. 378 ss., in cui, parlando del disegno di legge presentato, dice: “sembra quasi superfluo avvertire che la legge non può prevedere tutto e tanto meno può farlo a fronte dei rapporti nell’azienda, che sono multiformi e generano situazioni repressive anch’esse di contenuto molto vario. È proprio muovendo da questa realistica considerazione e dal rilievo, storicamente e politicamente verificato, che in Italia il sindacato ha oggi notevoli potenzialità di espressione, che il progetto Brodolini tende a concentrarsi, negli altri titoli, sul rafforzamento del sindacato nell’azienda.

L’idea sottostante è che la presenza, l’iniziativa e la capacità di invenzione del sindacato possono conseguire anche risultati molto più avanzati, e aggredire aspetti della condizione operaia, che la legge potrebbe risolvere solo in modo eguale e livellato, o ricorrendo ad

Tornando ai contrasti con le posizioni della Rivista giuridica del lavoro, va detto che essi ebbero modo di manifestarsi anche successivamente all' approvazione della legge.

In particolare, essi vennero enfatizzati con notevole *verve* polemica da Federico Mancini, in un convegno di giuslavoristi che si svolse a Perugia immediatamente a ridosso di quella approvazione. Egli non lesinò critiche alla linea "costituzionalistica" ed affermò che nella legge era uscita vincente la linea di politica del diritto volta a baricentrare la tutela dei lavoratori sulla presenza del sindacato in azienda pervenendo, in sede di replica, alla seguente affermazione dal sapore conclusivo: "La linea sindacale della mia relazione è sostanzialmente la linea della politica di sostegno, che si esprime nella volontà di radicare il sindacato nell'azienda e parte dalla convinzione che la libertà dei lavoratori trova nella presenza del sindacato una garanzia più forte di quanto siano il riconoscimento dei loro diritti da parte dello Stato e la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale"¹¹⁰⁷.

La sua relazione venne acidamente commentata da Ugo Natoli in una breve nota¹¹⁰⁸. In una urtante *postilla* aggiunta a quella nota egli poi volle prendersela anche con Giugni che, in un saggio appena pubblicato¹¹⁰⁹, aveva rimarcato le differenze tra le varie linee di politica del diritto che erano operanti sul campo ed i loro limiti. Lui lo considerò come un "nuovo, tanto gratuito quanto virulento, attacco alla nostra *Rivista*".

Successivamente all'approvazione della legge molti – esprimendo un giudizio che è stato ritenuto "più equilibrato"¹¹¹⁰ - vollero decisamente ridimensionare l'importanza di quei contrasti affermando che, a ben vedere, le due linee, entrambe confluite nella legge, esprimevano una forte sinergia, poiché le garanzie attribuite ai singoli erano funzionali anche al rafforzamento del sindacato.¹¹¹¹

Bisogna riconoscere che il giudizio di Mancini era stato alquanto frettoloso, poiché non si può certo dire – come peraltro confermato dalle vicende successive – che la visione appassionatamente sostenuta da lui e da Giugni avesse veramente prevalso. Infatti, nel corso dei lavori parlamentari il disegno governativo dello statuto aveva ricevuto una corposa integrazione ispirata dalla cultura del garantismo individuale. Qui interessa ricordare, in particolare, che il lavoro parlamentare aveva inserito nel tessuto normativo la disciplina di due materie cruciali nelle dinamiche della

inutili affermazioni di principio (cui sono inclini, invece, i progetti parlamentari). La piena tutela della dignità del lavoratore, ad esempio, consiste anche nella adeguata valorizzazione delle capacità professionali, nella creazione di queste dove siano carenti, nel diritto allo studio, alla carriera: ma questo obiettivo deve articolarsi in lotte, conquiste, avanzamenti successivi, e nell'invenzione di adeguati strumenti giuridico-contrattuali. La premessa di tutto ciò è una presenza combattiva del sindacato, che favorisca l'azione dal basso e una maturazione autonoma di indirizzi rivendicativi" e ai critici che sostengono che il sindacato potrà non riuscire a sviluppare una spinta progressiva dice: "È un'obiezione che implica un giudizio di disvalore verso le forme di tutela autonoma ed aderisce implicitamente ad una visione di riformismo paternalistico; una visione che il progetto ha respinto nel modo più deciso, anche a costo di dover affrontare critiche di incompletezza, sollevate in ambienti evidentemente legati ad una concezione statualista del diritto e della giustizia, e in ispecie del diritto del lavoro". Giugni parlava di un "discorso politico di lunga prospettiva, che ha come cardine l'autonomia, l'unità, lo sviluppo del sindacato".

¹¹⁰⁷ Atti del convegno Aidlass del 1970 su *La rappresentanza professionale e lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano 1971.

¹¹⁰⁸ *Epifenomenologia e «Statuto dei diritti dei lavoratori» (con una postilla)*, Rivista giuridica del lavoro, 1970, I, p. 263 ss.

¹¹⁰⁹ *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1970, pp. 369 ss.

¹¹¹⁰ Raffaele De Luca Tamajo, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 85.

¹¹¹¹ Ad. es. Luciano Ventura, *Intervento*, in Atti del convegno Aidlass del 1970; Tiziano Treu, *Effetti dello Statuto dei lavoratori sull'organizzazione produttiva dell'impresa*, in *Economia e Statuto dei lavoratori*, Atti del Congresso dei Comitati di azione per la giustizia, Celuc, Milano 1973.

gestione del personale. La prima era la materia delle *mansioni*: si disponeva il diritto del lavoratore a non vedere mutate le proprie mansioni se non alla condizione che le nuove fossero equivalenti alle precedenti e si escludeva che una diversa disciplina potesse essere introdotta per via pattizia (ponendosi così limiti non solo all'autonomia individuale, ma – quel che più conta in questa sede – anche all'autonomia collettiva). La seconda materia era quella dei *licenziamenti individuali*: per la quale si modificava il sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo, prevedendosi la sostituzione della sanzione indennitaria (contemplata dalla legge che era stata approvata appena quattro anni prima) con la ben più pesante sanzione della reintegrazione. Bisogna tenere presente che nel disegno di legge governativo questa sanzione era stata prudentemente contemplata solo come rimedio contro i licenziamenti di carattere discriminatorio, quindi come misura volta a conferire effettività alla libertà sindacale.

È chiaro che, contrariamente a quanto auspicato dalla visione di Giugni e di Mancini, nell'esperienza applicativa dello statuto comincerà ad acquisire una importanza centrale la mediazione giudiziarica¹¹¹², mentre quella sindacale iniziò a dover fare i conti con le difficoltà delle crisi aziendali che cominciavano a manifestarsi negli anni '70, non poche volte soffrendo, peraltro, i limiti che al suo operare potevano derivare dalle rigidità introdotte dal legislatore¹¹¹³.

¹¹¹² Lo stesso Giugni anni dopo finirà per ammettere l'esistenza di un'ambiguità nella legge perché essa, "nel momento in cui volle opporre al potere dell'imprenditore un contropotere, in realtà di contropoteri ne mise in atto due: uno fu quello del sindacato, l'altro quello del giudice" (*Il diritto del lavoro negli anni ottanta*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 1982, p. 381). Incidentalmente segnalava come la stessa legge sul processo del lavoro, intervenuta nel 1973, restringendo sostanzialmente l'alternativa arbitrale aveva privilegiato il canale giudiziario-forense (ivi, p. 382).

¹¹¹³ Non è un caso che Giugni, da giurista e politico aduso a monitorare costantemente i problemi di aderenza delle norme alle dinamiche sociali ed economiche e quindi pragmaticamente disponibile agli aggiustamenti opportuni "per una migliore funzionalità della legge", già nel 1982 scriveva un documento (*Un check-up allo Statuto dei lavoratori. Ipotesi per una discussione*, in *Lavoro informazione* del 22.4.1982) nel quale lanciava la proposta di apportare alcune modifiche allo Statuto dei lavoratori. Esse erano formulate sulla scia di due linee direttrici.

Da un lato, quella dell'esigenza di una maggiore certezza del diritto ("... eliminare imperfezioni e lacune che danno luogo ad una notevole incertezza, di livello talvolta superiore a quello normalmente inerente al dato normativo. Questa incertezza è non di rado causa di un eccessivo e dispendioso contenzioso che finisce per scaricare sulla magistratura la responsabilità di determinate soluzioni – peraltro non sempre pacificamente praticate – che più razionalmente dovrebbero essere indicate dal legislatore").

Dall'altro lato, la direttrice, che qui maggiormente interessa, della promozione del ruolo regolativo del sistema delle relazioni industriali per il governo di problemi che l'esperienza mostrava invece impropriamente affidati alla mediazione giudiziarica. Riteneva che la combinazione tra interessi dei lavoratori ed interessi delle aziende dovesse essere affidata – più che alla legge, il cui ruolo ovviamente non sottovalutava – soprattutto al sistema delle relazioni industriali e quindi all'azione collettiva dei lavoratori, maggiormente in grado di correlarsi al carattere dinamico delle organizzazioni produttive e quindi ad assicurare una maggiore effettività della tutela. "Si tratta di modifiche che devono essere suggerite nella logica della governabilità dell'azienda, senza con questo indicare un rafforzamento dei poteri dell'imprenditore o un indebolimento delle garanzie individuali.

Il segno sotto il quale sarebbe opportuno operare delle modifiche, invece, non può che essere quello della promozione di una maggiore partecipazione del sindacato alla assunzione di responsabilità nella gestione dei problemi aziendali. Si tratta di una direttiva che riceve forza anche da una analisi critica dei limiti complessivi che nel momento presente – caratterizzato dalla crisi e quindi da fenomeni che possiamo genericamente definire di mobilità – manifesta una politica del diritto incentrata sulla attribuzione di garanzie rigide ai lavoratori singoli. Queste sono nell'insieme poggiate – né potrebbe essere altrimenti – su fondamenti d'argilla, dal momento che le garanzie fornite dal rapporto di lavoro sono destinate inevitabilmente a soccombere, sul piano giuridico, ove quest'ultimo non possa adattarsi alle mutate condizioni della organizzazione produttiva.

Appare quindi evidente come in determinate materie, ad esempio quella delle mansioni, la garanzia dei singoli presenterebbe aspetti più sostanziali di efficienza se venisse affidata all'azione del sindacato, il quale è in grado di spostare la tutela sul piano (collettivo) delle scelte organizzative.

Un rafforzamento della azione del sindacato, tuttavia, richiede che la tutela dell'interesse collettivo sul piano degli assetti organizzativi, realizzata attraverso il compromesso raggiunto in sede di trattativa, non sia ostacolata dalla presenza di tutele rigide del singolo lavoratore che possano legittimare un'azione di quest'ultimo volta a vanificare e contraddire i risultati della mediazione sindacale.

La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*

Giorgio Fontana

1. La Carta Sociale europea, i giuslavoristi e i “principi di Ruggie”.	335
2. L'applicazione della Carta e i “principi senza garanzie”	337
3. Il problema dell'effettività dei diritti. Il CEDS e l'ambiguità di una “decisione che non decide”.	341
4. Crisi, riforma dei licenziamenti e Carta sociale europea.	345
5. La giurisprudenza del Ceds: una non casuale asimmetria di opinioni.	349
6. La (contro)riforma del diritto del lavoro in Italia (2011-2015).	351
7. La Carta Sociale e il contro-riformismo. Conclusioni.	355

In altri termini occorre che una serie di garanzie individuali non vengano più intese come livello di trattamento minimo, bensì come trattamento da valere solo in caso di mancanza di diversa disposizione in sede di autonomia collettiva. Si tratta di favorire la mediazione sindacale rispetto a quella giudiziaria, su materie nelle quali la prima ha indubbiamente maggiore funzionalità della seconda.”. Va detto che è una visione ancora attuale, nonostante i mutamenti di scenario che sono da allora intervenuti. Essa peraltro ha avuto una certa influenza sulle politiche legislative degli anni successivi alla sua formulazione, nei quali si è assistito al crescente ricorso, da parte del legislatore, alla tecnica dei rinvii alla contrattazione collettiva in funzione dell'allentamento e del governo di alcune rigidità della disciplina legislativa.

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 132/2016

1. La Carta Sociale europea, i giuslavoristi e i “principi di Ruggie”.

Secondo alcuni studiosi la Carta Sociale Europea sta vivendo una “nuova vita” da quando, finalmente, sono entrati in azione meccanismi (seppure atipici ed imperfetti) attuativi dei diritti sociali fondamentali.¹¹¹⁴ E in effetti anche nel diritto del lavoro, dopo un lungo oblio, sembra esserci negli ultimi tempi una maggiore attenzione verso la Carta, che dimostra più vitalità e presenza nel discorso giuridico, in particolare dal momento in cui la legislazione ha imboccato una direzione divaricante rispetto alla tradizionale sua funzione di tutela del “contraente debole”.¹¹¹⁵

Di fronte a questo rinnovato interesse viene tuttavia spontaneo chiedersi perché in precedenza i giuslavoristi hanno tenuto la Carta ai margini delle proprie riflessioni, come può evincersi da una semplice scorsa dei manuali e delle riviste del settore. Oltre tutto, alla “freddezza” della dottrina non si è opposto un diverso atteggiamento della giurisprudenza, che poche volte ha utilizzato la Carta come proprio riferimento, anche solo di rafforzamento argomentativo.¹¹¹⁶ Ed è questo, a ben pensare, un ritardo tanto più inspiegabile se si considera che la Carta - sottoscritta nel 1961, revisionata nel 1996 e ratificata con legge dello Stato italiano nell'ormai lontano 1999 – enuncia principi e diritti riguardanti direttamente la materia lavoristica e che ne costituiscono anzi il suo cuore pulsante.

Per molto tempo, in verità, ho pensato che la risposta a questa domanda potesse essere la stessa che Thomas Schultz, prendendo le mosse dalla questione dei cosiddetti “principi di Ruggie” (elaborati da John Ruggie, il difensore dei diritti umani di Harvard, per costringere le imprese multinazionali al rispetto dei diritti fondamentali a livello globale) dà delle ragioni della resistenza del

¹¹¹⁴ O. De Schutter, *The Two Lives of the European Social Charter*, in O. De Schutter (eds.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruylant ed., Bruxelles, 2010, secondo cui l'evoluzione della Carta sarebbe intimamente collegata a “...les étapes du développement de l'Europe sociale dans le cadre du Traité de Rome et de ses modifications successives” (così v. p. 95). Per analoghe considerazioni v. recentemente G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, relazione al Convegno di Milano del 27 novembre 2015, *I diritti sociali e la crisi economica*, paper. Fra gli studi più recenti sul sistema della Carta Sociale Europea, oramai numerosissimi, si vedano fra gli altri M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali (a cura di), *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, ESI, Napoli, 2013; M. D'Amico, G. Guiglia (eds.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, ESI, Napoli, 2014; J. Luther, L. Mola, (eds.), *Europe's Social Rights under “Turin Process”*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

¹¹¹⁵ Soprattutto recentemente, dopo la riforma della disciplina dei licenziamenti e l'introduzione del nuovo contratto di lavoro a tutele crescenti (CTC), diversi ed autorevoli studiosi hanno sostenuto la violazione non soltanto nei confronti delle disposizioni costituzionali “interne” ma anche delle fonti internazionali (art. 24 Carta Sociale europea) e delle fonti di diritto comunitario (Carta dei diritti fondamentali della U.E.) di queste nuove norme. Si vedano, recentemente, fra gli altri su questi temi S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 246/2015; F. Buffa, *I licenziamenti nel Jobs Act e nelle norme internazionali*, Key ed., 2015 e dello stesso autore *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, 1, I; da un punto di vista costituzionalistico C. Salazar, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principe” dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. III, Giappichelli ed., 2016. Più recentemente ancora, volendo, il mio saggio critico *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*

¹¹¹⁶ Sulla ritrosia della giurisprudenza costituzionale ad utilizzare le potenzialità della Carta Sociale v. A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, 2015, II, p. 550 e A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)* in *Consulta Online*, 2015, p. 502, il quale sottolinea come non a caso la Carta sia stata completamente ignorata dalla Corte costituzionale nelle (ormai celebri) sentenze “gemelle” n. 348 e 349 del 2007.

mondo giuridico ad accettare un *diritto transnazionale senza stato*.¹¹¹⁷ Riflettendo su questa vicenda Schultz ricorda che sulle prime la pressione dei movimenti per i diritti umani portò alcune delle principali multinazionali a rivedere le proprie pratiche commerciali, tanto che molti Stati del Sud del mondo, insieme a un buon numero di ONG, cercarono di trasformare i Principi di Ruggie in un vero e proprio trattato internazionale “da cui potessero scaturire obblighi cogenti e giuridicamente vincolanti per le imprese”.¹¹¹⁸ Ma fu proprio questo tentativo (contro gli avvertimenti dello stesso John Ruggie¹¹¹⁹) a far fallire gli sforzi per ottenere il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle imprese, che si persero in una serie infinita di negoziati diplomatici, con la gioia, occorre dire, delle stesse multinazionali. La conclusione di Schultz è che proprio “il tentativo di usare il diritto come un mezzo per la progettazione sociale corre, in questo caso, su un binario sbagliato (...), a causa dell’idea secondo cui la progettazione sociale attraverso il diritto significhi ingegneria sociale attraverso il diritto fatto dallo stato”.¹¹²⁰

In questa vicenda trovo molte analogie con il recente passato (ancora oggi in parte persistente) del diritto del lavoro e con il problema della sua scarsa attenzione per la Carta sociale. Allo stesso modo, infatti, per quanto positivisti eclettici o anomali,¹¹²¹ i giuslavoristi non sono mai riusciti a distaccarsi fino in fondo dall’idea che il diritto transnazionale non statale non potesse essere considerato, senza la mediazione dell’ordinamento positivo, diritto *appropriato*. Il diritto del lavoro è figlio della “norma inderogabile” e pur volendosi aprire ad altri modi di produzione normativa (come quello che proviene dalla giurisdizione, che forma il *diritto vivente*) probabilmente resta insopprimibile, per la natura stessa delle funzioni che è chiamato ad assicurare, il “bisogno” di una regolazione normativa stringente, uniforme e di carattere generale.¹¹²²

Ed allora si potrebbe pensare che l’interesse recente per la Carta e più in generale i tentativi di creare nessi sempre più stretti e ponti più solidi fra le fonti sovranazionali dei diritti fondamentali e l’ordinamento interno,¹¹²³ non segnalano tanto un cambiamento della sua cultura giuridica, ossia una revisione autentica dei paradigmi di riferimento della dottrina giuslavorista, ma piuttosto la crisi della “norma inderogabile” e il ritirarsi dell’ordinamento.

Sarebbe dunque per controbilanciare il minor interventismo statale a tutela del “contraente debole” che si moltiplicano i richiami ai principi e alle fonti sovranazionali, di cui si invoca anche la diretta applicabilità, trattandosi di fonti ancora immuni dall’attacco portato alle tutele realizzate

¹¹¹⁷ T. Schultz, *Diritto transnazionale senza Stato: quali le cause della resistenza?*, in *Ars Interpretandi*, 2015, 2, p. 35 ss.. I principi elaborati da J. Ruggie possono essere trovati nel sito www.ohchr.org/documents/issues. Si tratta di un complesso ed elaborato insieme di proposte ed analisi, raccolti in diversi rapporti commissionati dal Segretariato delle Nazioni Unite, con i relativi Addendum, in cui sono stati definiti i “principi guida” sul rispetto dei diritti umani nei rapporti economici e commerciali.

¹¹¹⁸ T. Schultz, op. ult. cit., p. 36.

¹¹¹⁹ Il quale conclude che “un trattato generale sui diritti umani e imprese dovrebbe essere elaborato ad un livello di astrazione talmente elevato da risultare di difficile o di nessuna utilità per persone reali in luoghi reali”. Cfr. ancora a tal riguardo T. Schultz, *Diritto transnazionale senza Stato: quali le cause della resistenza?*, op. cit., p. 36.

¹¹²⁰ T. Schultz, op. ult. cit., p. 37.

¹¹²¹ M. D’Antona, *L’anomalia post-positivista del diritto del lavoro*, 1990 in *Rivista critica del diritto privato*, 1990, p. 207 ss, ora in *Opere*, vol. I, Milano, Giuffrè ed., 2000.

¹¹²² Si veda il classico studio di R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene ed. Napoli, 1976.

¹¹²³ Tentativi influenzati dalle evoluzioni della giurisprudenza e da quello che viene definito, talvolta enfaticamente, come “dialogo fra le Corti” o “giurisprudenza multilivello”, creando comunque le premesse di una circolazione molto feconda di idee e tecniche decisorie. Fra i tanti contributi di studio e riflessione ancora molto attuali sono quelli raccolti nel volume a cura di G. Bronzini, V. Piccone, *La Carta e le Corti*, Chimienti ed., Torino, 2007.

dalla legislazione ordinaria. Mentre, fin quando non si è avvertita questa necessità, la Carta è rimasta chiusa in un cassetto e dimenticata, non ritenendosi, in consonanza con l'osservazione di Schultz, che i suoi principi, privi di garanzie, potessero essere di qualche utilità.¹¹²⁴

Si potrebbe in conclusione affermare che la scoperta (o riscoperta) della Carta sociale europea si inserisca in una tendenza, per rispondere alla profonda crisi del sistema legale di tutela, a rivalutare i principi e le Carte che li incorporano, indipendentemente dalla loro natura di norme non cogenti e prive di applicabilità diretta, entrando nonostante ciò in modo incisivo nel discorso giuridico, quale che sia il loro fondamento, se di diritto internazionale (come la Carta sociale, che, com'è noto, afferma, insieme alla Convenzione dei diritti dell'uomo, al Consiglio d'Europa) o piuttosto di diritto comunitario (com'è invece la Carta dei diritti fondamentali della U.E.).¹¹²⁵

Tuttavia questa tendenza – semmai i motivi fossero davvero questi – deve fare i conti, nel caso della Carta sociale europea, col fatto che non solo ci sono molte difficoltà a tradurre i suoi principi in “diritto appropriato”,¹¹²⁶ ma anche col fatto che le altre “strade”, per garantire la sua effettività, non sembrano facilmente agibili.

In realtà si potrebbe rinnovare la disputa sui principi di Ruggie, come ci viene raccontata nel saggio di Schultz.

Trasformare i principi della Carta Sociale europea in un complesso di norme esigibili e cogenti all'interno degli ordinamenti nazionali potrebbe rivelarsi un'impresa impossibile e praticamente contro-producente per la causa dei diritti sociali, rimanendo la Carta Sociale, per il diritto del lavoro, un documento espressione di alti principi e formule orientative, una sorta di “programma” molto sofisticato del *decent work*, da valorizzare così, senza pretendere ciò che non può dare.

2. L'applicazione della Carta e dei diritti fondamentali.

È piuttosto noto, infatti, che la Carta Sociale Europea revisionata, anche se il suo rilancio grazie al Protocollo del 1995 ha avuto l'effetto di far terminare un lungo oblio,¹¹²⁷ non possiede affatto (se non a livello embrionale) i caratteri tipici di un “ordinamento”, inteso come insieme di norme dotate di *imperatività* (rispetto alla materia regolata) o di capacità di *coazione* (volendo considerare come sua costante storica o fra i suoi caratteri tipici, la sanzione).¹¹²⁸ Tanto che si discute

¹¹²⁴ Per riflessioni più approfondite sia consentito rinviare al mio *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, G. Giappichelli ed., 2010.

¹¹²⁵ A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, op. cit. Sui diritti sociali nello spazio giuridico europeo si veda, fra gli altri, S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012 e precedentemente dello stesso autore *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003, quest'ultimo per la chiarissima ricostruzione storico-evolutiva.

¹¹²⁶ Sui problemi e sulle lacune della Carta sociale europea, v. fra gli altri G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in Forum di Quaderni Costituzionali, rivista on line (www.forumcostituzionale.it).

¹¹²⁷ Ci si riferisce ovviamente ai due protocolli addizionali che hanno portato alla nuova versione della Carta, aperta alla firma nel 1996 e poi entrata in vigore due anni dopo. Per una ricostruzione v. fra gli altri F. Oliveri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta Sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, in www.europeanrights.eu/public/comments; dello stesso autore v. *La Carta sociale europea come strumento vivente. Riflessioni sulla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali*, in Jura Gentium, 2012, 2.

¹¹²⁸ Per una sintesi delle teorie sull'ordinamento giuridico si veda il sempre attuale volume di Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, G. Giappichelli ed., 1993, soprattutto v. p. 159 ss. e ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, G. Giappichelli ed., 1994, p. 76 ss.

ancora, fra i costituzionalisti, se la Carta costituisca un documento realmente giuridico, anche se, bisogna dire, questa posizione pare essere in realtà decisamente minoritaria.¹¹²⁹

Il problema dell'effettività delle disposizioni recanti "principi senza garanzie", come si diceva nell'*incipit* di questo lavoro, costituisce del resto uno dei temi più controversi di dibattito¹¹³⁰ e la Carta Sociale Europea, a maggior ragione, non si sottrae a questa difficoltà che è insieme teorica ed applicativa (ed è figlia della stessa correlazione e indissolubilità, per tanto tempo, del legame fra sovranità, potestà giuridica e norma).¹¹³¹

Come dunque concretizzare i diritti e i principi della Carta sociale?

Per spezzare questo circolo vizioso si dovrebbe probabilmente accogliere la provocazione intelligente di Schultz e smetterla di tentare di dare attuazione ai suoi principi con formule e strumentazione di tipo normativista o giuspositivista. Ci si dovrebbe limitare cioè a prendere tutto ciò che si può ricavare dal suo effetto indiretto, sul piano interpretativo e, perché no, sul piano politico, come per la Carta dei diritti fondamentali, viste le lacune impeditive (diverse ma di analoga natura).¹¹³²

Come in altra sede ho cercato di dimostrare,¹¹³³ il diritto del lavoro, che storicamente si è nutrito di norme imperative privilegiando il terreno dell'inderogabilità, non può ignorare il diritto vivente e il ruolo fondamentale, non solo integrativo, della giurisprudenza. Anche per il diritto del lavoro (anzi, a maggior ragione) può dirsi fondatamente che l'evoluzione a cui assistiamo implica una complessa riorganizzazione di ruoli e poteri, che porta, fra l'altro, "les décisions de justice en position de plus en plus dominante", con una vera e propria "métamorphes de la souveraineté" e un cambio di paradigma inequivocabile.¹¹³⁴ Non può del resto escludersi che ai condizionamenti

¹¹²⁹ V. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, op. cit., qui p. 509, anche per i riferimenti. La stessa Corte costituzionale sembra considerare la Carta Sociale, come nota Spadaro, come un documento senza uno specifico contenuto prescrittivo e come un documento di mero indirizzo.

¹¹³⁰ Come scrive ancora Spadaro è "storia vecchia che alcuni diritti vengano "in astratto" proclamati, anzi declamati ai quattro venti, ma poi in concreto siano negletti o comunque restino inattuati" (v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, op. cit.).

¹¹³¹ Nel sistema della Carta "lacune" evidenti possono individuarsi negli stessi, complessi meccanismi di firma e ratifica delle disposizioni della Carta e in particolare dei protocolli aggiuntivi che la compongono, oltre che nelle diverse procedure nazionali di esecuzione dei trattati, ossia nella possibilità per gli stati di aderire solo parzialmente alla Carta Sociale con un meccanismo di adesione farraginoso e complicato, accettando un numero ridotto di disposizioni (almeno sei dei nove articoli che compongono quello che viene definito come l'*hard core* della Carta, oltre a un certo numero di articoli o di paragrafi relativi a diritti), sacrificando in tal modo l'universalismo dei principi e dei contenuti della Carta (nonché, come si è notato, l'universalismo dei titolari dei diritti stessi). Sul punto v. F. Oliveri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta Sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, op. cit., per l'attenta analisi.

¹¹³² Molti tentativi sono stati fatti per aggirare la limitazione derivante, soprattutto, da quello sciagurato compromesso al ribasso che è l'art. 51 della Carta, ma senza successo. Non resta dunque che "accontentarsi" dell'*indirect horizontal effect* della Carta, esplorando le possibilità offerte dalla dottrina sulla *consistent interpretation* e forse lo stesso, nella migliore delle ipotesi, si potrà dire e fare con la Carta sociale europea (per motivi diversi ma anche in questo caso riferibili alla volontà degli stati). Per riflessioni in tal senso v. P.P. Craig, *The Charter, the ECJ and National Courts*, in D. Ashiagbor, N. Countouris, I. Lianos, *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, 2012; R. Schutze, *An Introduction of European Law*, Cambridge University Press, 2012.

¹¹³³ Sia consentito ancora rinviare al mio *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit.

¹¹³⁴ v. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Buxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, i quali genialmente raffigurano visivamente questo mutamento giustapponendo l'immagine del Leviatano di T. Hobbes al famoso quadro *Relativité* di M.C. Escher. Con particolare riferimento al tema della *judicialization* e della espansione del ruolo del formante giurisprudenziale (definito causticamente come *juristocracy*) v. M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002. Diversamente Spadaro preferisce parlare di "stato giurisdizionale"

esercitati sugli stati (e sui parlamenti) da parte dei poteri e delle istituzioni sovranazionali che governano i mercati, siano destinati a contrapporsi vieppiù, in futuro, i valori e i principi dell'ordinamento costituzionalmente radicati e tutelati, di cui è custode la giurisprudenza, come di recente sembra essere dimostrato dalle "reazioni" delle alte Corti nazionali alle politiche di *austerity*.

La "giurisdizionalizzazione" si intreccia, poi, all'immersione dell'ordinamento nazionale in un sistema spurio (un "ermafrodito", ebbe a definirlo Giuliano Amato), che è, per la tradizione giuridica della "vecchia Europa", un laboratorio unico nell'esperienza contemporanea (ancorché prossimo a essere liquidato per il fallimento dei suoi propositi originari).¹¹³⁵

Ovviamente siamo ben lontani dalla potentissima riorganizzazione della *lex mercatoria*, che si forma già ontologicamente su un piano sovra o trans-nazionale,¹¹³⁶ essendo il diritto del lavoro e in generale la regolazione in materia sociale riservati ancora, per la gran parte, alla competenza degli stati, anche se le influenze e inter-connessioni (per così dire fra "interno" ed "esterno") sono molteplici e fondamentali in tutte le direzioni. Per certi versi il diritto del lavoro viene a trovarsi in una posizione ambivalente di fronte ai nuovi rapporti fra i formanti, perché se da un lato la rinuncia a strutturarsi come sistema di norme inderogabili, adeguatamente sanzionate, non può dirsi un'operazione agevole, dall'altro la sua "apertura" metodologica, la sua stessa fondazione sui principi del pluralismo ordinamentale,¹¹³⁷ rende forse più semplice il superamento della concezione piramidale (stato-centrica) dell'ordinamento.¹¹³⁸

La concretizzazione dei diritti fondamentali al di fuori dell'orbita del diritto positivo statale è tributaria di molteplici esperienze e teoriche, di diversa provenienza, dalla *Drittwirkung* che presiede alla "giurisprudenza per principi", alla *constitutional cross fertilization* e alla circolazione dei precedenti e dei modelli di tutela dei diritti¹¹³⁹, alla stessa comparazione come metodo interpretativo, per non dire dell'interpretazione conforme al diritto della U.E. o costituzionalmente orientata, di cui oramai tanto uso si fa nel diritto del lavoro.¹¹⁴⁰

(v. in *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino Bologna, 2015.

¹¹³⁵ La voce di Giuliano Amato non è del resto isolata. Si veda pure v. B. De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, in G. De Búrca, J. H. H. Weiler (eds), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, p. 19 ss., secondo cui l'Unione europea non è altro che "a developed form of international organization which displays characteristics of an embryonic federation" (ivi p. 53).

¹¹³⁶ F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, per il quale (oggi si potrebbe dire con eccessiva enfasi) la globalizzazione dei mercati "conduce così all'inevitabile tramonto del dogma della statualità del diritto", e non solo, poiché "entro il mercato globale il diritto può ritrovare l'antico cosmopolitismo, l'originaria universalità, quella continuità fra l'economia e il diritto che aveva caratterizzato l'epoca della prima *lex mercatoria*" (v. p. 72 ma passim).

¹¹³⁷ Ispirata dall'opera di Santi Romano, di cui si veda soprattutto *L'ordinamento giuridico*, edito da Sansoni nel 1946 e recentemente ripubblicato.

¹¹³⁸ La fondazione teorica del diritto sindacale post-costituzionale la si deve indubbiamente all'opera di G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, in cui Giugni, riprendendo la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, elaborò una complessa ridefinizione del sistema sindacale a contrattuale affermandone la natura autonoma e per così dire originaria, alla stregua di un vero e proprio ordinamento sindacale dotato di un proprio specifico sistema di regolazione e di sanzioni. Più tardi un altro giurista a cui si devono riflessioni essenziali per la formazione del diritto del lavoro, Vardaro, tentò di ricostruire in termini di "sistema", secondo il modello luhmaniano, l'ordinamento sindacale, rileggendo criticamente l'opera di Giugni (v. G. Vardaro, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene ed., Napoli 1984).

¹¹³⁹ V. A. Spadaro, *Gli effetti costituzionali della globalizzazione*, in Pol. Dir., 1998, 441 ss.

¹¹⁴⁰ Per una sintesi, con riferimento ai processi di integrazione normativa e agli indirizzi giurisprudenziali "che si compongono in *catene* connotate da proiezioni inter-ordinamentali", ed ai "flussi di materiali normativi e giurisprudenziali e delle indicazioni da essi desumibili sul piano delle relazioni *orizzontali*, degli ordinamenti statali *inter se*", v. recentemente A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in Consulta Online, 2015, II, p. 538 ss. (le citazioni sono a p. 548 del testo).

Non mancano dunque gli strumenti per inverare i principi – anche i principi della Carta sociale – mentre altro è il discorso sull'efficacia di queste “alternative” alla norma inderogabile (e sulla natura stessa dell'ordinamento multilivello).

È del resto molto complicato, fra tutti i protagonisti e la pluralità di voci che compongono il sistema *multilivel*, ricercare e trovare un *fil rouge*. Studiosi illuminati suggeriscono a tal riguardo di individuare un nesso comune nel fine di tutela e in particolare nel principio della “norma più favorevole” o del migliore trattamento possibile. Ma si può ipotizzare che il principio di *massimizzazione delle tutele* – attorno a cui Ruggeri ricostruisce il sistema multilivello – o del “trattamento più favorevole” (invocandosi, per i diritti sociali, la triplice norma contenuta negli art. 53 della Cedu, 53 della Carta dei diritti fondamentali e H della Carta sociale europea) possa funzionare anche per il diritto del lavoro, nel quale si confrontano opposti interessi e dunque antitetich prospettive di tutela (antinomie queste difficilmente risolvibili attraverso la selezione della norma più favorevole)? Nel diritto del lavoro è sempre aperto il conflitto fra interessi e scegliere aprioristicamente l'interesse meritevole di maggior tutela è operazione molto complicata, talvolta impossibile. Spesso vale il principio del “male minore” e bisogna accettare meccanismi che comportano il sacrificio dei diritti di alcuni per tutelare gli interessi collettivi o generali, ovvero il sacrificio degli interessi immediati del gruppo per la tutela nel “lungo periodo” degli stessi. Inoltre si confrontano (sistematicamente, si potrebbe dire) diritti e interessi di pari rango costituzionale ed è illusorio stabilire relazioni gerarchiche in base a un non meglio (o mai) chiarito “primato” del principio lavoristico, pure a volte invocato, ma su un piano di astrattezza.¹¹⁴¹

D'altra parte, come si è accennato, il problema dell'applicazione effettiva dei principi non rappresenta una criticità prerogativa della Carta Sociale, essendosi discusso a lungo degli stessi problemi (e con accenti particolarmente critici) a proposito della Carta dei diritti fondamentali della U.E. Ma per quanto riguarda in particolare la Carta sociale, è oltre tutto convinzione diffusa che le sue disposizioni abbiano eminentemente carattere programmatico.¹¹⁴² Non a caso gli stati sono lasciati liberi di scegliere – fra quelli enunciati dalla Carta – quali diritti in concreto proteggere,¹¹⁴³ ed inoltre, sono le stesse ampie facoltà degli stati circa il modo tradurre all'interno dei propri confini gli obblighi assunti con la sua sottoscrizione a rendere molto incerta la vincolatività della Carta rispetto agli ordinamenti nazionali.¹¹⁴⁴

¹¹⁴¹ Si veda G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro fra costituzioni nazionali, carte dei diritti e Corte di giustizia dell'Unione europea*, relazione al Convegno di Perugia 25-26 marzo 2011 “Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali”.

¹¹⁴² La stessa Corte costituzionale sembra considerare la Carta Sociale come un documento di mero indirizzo: v. sent. n. 325/2010 e n. 50/2015, citate da Spadaro in *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, op. cit. p. 510.

¹¹⁴³ v. C. Panzera, *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. Caruso-G. Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 255, con riferimento all'art. A Parte III della Carta; v. pure F. Oliveri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta Sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali* op. cit., il quale cita a tal riguardo le perentorie affermazioni dell'Avvocato Generale Jacobs nel notissimo procedimento *Albany International BV*, C-97/96, dinanzi alla Corte di Giustizia europea.

¹¹⁴⁴ Come giustamente osserva Oliveri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta Sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali* op. cit., l'art. V-I della Carta prevede che i modi con cui uno stato può dare attuazione agli obblighi derivanti dal trattato sono i più vari: “la legislazione o la regolamentazione” ma anche “le convenzioni stipulate tra datori di lavoro o organizzazioni di datori di lavoro e organizzazioni dei lavoratori”, o “una combinazione di questi due metodi” o infine “altri mezzi appropriati”. Sui problemi relativi all'efficacia e alla forza della Carta Sociale Europea v. infra.

La difficile situazione dal punto di vista dell'applicazione della Carta si tinge poi di colori surreali quando si esamini in concreto lo stato della sua attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali. Difatti gli stati che hanno consentito la sua applicazione diretta all'interno dei propri rispettivi ordinamenti sono quelli in cui, mediamente, più problematica è la tutela dei diritti sociali (o quanto meno dei diritti dei lavoratori), mentre gli stati in cui più consolidata è la protezione di questi diritti – sia dal punto di vista del sistema nazionale di welfare che dal punto di vista dei diritti nei confronti del proprio datore di lavoro – si sono astenuti, per lo più, dal disporre misure nazionali di questa natura.¹¹⁴⁵

Questa ambiguità di fondo rischia non solo di apparire come una rinuncia implicita a rispettare gli impegni (pur solennemente) assunti, ma è fonte, evidentemente, di depotenziamento dei diritti stessi.¹¹⁴⁶

Le lacune del “sistema” della Carta sembrano tali, in conclusione, da pregiudicare ogni possibilità di applicazione diretta delle sue disposizioni, ma ciò non dovrebbe impedire che della Carta si faccia un “uso alternativo”, soprattutto nell'ambito dei circuiti giurisprudenziali (anche se, come si è già accennato, si tratta di sentieri più tortuosi per affermare i diritti sociali fondamentali). Inoltre è tempo di riflettere sull'importanza in sé, nel discorso pubblico, di una Carta dei diritti sociali fondamentali solennemente affermata dagli Stati del Consiglio d'Europa, un “faro nella notte” in questi tempi segnati dalla progressiva erosione delle caratteristiche storiche del “modello sociale europeo”.

3. Il problema dell'effettività dei diritti. Il CEDS e l'ambiguità di una “decisione che non decide”.

La dottrina costituzionalista italiana ha proposto di risolvere il *rebus* dell'applicazione della Carta nell'unico modo forse possibile, mediante l'aggancio all'art. 117 I comma Costituzione, guardando alla Carta come “fonte interposta” analogamente a quanto la Corte costituzionale ha affermato e riconosciuto, con le sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, nel caso della CEDU.¹¹⁴⁷ In queste sentenze la Consulta ha fissato il principio secondo cui il parametro costituzionale può ricomprendere anche fonti esterne alla Costituzione, fra cui quelle derivanti dagli “obblighi internazionali”, che vincolano la potestà legislativa, e questo principio potrebbe applicarsi fondatamente anche alla Carta Sociale Europea.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁵ Si veda G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, op. cit.

¹¹⁴⁶ Per un recente ed ampio lavoro di ricerca in tema v. S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, G. Giappichelli ed., Torino, 2015, e qui soprattutto, sulle tematiche del presente contributo, si veda S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, W. Nocito, *Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova*, nonché A. Ruggeri, *Crisi economica e diritti sociali sotto stress: il punto su una ricerca*. Per una lettura della Carta Sociale Europea molto approfondita (oltre che particolarmente autorevole) v. L. Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales*, in Mellado-Quesada-Beltrán, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete 2014.

¹¹⁴⁷ Si vedano le considerazioni di A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, op. cit. p. 550; v. pure C. Panzera, *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. Caruso-G. Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea* op. cit.; G. Guiglia, *Le prospettive della Carta Sociale europea*, in Forum di Quaderni costituzionali, www.forum-costituzionale.it. Sulla portata “storica” delle due sentenze della Corte, ancorché successivamente “mitigate” dalla più recente decisione della Corte costituzionale n. 49/2015, v. A. Spadaro-C. Salazar (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè ed., 2009, e qui soprattutto i saggi di Spadaro, Salazar, Panzera e Rauti;

¹¹⁴⁸ Nello specifico la Corte ha sancito che “il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme CEDU, la cui funzione è dunque quella di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato” (così la sent. n. 348/2007 ed il dato non

Non applicazione diretta dunque ma possibilità di farne un parametro di legittimità delle norme di diritto interno.

Il tema è tipicamente costituzionalistico e tuttavia è utile segnalare che questa tesi ha trovato attento ascolto nella dottrina giuslavorista, in particolare nel contesto della sindacabilità, attraverso la Carta sociale, delle recenti riforme dettate dall'agenda dell'*austerità*. Fra queste, in particolare, la riforma della disciplina dei licenziamenti, che ha provocato una notevole restrizione delle tutele.¹¹⁴⁹ Si tratta di tentativi degni di nota e in grado, quanto meno, di garantire che la Carta sociale non sia ridotta ad un ruolo meramente ornamentale.

Un decisivo passo in avanti sarebbe invece il definitivo superamento dell'indifferenza dell'Unione europea nei confronti della Carta sociale, che renderebbe applicabili le disposizioni della Carta alla stregua di principi generali del diritto della U.E.¹¹⁵⁰ Ma si tratta di un problema apparentemente irrisolvibile, la spia di quanto scarsa sia la considerazione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo e di quanto complessa resti, nonostante le tante prolusioni teoriche sull'ordinamento multilivello, l'integrazione fra le fonti.

Dopo le speranze create dall'Atto Unico europeo del 1987, allo stato nulla è cambiato e il TFUE cita la Carta Sociale Europea soltanto (ed incidentalmente) nell'art. 151, I comma, pur riconoscendo i diritti da essa enunciati "diritti sociali fondamentali". Nell'art. 6 del Trattato - che riconosce la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione come documento "con lo stesso valore giuridico dei trattati" e dichiara solennemente che "i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" - non c'è spazio per la Carta sociale. I diritti sociali – e fra questi i diritti dei lavoratori – seppure posti all'apice dell'ordinamento del Consiglio d'Europa, non sono tradotti nel sistema comunitario con eguale forza ed intensità. Ed anche fra la Carta dei diritti fondamentali e la Carta Sociale Europea sussistono difficoltà "comunicative", come ricorda il *Documento di Bruxelles sul futuro dei diritti sociali in Europa* presentato nel febbraio 2015 sotto l'egida del Consiglio

è smentito ma solo più prudentemente affermato dalla pronuncia successiva n. 49/2015 appena citata). Ovviamente è ben chiara la diversità di *status* delle norme della Convenzione rispetto alle norme comunitarie, che impedisce di dedurre l'effetto diretto delle prime con conseguente disapplicazione delle disposizioni nazionali difformi. Ciò vale a maggior ragione per la Carta Sociale Europea. Si veda su tale questione C. Salazar, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"?*, op. cit., qui p. 60 ss., e A. Spadaro *Breve introduzione al "circolo costituzionale": prima la storia fa le Corti costituzionali e poi le Corti fanno la "storia costituzionale"*, op. cit. qui p. 6-7, entrambi nel volume *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, op. cit. Sulla sentenza n. 49/2015 v. R. Conti, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. n. 49/2015)* in Consulta Online, 2015/I, p. 181 ss. che parla di "accerchiamento" e depotenziamento della CEDU "sia sul versante dell'operatività diretta....che su quello dell'interpretazione del diritto interno". In effetti, tenendo conto degli ostacoli posti dalla Corte di Giustizia all'adesione della U.E. alla CEDU, non sembra azzardato sostenere che è in atto una tendenza conservativa dei vecchi assetti, sia sul piano dell'ordinamento interno che comunitario.

¹¹⁴⁹ Riforma, si ricorda, a cui consegue l'inapplicabilità dell'art. 18 l. n. 300/1970 (già sottoposto ad un intervento manipolativo ad opera della l. n. 92/2012, c.d. "legge Fornero") ai nuovi assunti, ai quali viene applicata invece la disciplina del contratto a tutele crescenti (d. lgs. n. 23/2015, c.d. *Jobs Act* del Governo Renzi). La questione sarà richiamata anche successivamente in questo scritto. Si veda in tema, fin da ora, F. Buffa, *I licenziamenti nel Jobs Act e nelle norme internazionali*, op. cit.; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit. e ID. *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, op. cit.; si veda infine, per un commento sulla questione dell'applicabilità della Carta, C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT n. 273/2015.

¹¹⁵⁰ v. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in Forum dei Quaderni costituzionali, rivista on line, p. 14.

d'Europa da un gruppo di esperti indipendenti. La stessa Corte di Giustizia, stante il problema dalle ratifiche asimmetriche della Carta, rifiuta di riconoscere alle disposizioni della Carta la natura di principi generali del diritto dell'Unione.

D'altro canto, se l'Unione continua ad avere un rapporto idiosincratico nei confronti dei diritti sociali, come dimostra l'esclusione dal novero delle sue competenze di materie cruciali dal punto di vista del diritto del lavoro (v. art. 153.5 TFUE), allora non deve neppure stupire che la Carta sociale europea non rientri fra i suoi riferimenti prioritari ed essenziali.

Il cammino affinché sia garantita l'effettività dei diritti è dunque ancora lungo, quale che sia la strada prescelta: se quella apparentemente più agevole consistente nella ricezione della Carta Sociale nell'ambito dei Trattati europei, ossia nella "positivizzazione" comunitaria della CSE, certo più coerente, anch'essa, con "...l'atteggiamento reticente del giudice italiano, e in genere del giurista medio europeo – ultra-prudente, conservatore e formalista", ma forse utopistica, allo stato;¹¹⁵¹ o l'altra, che passa piuttosto attraverso un intervento (possibile ma non scontato) di "creazione giurisprudenziale", da parte delle Corti nazionali,¹¹⁵² seguendo il suggerimento "anti-positivista" di Thomas Schultz, che paradossalmente invece potrebbe essere a portata di mano nonostante le difficoltà derivanti dalla "freddezza" della giurisprudenza costituzionale e della stessa CGE nei confronti della Carta sociale.

Ovviamente quando si parla di creazione giurisprudenziale è immediata la considerazione che una delle lacune maggiori della Carta sociale è esattamente la mancanza di una Corte con poteri analoghi a quelli che, a tutela dei diritti umani, sono attribuiti alla Corte di Strasburgo, in grado cioè di esercitare una vera e propria giurisdizione, con garanzia di accesso e dispositivi vincolanti.¹¹⁵³

Nel caso della Carta sociale sono previsti, com'è noto, solo reclami collettivi (Parte IV- Articolo D), disciplinati dal Protocollo addizionale della Carta, ossia una procedura ristretta tendente al controllo degli obblighi sottoscritti dagli Stati all'atto della ratifica e accettazione della Carta sociale europea.¹¹⁵⁴ Procedura che dà luogo, all'esito, ad un rapporto al Comitato dei Ministri nel quale si stabilisce, come prescritto dall'art. 8 del Protocollo addizionale, "se la Parte contraente in causa

¹¹⁵¹ Così molto efficacemente A. Spadaro, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa* op. cit., p. 32.

¹¹⁵² v. paragrafo 1 ed ivi i riferimenti.

¹¹⁵³ Mancano nella Carta disposizioni analoghe agli artt. 1 e 46 della Convenzione. Ciò nonostante è indubbio, come sostiene Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales* op. cit. p. 62, che "la CSE y la jurisprudencia del CEDS tienen vocación y pretensión de configurarse como el Pacto Europeo para la Democracia Social y el ius commune por excelencia de la Europa de los derechos sociales, respectivamente".

¹¹⁵⁴ Per un esame molto dettagliato e per i riferimenti bibliografici, v. G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in Rivista AIC n. 2/2016 (18/4/2016) sul sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Si noti che i reclami sulla non corretta applicazione della Carta, limitatamente alle disposizioni che gli Stati hanno espressamente accettato, possono essere introdotti soltanto a) da organizzazioni internazionali di datori di lavoro e lavoratori indicati dal par. 2 art. 27 della Carta, oppure b) da altre organizzazioni internazionali non governative ammesse, o ancora c) dalle organizzazioni nazionali rappresentative di datori di lavoro e lavoratori "dipendenti dalla giurisdizione della Parte contraente chiamata in causa" (art. 1 del protocollo addizionale della Carta). Una tale selettività non agevola però il rapporto diretto fra il Comitato e la società civile europea, mediato dalle organizzazioni rappresentative degli interessi e condizionato inevitabilmente da precisi orientamenti politici e sindacali, che certamente a loro volta influenzano la decisione di promuovere o meno i reclami. Se lo scopo era quello di selezionare le istanze, si potevano indubbiamente trovare altri modi e altre strade, e quanto alla struttura del procedimento forse di poteva cercare di coniugare la selettività dell'accesso con l'apertura al gruppo dei lavoratori o cittadini i cui interessi sono coinvolti dalla decisione sul reclamo, o che potrebbero essere tutelati dal Comitato se solo potessero rivolgergli le proprie istanze e domande.

abbia o non provveduto in maniera soddisfacente all'attuazione della norma della Carta oggetto del reclamo".¹¹⁵⁵

A seguito della trasmissione del rapporto del Comitato europeo dei diritti sociali, il Comitato dei Ministri, a sua volta, può adottare una risoluzione (a maggioranza di due terzi dei votanti) contenente una raccomandazione alla Parte contraente chiamata in causa, qualora il Comitato europeo dei diritti sociali abbia rilevato "un'attuazione non soddisfacente della Carta" (art. 9 del protocollo addizionale).

Tutto finisce qui. La procedura non prevede altre conseguenze in caso di rifiuto dello Stato contraente di adeguare la propria legislazione, limitandosi a richiedere "indicazioni sui provvedimenti adottati per dare effetto alla raccomandazione", nell'ambito del rapporto biennale previsto dall'art. 21, Parte IV, della Carta, (e sempre che abbia ratificato il protocollo del 1998 sui reclami collettivi).¹¹⁵⁶

I limiti obiettivi della procedura all'interno della quale opera il Comitato europeo dei diritti sociali impediscono dunque di sostenere che in questo modo sia stata garantita la "giustiziabilità" dei diritti sociali e l'effettività delle decisioni prese.¹¹⁵⁷

Resta tuttavia il fatto che la giurisprudenza del Comitato europeo, per le sue decisioni molto avanzate, ha conquistato egualmente un ruolo importante quale organo di garanzia a presidio dei diritti sociali. Come ha notato la dottrina costituzionalistica, gli effetti delle decisioni del Comitato sono stati molto rilevanti per gli ordinamenti degli Stati del Consiglio d'Europa che hanno dato seguito alle "raccomandazioni" del Comitato dei Ministri.¹¹⁵⁸ Si potrebbe anzi dire che, se si vuol studiare e conoscere la Carta, è imprescindibile conoscere la "voce" del Comitato Europeo dei diritti sociali (CEDS), l'unico presidio sovranazionale a tutela dei diritti sociali presente nella "vecchia Europa".¹¹⁵⁹

Il principio informatore della giurisprudenza del Ceds è l'effettività dei diritti sociali enunciati dalla Carta. Proprio in funzione della realizzazione in concreto della tutela dei diritti sociali il Comitato, in molte decisioni, si è spinto fino al punto da imporre agli Stati "obblighi di risultato", non accontentandosi di impegni generici e pur riconoscendo un margine di apprezzamento nella scelta dei mezzi destinati a garantire i diritti.¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁵ Va sottolineato che il controllo del Comitato può essere esercitato soltanto nei confronti degli Stati che hanno ratificato la Carta e hanno effettuato la dichiarazione prevista dall'articolo D Parte IV della Carta rivista e in relazione alle disposizioni che essi hanno espressamente accettato di applicare. Cfr. L. Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales*, op. cit., p. 61.

¹¹⁵⁶ Jimena Quesada ricorda (v. *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales* op. cit. p. 63) che il Ceds ha molto insistito sulla necessità di generalizzare il procedimento di reclamo collettivo.

¹¹⁵⁷ In tal senso, fra gli altri, A. Spadaro, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, op. cit., p. 32. Ma si veda, in modo più possibilista, L. Jimena Quesada, op. ult. cit., p. 94, richiamando il principio dell'applicazione del trattamento più favorevole previsto dall'art. 53 della CEDU, dall'art. 32 della Carta Sociale (art. H revisionata) e dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali della U.E.

¹¹⁵⁸ V. C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, op. cit.

¹¹⁵⁹ Per una recente ed attenta analisi della giurisprudenza del Comitato Europeo negli ultimi anni v. Mellado-Quesada-Beltrán, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo Ed., Albacete, 2014.

¹¹⁶⁰ v. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in forum dei costituzionalisti, op. cit. p. 6

Ma evidentemente la “fortuna” di un organismo privo di qualsiasi strumento d'intervento, che con mezzi non giurisdizionali ha saputo ottenere risultati forse, in qualche caso, più importanti di quelli ottenuti dalle due Corti europee di Lussemburgo e Strasburgo,¹¹⁶¹ nasconde logicamente più una domanda che la possibile soluzione. Allude - come la domanda implicita che pone la questione da cui ho preso le mosse, ossia la questione dei “principi di Ruggie” - al grande tema del rapporto con il mercato e, dunque, alla necessaria rivalutazione critica dell'inebriante modello di capitalismo affermatosi negli scorsi decenni, senza il quale né la “voce” del Ceds, né altre voci, per quanto autorevoli, potranno mai garantire il rispetto dei diritti sociali. Senza questa “presa di coscienza” - che non ha nulla di ideologico ma si fonda piuttosto su stringenti considerazioni circa il fallimento dell'economia politica dominante e sulle cause reali della crisi economica, che i maggiori economisti imputano, più che alle fatalità o alle convulsioni dei mercati, all'eccessivo e ingestibile livello raggiunto dalle disuguaglianze¹¹⁶² - difficilmente vedremo passi in avanti e probabilmente bisognerà affidarsi ancora al buon volere degli Stati, fin tanto che vorranno adempiere le raccomandazioni del Comitato dei Ministri per non “apparire” come soggetti che violano gli obblighi internazionali.¹¹⁶³

4. Crisi, riforma dei licenziamenti e Carta sociale europea.

Con gli interventi in nome delle politiche di *austerità* introdotti negli ordinamenti nazionali e in modo molto determinato, soprattutto, nei paesi più deboli dell'Eurozona, si sono visti in azione meccanismi ineguagliati quanto a capacità di condizionamento degli stati e dei loro organi rappresentativi. Probabilmente la riforma dei licenziamenti in Italia rappresenta anch'essa una prova dell'efficacissima influenza esercitata da organismi internazionali distanti e spesso invisibili, che tuttavia riescono magicamente a indirizzare l'economia politica degli stati.

L'intervento legislativo sopra citato, in due tappe - prima con la l. n. 92/2012 c.d. legge “Fornero”, poi con il d. lgs. n. 23/2015 del Governo Renzi - ha modificato profondamente l'assetto della materia.

Soprattutto l'ultimo intervento legislativo, per il suo carattere fortemente recessivo, è stato apertamente accusato aver prodotto una rottura con i principi costituzionali e con la stessa Carta Sociale europea.¹¹⁶⁴

¹¹⁶¹ V. in tal senso pure G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, op. cit., e G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit.

¹¹⁶² J. E. Stiglitz, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, 2012, trad. it. Einaudi Torino, 2013. Come scrive Piketty, “è difficile immaginare che un'economia e una società possano continuare a funzionare come se nulla fosse, con uno squilibrio così profondo tra i gruppi sociali” (v. *Il Capitale nel XXI secolo*, Bompiani ed., 2014, p. 455, in riferimento alla situazione dei paesi colpiti dalla crisi economica).

¹¹⁶³ Così G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato*, op. cit., il quale comunque giudica, forse con troppo ottimismo, molto efficace questo meccanismo di «implementazione» delle decisioni del Comitato negli ordinamenti nazionali.

¹¹⁶⁴ Nell'ordinamento italiano, il licenziamento del lavoratore è sottoposto ad una disciplina “vincolistica” ed è condizionato dal ricorrere di specifiche fattispecie autorizzatorie, previste e disciplinate dall'art. 3 l. n. 604/1966, in combinato disposto con l'art. 2119 cod. civile. Ne consegue che il licenziamento datoriale è sindacabile qualora non ricorra in concreto né una giusta causa né un giustificato motivo, soggettivo od oggettivo (motivi rispettivamente di natura disciplinare, ossia collegato ad una condotta del lavoratore, o per ragioni aziendali che rendono non più utile per il datore la prestazione lavorativa). Tali requisiti disegnano il perimetro di legittimità dell'atto, che ha carattere inderogabile, a cui si affianca l'area della nullità, variamente definita, ma sostanzialmente risultante dall'eventuale motivo discriminatorio o illecito ovvero dalla contrarietà dell'atto a norme imperative di legge (nullità espressa e nullità virtuale). La descritta condizione di validità del licenziamento è il sostrato comune a tutti i rapporti lavorativi di natura subordinata,

Sul banco degli imputati è in particolare la scelta di effettuare una distinzione di trattamento radicale, quanto alla tutela in materia di licenziamenti, fra i lavoratori assunti con i nuovi contratti (“a tutele crescenti”) e i vecchi assunti, già occupati alla data di entrata in vigore della neo-disciplina dei licenziamenti. Difatti ai primi, anche se impiegati in aziende con più di 15 dipendenti, si applica sempre e comunque la disciplina prevista dal decreto legislativo, che riduce quasi ad un’eccezione la portata applicativa della reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo, preferendo piuttosto disporre nella generalità dei casi una sanzione economica molto ridotta nel suo ammontare (pari a due mensilità per ogni anno di servizio, una sanzione dunque così ridotta da non poter costituire alcun deterrente alla violazione delle causali giustificatrici previste dalla legge per recedere dal rapporto lavorativo).¹¹⁶⁵ La norma è stata oltre tutto scritta in modo da impedire qualsiasi discrezionalità valutativa del Giudice, imponendogli un automatismo in base al quale al lavoratore (nella stragrande maggioranza dei casi) spetta, in caso di accertata illegittimità del recesso, la piccola somma risarcitoria prevista. Solo in caso di licenziamento discriminatorio o nullo resta fermo il principio della reintegrazione e dell’integrale risarcimento dei danni e, quanto all’area del licenziamento illegittimo, solo in una specifica e molto contestata ipotesi – ossia in caso di insussistenza del “fatto materiale” contestato al lavoratore in via disciplinare – residua la possibilità per il Giudice di disporre la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore licenziato ingiustificatamente.¹¹⁶⁶

Questa nuova e peculiare disciplina di legge - che ha indotto più volte il Presidente del Consiglio in carica ad affermare con malcelato orgoglio di aver “eliminato” l’art. 18 dello Statuto dei lavoratori - ha interrogato la dottrina, in presenza di fonti sovraordinate che sembrano invece esigere sempre, in caso di licenziamenti ingiustificati, una sanzione dissuasiva.¹¹⁶⁷

Oltre a destare notevoli perplessità sul piano della disparità di trattamento fra vecchi e nuovi occupati, che penalizza in modo selettivo e mirato i più giovani, una sanzione economica così evanescente sembra in realtà a ripristinare di fatto la libertà di licenziamento, annullando l’effetto “vincolistico” derivante dall’esistenza di fattispecie autorizzatorie inderogabili (giusta causa e giustificato motivo).

Nel valutare criticamente un cambiamento di marcia così radicale, ritenuto ingiusto sul duplice versante dell’effetto discriminatorio e del drastico regresso di tutele, sono state chiamate in causa, come si è accennato, oltre alle disposizioni costituzionali risalenti agli artt. 3, 4, 35, 36 e 41

mentre il sistema rimediale/sanzionatorio è oggetto di differenziazioni notevoli, basate, fino alla riforma introdotta con la l. n. 92/2012 (legge “Fornero”), sulla dimensione dell’unità produttiva, così da escludere dall’applicazione della reintegrazione disposta dall’art. 18, in caso di illegittimo licenziamento, i lavoratori impiegati nelle piccole aziende (entro il limite previsto originariamente dei 15 dipendenti, poi rivisto dalla l. n. 108/1990) a cui, viceversa, ai sensi dell’art. 8 l. n. 604/1966, si applicava unicamente la tutela c.d. repressivo-risarcitoria ivi prevista (da un minimo di 2,5 ad un massimo di sei mensilità di retribuzione, aumentabili fino a quattordici mensilità in caso di lavoratori con anzianità di servizio superiore a vent’anni).

¹¹⁶⁵ Ho trattato approfonditamente l’effetto discriminatorio della norma, che difficilmente potrà essere assolta in sede di verifica della sua legittimità costituzionale, nel mio *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, op. cit.

¹¹⁶⁶ Gli studi e le riflessioni sulle nuove disposizioni di legge sono talmente numerosi da essere praticamente...indicibili. Si rinvia, fra gli altri, per un commento esaustivo delle nuove disposizioni di legge a C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., ed ivi i riferimenti anche bibliografici.

¹¹⁶⁷ In tal senso v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.

2° comma della Costituzione, le fonti internazionali e il diritto della U.E., con le (diversificate) conseguenze del caso.¹¹⁶⁸

In questa prospettiva sono state invocate innanzitutto le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali della U.E., in particolare l'art. 30, ma la genericità del rinvio ad una tutela "adeguata" del lavoratore in caso di licenziamento è parsa impeditiva di una sua concreta operatività.¹¹⁶⁹ E poi si è invocato l'art. 24 della Carta Sociale Europea, sulla tutela dei lavoratori in caso di licenziamento, stante la sua ratifica con la l. n. 30 del 9/2/1999 che ha riguardato anche tale articolo, derivando da ciò la sua vincolatività.

Una generosa dottrina ha tentato di dedurre un potere di disapplicazione delle disposizioni nazionali difformi (fra le quali l'art. 3 d. lgs n. 23/2015, con riguardo alla sanzione risarcitoria prevista in caso di licenziamento), ovvero la possibilità di un'interpretazione adeguatrice della norma nazionale.¹¹⁷⁰ L'intervento manipolativo del giudice comune con disapplicazione della norma nazionale è però probabilmente da escludere.¹¹⁷¹ Più opportunamente, nell'ambito di un eventuale giudizio di costituzionalità,¹¹⁷² si potrebbero proporre i già richiamati argomenti della dottrina costituzionalistica per utilizzare la Carta come fonte interposta. Ovviamente bisogna sempre tener presente la difficoltà di operare una completa equi-ordinazione fra la Carta Sociale e la Convenzione dei diritti dell'uomo,¹¹⁷³ per quanto complementari e logicamente inserite in un comune progetto, rimanendo la Carta, seppure ingiustificatamente, "l'anello più debole dell'insieme di tutele previste per i diritti a livello sopranazionale".¹¹⁷⁴

¹¹⁶⁸ S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.; F. Buffa, *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, op. cit., 3; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit.; C. Salazar, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principio" dei diritti sociali?*, op. cit.

¹¹⁶⁹ Fra gli altri v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.; v. poi M. Marazza, seppure da altra prospettiva, in *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 2; in termini possibilisti A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli ed., Torino, 2015.

¹¹⁷⁰ v. V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit. p. 139

¹¹⁷¹ Cfr. C. Salazar, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"?*, op. cit., anche per i riferimenti. È bene ricordare che la nostra Corte costituzionale ha sempre rifiutato di collegare la CEDU all'art. 11 della Costituzione, diversamente da quanto invece ammesso pacificamente per il diritto della U.E., rispetto al quale non è mai stato in discussione il potere di non applicazione della legge interna contrastante con la fonte europea *self-executing* (v. sent. n. 349/2007 e 303/2011 per la dottrina secondo cui "dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione", così ribadita dalla recente sent. n. 96/2015). Sulla questione v. C. Padula, *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta Online*, 2016/II, qui p. 329 ss. Per una sintesi e un efficace inquadramento della questione v. C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta Online*, 2015/II, p. 495 ss.

¹¹⁷² v. ancora V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo* op. cit.

¹¹⁷³ Fra gli altri si veda G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit., il quale sottolinea la circostanza che i Trattati dell'Unione Europea non prevedono, diversamente da quanto fanno con la Convenzione europea, neppure la possibilità di adesione della U.E. alla Carta Sociale Europea. Del resto il depotenziamento della Carta è insito nel fatto che la sua ratifica non è richiesta quale condizione per l'ingresso nel Consiglio d'Europa, come invece è previsto per la Convenzione. Ma soprattutto la mancanza di una tutela di carattere giurisdizionale dei diritti analoga a quella prevista dalla Convenzione per i diritti umani pone obiettivamente la Carta su un piano di obiettività, maggiore debolezza.

¹¹⁷⁴ V. C. Panzera, *Stranieri e diritti nel sistema della Carta Sociale Europea*, in Panzera-Rauti-Salazar-Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Atti del Convegno internazionale di studi di Reggio Calabria del 26-27 marzo 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

Per superare il problema dell'effettività dei principi della Carta Sociale nell'ambito dell'ordinamento nazionale occorrerebbe, come giustamente nota Panzera, stralciare ogni remora dal considerare la Carta Sociale come fonte interposta, così come si è fatto con la CEDU, ritenere la giurisprudenza del Comitato "voce" fondamentale dell'interpretazione delle clausole del trattato ed infine operare una comparazione fra i diritti in gioco basata su una maggiore evidenza del principio del trattamento più favorevole.¹¹⁷⁵

Ma poi tutto da verificare resterebbe, anche in tal caso, l'effetto in concreto di questa possibile "proiezione" della Carta nell'ordinamento interno.

Bisogna considerare infatti che la Parte I, punto 24, della Carta stabilisce sì che "tutti i lavoratori hanno diritto ad una tutela in caso di licenziamento", ma come "obiettivo di una politica che [gli Stati, n.d.r.] perseguiranno con tutti i mezzi utili, a livello nazionale ed internazionale, per la realizzazione di condizioni atte a garantire l'esercizio effettivo" del summenzionato principio. L'art. 24, Parte II, della Carta, stabilisce poi il "diritto ad una tutela in caso di licenziamento" riconoscendo: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un *congruo* indennizzo o altra *adeguata* riparazione. A tal fine le parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale". Nell'Annesso alla Carta Sociale riveduta si prevede tuttavia che "s'intende che l'indennizzo o ogni altra riparazione adeguata in caso di licenziamento senza valido motivo deve essere determinata secondo la legislazione o regolamentazione nazionale, convenzioni collettive o in ogni altra maniera adeguata alle condizioni nazionali" (Art. 24, punto 4).

Si tratta di principi molto elastici, nonostante la previsione di criteri di congruità e adeguatezza della tutela per i lavoratori.

Mi sembrano dunque non facili da realizzarsi le speranze, pur sostenute da una parte della dottrina, di una possibile sanzione d'incostituzionalità della norma nazionale per contrasto con l'art. 24 della Carta Sociale europea, ammesso sempre che la Corte costituzionale applichi a favore della Carta sociale lo stesso *standard* di trattamento riservato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Del resto la stessa Convenzione ILO n. 158/1982 sui licenziamenti prevede che, qualora il licenziamento sia ingiustificato, se il giudice o gli organismi competenti a giudicare l'atto di recesso "*non hanno il potere di annullare il licenziamento e/o di ordinare o di proporre il reintegro del lavoratore, o non ritengono che ciò sia possibile nella situazione data, dovranno essere abilitati ad ordinare il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata*". Anche questa norma potrà certamente essere invocata dinanzi al Giudice delle leggi, ma si tratta, a ben vedere, di concetti generici che implicano un'ampia discrezionalità

¹¹⁷⁵ Oltre al saggio già citato nella nota precedente si veda di C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, op. cit. Si veda pure G. Guiglia, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali, *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; dello stesso autore *Le prospettive della Carta sociale europea*, op. cit.

dei legislatori nazionali, e sarà quindi difficile dedurne vincoli così stringenti da motivare l'illegittimità della norma di diritto interno qui esaminata.

Sul piano dell'interpretazione adeguatrice, orientata dalla Carta Sociale europea e della stessa Convenzione ILO, la genericità del richiamo ai canoni di adeguatezza di cui all'art. 24 cit. mi sembra in effetti impeditiva di un intervento correttivo del giudice comune, non potendosi rimettere al giudice né il potere di determinare, in base al proprio personale convincimento, la sanzione adeguata in caso di licenziamento illegittimo, né tanto meno il potere di applicare al caso concreto una norma diversa da quella prevista dal legislatore (ossia l'applicazione dell'art. 18 l. n. 300/1970, in luogo dell'art. 3 d. lgs. n. 23/2015, non potendo l'interpretazione conforme risolversi, com'è noto, in un effetto abrogativo).

Diversamente, la norma nazionale potrebbe essere oggetto di scrutinio negativo da parte della Corte costituzionale, ma sotto il profilo della giustificazione della disparità di trattamento con i lavoratori già occupati, ai quali continua ad applicarsi la tutela prevista dall'art. 18 l. n. 300/1970, stante la non ragionevolezza e proporzionalità del regresso, con una sanzione economica effimera e scarsamente selettiva, disposta soltanto per i "nuovi assunti".

In tal caso la Carta potrebbe effettivamente giocare un ruolo importante nella decisione di costituzionalità, giacché, pur non potendosi ritenere che i canoni di adeguatezza e congruità dell'art. 24 della Carta siano in grado *sic et simpliciter* di "motivare" l'illegittimità dell'art. 3 d. lgs. n. 23/2015, non v'è dubbio che essi dimostrino ulteriormente l'irragionevolezza della norma la cui applicazione è riservata, essenzialmente, ai giovani in cerca di occupazione.

5. La giurisprudenza del Ceds: una non casuale asimmetria di opinioni.

Proprio in materia di licenziamento e in particolare nel prendere posizione sul problema del risarcimento al lavoratore ingiustamente licenziato, la giurisprudenza del Ceds ha indicato in effetti principi che potrebbero essere letti come un "contraltare" a quelli sottesi alla nostra recente, ineffabile riforma dei licenziamenti.¹¹⁷⁶

Ma anche su molte altre questioni il Comitato ha assunto posizioni avanzate e fra queste un particolare richiamo va fatto alla decisione sulla normativa nazionale della Svezia introdotta in materia di negoziazione collettiva e diritti sindacali, a seguito dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nelle nota sentenza sul caso *Laval*.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁶ Il riferimento è alla decisione del Ceds citata da V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit., p. 141 in nota, anche se mancante di estremi precisi per la sua identificazione. Per un altro caso piuttosto interessante si veda la decisione pubblicata il 16/10/2013 sul reclamo n. 74/2011 *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) v. Norway*, in cui il Comitato ha rilevato la violazione dell'art. 24 della Carta della normativa nazionale che consentiva il recesso *ad nutum* del lavoratore per il solo fatto di aver superato i 62 anni, raggiungendo l'età pensionabile (età minima, non avendo il lavoratore superato l'età pensionabile obbligatoria di 70 anni).

¹¹⁷⁷ v. Decisione sul reclamo n. 85/2012. Il Comitato ha dichiarato la nuova legislazione svedese in contrasto con l'art. 19.4 lett. b) della Carta Sociale Europea. Anche in altri casi il Comitato europeo dei diritti sociali ha assunto posizioni in contrasto con le Corti europee. Si veda ad esempio il caso deciso dalla Corte EDU *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, 8 aprile 2014 (caso n. 31045/10), in cui i giudici di Strasburgo, nel giudicare non fondata la violazione dell'art. 11 della Convenzione da parte del Regno Unito, esplicitamente si dissociano dalla posizione in senso contrario assunta dal Comitato sulla medesima questione, in materia di procedure per l'esercizio del diritto di sciopero.

In questa decisione il Comitato si è discostato nettamente dall'orientamento meglio noto come "Laval quartet",¹¹⁷⁸ affermando che una restrizione di questi diritti collettivi, per essere conforme alla Carta sociale (v. art. 6.4 e art. G della Carta), non solo deve essere prevista espressamente dalla legge ma deve perseguire un fine legittimo (a tutela dei diritti e delle libertà di terzi, dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale, della salute pubblica o del buon costume) e ritenersi necessaria, in una società democratica, per conseguire questi fini, oltre a dover apparire proporzionata con l'obiettivo legittimo che si persegue.¹¹⁷⁹

Il principio di fondo della decisione del Ceds, in questa come in altre pronunce, è che gli Stati contraenti, sia quando sono chiamati a dare applicazione ad una direttiva dell'Unione Europea (tanto nell'elaborazione del testo che nella fase di sua trasposizione nel diritto interno) sia quando applicano attraverso disposizioni nazionali i pronunciamenti della Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, devono tener conto degli impegni che hanno assunto con la sottoscrizione della Carta. E difatti, proprio perché la Carta Sociale Europea e il diritto della U.E. sono sistemi giuridici differenti, e i principi, le norme e gli obblighi che formano il secondo non coincidono necessariamente con il sistema di valori, principi e diritti consacrati dalla prima, e tenendo conto del posto che occupano attualmente i diritti sociali nell'ordinamento giuridico della U.E., ovvero del contenuto e del processo di elaborazione della sua legislazione, risulta ingiustificabile per il Ceds, in termini generali, l'idea che il diritto della U.E. sia necessariamente conforme, nei suoi vari aspetti, alla Carta.¹¹⁸⁰

Naturalmente lo spettro delle pronunce del Ceds in materia di diritti sociali va ben oltre i diritti dei lavoratori e per apprezzarne compiutamente l'opera occorrerebbe valutare nel suo complesso la giurisprudenza anche con riguardo a materie ed aspetti molto delicati e complessi quali la protezione dell'infanzia, la tutela delle persone portatrici di handicap, i diritti degli stranieri e dei migranti, la tutela delle minoranze ed altro ancora.¹¹⁸¹

Ma indubbiamente i principi che il Ceds ha espresso in questa decisione sui diritti collettivi dei lavoratori hanno un particolare significato, ponendosi in consapevole opposizione a un orientamento della Corte di Giustizia che, pur in linea con il tradizionale e mai smentito primato della libertà di circolazione, appare in realtà poco attento al corretto bilanciamento fra diritti pure posti, in linea di principio, in posizione di equi-ordinazione dal punto di vista costituzionale.¹¹⁸² Se

¹¹⁷⁸ Per attente valutazioni della giurisprudenza successiva v. G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit.

¹¹⁷⁹ Si veda il punto 13 della decisione del Ceds.

¹¹⁸⁰ V. punti 2 e 3 della decisione n. 85/2012, trascritti nel testo quasi testualmente.

¹¹⁸¹ Per una rassegna puntuale e molto completa della giurisprudenza del CEDS v. L. Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales* op. cit., p. 63 ss.; una recente ed interessante pronuncia riguardante aspetti diversi a quelli lavoristici è stata recentemente pubblicata, in data 11/4/2016, sul reclamo n. 91/2013, *Confederazione generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italy*, in cui il Comitato ha rilevato la violazione della Carta nell'applicazione della l. n. 194/1978 che disciplina l'obiezione di coscienza dei medici e del personale non medico in relazione ai servizi di aborto. Decisione presa con l'opinione contraria del Presidente del Comitato.

¹¹⁸² Per una riflessione su questi temi sia consentito rinviare al mio *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in CSDLE "Massimo D'Antona". INT, n. 104/2014, ma anche in Forum dei Quaderni costituzionali. In precedenza il Ceds si era pronunciato su questioni riguardanti il diritto di negoziazione collettiva e di autotutela, ma si è trattato o di pronunce su questioni già toccate dalla giurisprudenza della CEDU, come nel caso delle restrizioni poste agli appartenenti ad alcune categorie come le forze armate e di polizia (v. ad esempio, le decisioni sui reclami n. 11/2001, n. 25/2004 n. 37/2006 e n. 83/2012) o sulle clausole di *closed-shop* (decisione sul reclamo n. 12/2002) o ancora riguardanti altre categorie di funzionari pubblici e lavoratori di particolari settori produttivi (decisione

unito a quello che il Ceds ha saputo formulare ed opporre alle più dure misure nazionali imposte dalle politiche di *austerità* dell'Eurozona, potrebbe forse parlarsi fondatamente di una non episodica asimmetria fra la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e la giurisprudenza del Ceds, riscontrabile del resto pure fra i rispettivi trattati (TFUE e Carta Sociale).

Ed infatti, mentre il Ceds ha promosso, in risposta ai reclami collettivi, una minuziosa verifica della compatibilità con la Carta Sociale delle misure nazionali e delle politiche di *austerità* imposte ai paesi più deboli dell'Eurozona,¹¹⁸³ la Corte di Giustizia europea, con la sentenza *Pringle*,¹¹⁸⁴ ha invece dichiarato sorprendentemente inapplicabile agli atti posti in essere nell'ambito del MES – e dunque alle misure concordate con la Commissione, BCE e FMI dagli Stati “debitori”, successivamente trasfuse in disposizioni cogenti all'interno degli ordinamenti nazionali – il sindacato di legittimità (o per meglio dire di costituzionalità) fondato sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. E la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, amplificando eccessivamente la portata della propria dottrina sul “margine di apprezzamento nazionale”, ha di fatto preferito assumere una posizione molto prudente, quasi astensionistica, nella contesa derivante dall'applicazione di misure e provvedimenti recessivi in grado di vulnerare significativamente i diritti sociali.¹¹⁸⁵

6. La (contro)riforma del diritto del lavoro in Italia (2011-2015).

La fase attuale del diritto del lavoro è contrassegnata da iniziative di riprogettazione di cui è molto difficile soppesare la reale autonomia, alla luce dei caratteri eterodiretti delle riforme imposte ai paesi dell'Eurozona e particolarmente ai più deboli, mentre molta chiara è la direttrice, che persegue logicamente un duplice obiettivo: da un lato produrre importanti risparmi della spesa destinata a finanziare le prestazioni di *welfare* impedendo il *deficit spending* e dall'altro portare avanti una concreta deregolazione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro, con una contestuale ri-regolazione in cui il valore sotteso non è più, con tutta evidenza, la tutela del “contraente debole” ma l'impresa come istituzione sociale (nella sua poliedrica realtà).

In questo paragrafo mi soffermerò su questi punti, in modo molto sintetico, prima di svolgere alcune brevi note conclusive.

sul reclamo n. 32/2005 e n. 59/2009). Per la prima volta in questa decisione si affronta il problema della diversa scala valoriale e normativa fra la carta sociale e l'ordinamento comunitario, in relazione ai diritti collettivi dei lavoratori.

¹¹⁸³ Su cui v. recentemente G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, op. cit. Sulle decisioni del Comitato riguardanti il caso della Grecia (soprattutto sulla decisione sul reclamo n. 80/2012) v. pure l'attenta valutazione di G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit.

¹¹⁸⁴ Sent. 27 novembre 2012 C-370/12. Ma bisogna ricordare pure le decisioni del Tribunale (sentenza 27 novembre 2012, cause T-541/10 e T-215/2011) e le ordinanze della Corte di Giustizia (ord. 7/3/2013 causa C-128/12 e ord. 26/6/2014 causa C-264/12), in cui si sono stati dichiarati irricevibili o si è declinata la competenza sui ricorsi promossi avverso le misure di *austerità* adottate in alcuni paesi europei.

¹¹⁸⁵ V. le sentenze *Koufaki v. Grece* (C-57665 e C-57657 del 2012) e *De Conceicao Mateus e Santos Januario* (C-62235 e C-57723/12). Sulla giurisprudenza che si è formata successivamente alle misure adottate dall'Eurozona per combattere la crisi economica, sia consentito rinviare al mio *I giudici europei di fronte alla crisi*, in Caruso-Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015. Più in generale, sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti sociali v. però le valutazioni di A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2013, 9 ss., sottolineando la visione “liberale” dei diritti sociali in questa giurisprudenza. Si veda pure, a tal riguardo, più recentemente, G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit. p. 14 ss. del paper.

Considerando in particolare il sistema di *welfare*, bisogna dire che nonostante tutti gli annunci fatti dai governi che si sono succeduti nel tempo, ancora oggi un'effettiva riforma del nostro "stato sociale" - tanto costantemente invocata e promessa quanto eternamente rinviata¹¹⁸⁶ - è di là da venire, anche se non sono mancati interventi congiunturali che hanno "cambiato pelle" all'organizzazione delle prestazioni assistenziali e previdenziali. Si pensi, a tal riguardo, all'attuazione oramai a regime (o quasi) del sistema contributivo, all'innalzamento dell'età pensionabile, all'eliminazione della pensione di anzianità (trasformata in pensione anticipata con penalizzazioni), agli interventi in materia di perequazione automatica delle pensioni (corretta dopo la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale), fino all'eliminazione della cosiddetta integrazione al minimo per le pensioni liquidate su contribuzione versata successivamente all'entrata in vigore della l. n. 335/1995, ed ancora, quanto alla sfera assistenziale dei lavoratori, all'eliminazione dell'indennità di mobilità, alla riduzione e successiva eliminazione degli ammortizzatori sociali in deroga, alla modifica della disciplina delle prestazioni di disoccupazione.¹¹⁸⁷

Bisognerebbe poi ricordare gli altri interventi recessivi, in materia di sanità, istruzione e trasferimenti agli enti territoriali, per avere un quadro chiaro della situazione riguardante l'intero comparto del *welfare* pubblico e universale nel nostro paese, ma qui, per esigenze di sintesi, si può solo richiamare, come un dato notorio e scontato, l'esistenza di un complessivo ridimensionamento dello stato sociale, con interventi che colpiscono purtroppo selettivamente le fasce più deboli.¹¹⁸⁸

Si tratta di interventi che, lungi dal cambiare in senso equitativo la struttura di fondo del sistema di *welfare* (affrontando temi cruciali quali il reddito di cittadinanza, la tutela dei giovani e dei lavoratori nelle transizioni da un impiego ad un altro, i servizi sociali e alle famiglie, tanto per citare alcuni dei più urgenti), obbediscono a esigenze eteronome (e palesemente, oltre tutto, di natura economico-finanziaria e non finalizzate ad obiettivi scolpiti per la modernizzazione del sistema).¹¹⁸⁹

Ma non è solo nei confronti del sistema previdenziale/assistenziale e del *welfare*, poiché anche le riforme sul lavoro hanno inciso profondamente sul nostro patrimonio dei diritti sociali - e può dirsi anzi che questi diversi ambiti di intervento siano complementari - nel tentativo (non si sa quanto fondato, in realtà) di rilanciare il sistema-paese.

Nell'ultimo quinquennio gli interventi chirurgici sul "corpo vivo" del diritto del lavoro italiano hanno conosciuto una sorprendente accelerazione.

¹¹⁸⁶ F. De Felice, *Nazione e crisi: le linee di frattura*. In *Storia dell'Italia repubblicana*, coordinata da Francesco Barbagallo, vol. III, Einaudi, Torino, 1996, p. 93. Ancora oggi, dopo venti anni, si possono riprendere le considerazioni di quest'autore.

¹¹⁸⁷ Per questa sintesi e per le interessanti considerazioni al riguardo, soprattutto in relazione al problema dell'eliminazione dell'integrazione al minimo delle pensioni, v. D. Mesiti, *I livelli minimi di tutela previdenziale*, di prossima pubblicazione, p. 7 del paper; per un'analisi realistica della situazione del sistema di welfare italiano v. M. Cinelli, *L'effettività delle tutele sociali fra utopia e prassi*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2016, I, 24 ss.

¹¹⁸⁸ La tendenza, a fronte di questo ridimensionamento, è dunque quella, esattamente colta da Spadaro del passaggio da una tutela pubblica ed universalistica ad una tutela di tipo privatistico, ossia affidata all'autonomia negoziale (v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale* (...), op. cit.

¹¹⁸⁹ Per un'analisi realistica dei problemi del nostro sistema di welfare derivanti dalle politiche dell'Eurozona e dagli obiettivi vincoli economici, si veda recentemente M. Ferrera, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Laterza ed. Bari, 2016.

Si possono ricordare qui, a volo d'uccello, i principali interventi legislativi e innanzitutto fra questi, l'art. 8 D.L. n. 138/2011, poi convertito in legge con modificazioni nella l. n. 148/2011.

In questa disposizione si è previsto, in sintesi, un potere derogatorio del contratto collettivo aziendale (sottoposto ad alcune condizioni procedurali che ne garantiscano almeno formalmente l'approvazione a maggioranza) sia nei confronti del contratto collettivo nazionale che della legge. È soprattutto l'estensione del potere derogatorio a livello aziendale nei confronti delle disposizioni di legge vigenti ad aver sorpreso, in negativo, quasi tutta l'intera comunità giuridica.¹¹⁹⁰ Vero è che tale potere derogatorio è subordinato al riscontro di condizioni specifiche a monte (il rispetto del criterio maggioritario per l'approvazione degli accordi, la stipula degli stessi da parte delle associazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale, la finalizzazione degli accordi "all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività"). Ma è altrettanto vero che né i criteri procedurali, né quelli finalistici, sono in grado di garantire l'utilizzo ragionevole di un tale potere para-normativo.

Allo stesso modo, sul piano contenutistico, resta il limite inderogabile della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea, ma se si considera che i diritti che costituiscono e formano il bagaglio del lavoratore subordinato sono stati introdotti soprattutto in via di legislazione ordinaria, si ha la misura della portata distruttiva di questa disposizione di legge.¹¹⁹¹ La stessa "geografia" sociale del nostro paese sarebbe (ed è ancora) a rischio di destrutturazione e disarticolazione, stante il nuovo rapporto potenzialmente paritario fra legge e contratto collettivo aziendale, se non fosse per il fatto che le Confederazioni sindacali Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto un patto intersindacale in cui si sono reciprocamente impegnate a non applicare l'art. 8 in questione.¹¹⁹² Ma, pur a fronte di tale importante "auto-limitazione", come un fenomeno carsico questa disposizione continua a scorrere nelle vene del sistema, producendo accordi aziendali che restano spesso sconosciuti.

Il secondo intervento in ordine di tempo e di importanza è la riforma dell'art. 18 l. n. 300 del 1970, conseguita con la l. n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), che ha spezzettato il sistema unitario e compatto della disciplina in materia di licenziamenti individuali in diversi e non sempre logicamente comprensibili modelli rimediali, con lo scopo, in realtà, di ridurre notevolmente l'area coperta dalla reintegrazione del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.¹¹⁹³

¹¹⁹⁰ Anche in questo caso è impossibile (e forse qui inutile) dar conto in modo completo degli autori che si sono occupati del tema, alcuni dei quali, bisogna dire, non aderirebbero alle considerazioni critiche qui esposte. Si veda per tutti F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, IPSOA ed. Milano, 2012; S. Scarponi, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in Riv. Giur. Lav., 2015, 1, p. 115 ss.

¹¹⁹¹ Pur essendo molto dubbia la sua costituzionalità, questa norma è stata oggetto di scrutinio della Corte costituzionale soltanto in relazione alla denuncia di violazione dell'art. 117 Costituzione, riguardando la valutazione della Corte la ben diversa questione del riparto di competenze ed escludendosi, sotto questo profilo, l'illegittimità della norma.

¹¹⁹² Si vedano a tal riguardo le considerazioni di S. Scarponi, op. ult. cit.

¹¹⁹³ Rovesciando, in sostanza, quella direttrice di politica del diritto per cui l'esclusione del regime rimediale della reintegrazione in materia di licenziamento ha costituito per lungo tempo un'eccezione giustificata da ragioni obiettive, collegate alla dimensione dell'azienda. Per una sofisticata esposizione critica delle ragioni sistematiche e valoriali della reintegrazione nel posto di lavoro, si leggano le pagine sempre attuali di Massimo D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, 1979, ora in Opere, I, Milano Giuffrè, 2000, p. 38 ss. Più recentemente v. M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili*

Con questo intervento legislativo è stato, fra l'altro, completamente annullato il rimedio della reintegra in caso di licenziamenti disciplinari viziati ed invalidi per violazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, disposizione che "governa" le procedure e stabilisce gli obblighi datoriali formali e procedurali in caso di esercizio del potere disciplinare (norma ritenuta da sempre, dalla giurisprudenza delle alte Corti, espressione di civiltà giuridica), sostituito ora da una blanda sanzione economica, con salvaguardia dell'effetto risolutivo dell'atto datoriale, ancorché illegittimo.¹¹⁹⁴

La reintegrazione, insieme al risarcimento integrale del danno subito dal lavoratore, residua in una sola ipotesi, prevista dall'art. 18, c. 1, vale a dire nel caso del licenziamento discriminatorio, che rappresenta la più grave delle patologie che possono riguardare la decisione datoriale di recedere dal rapporto lavorativo.

Si tratta, nel complesso, di una riforma che è stata criticata non solo per la non brillante costruzione logica delle proposizioni normative, ma anche per l'infelice scelta di frammentare la disciplina, la cui *ratio* spesso sfugge. Ed inoltre essa si risolve in un ridimensionamento del previgente e collaudato modello sanzionatorio pur in presenza di un interesse del lavoratore (ossia del contraente "incolpevole") alla continuità del rapporto di lavoro che è certamente da considerarsi più rilevante dell'opposto interesse alla tutela degli effetti risolutivi di un atto negoziale invalido ai sensi di legge.¹¹⁹⁵

La terza e ultima riforma in ordine di tempo, la più estesa e profonda, tocca un'area molto vasta di intervento e sarebbe sbagliato ridurla soltanto alla sua parte più nota e discussa, ossia alla disciplina del contratto a tutele crescenti, che, peraltro, altro non è se non una nuova disciplina del licenziamento per i contratti successivi all'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015 (di cui si è già parlato). E difatti gli altri decreti legislativi e in particolare il n. 81/2015, che contiene rilevanti modifiche sui rapporti di lavoro flessibile e sulla disciplina delle mansioni, non sono da meno, sia quanto a problematicità e criticità, sia quanto a cambiamenti d'orizzonte per il diritto del lavoro.¹¹⁹⁶

sostanziali e questioni controverse, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge "Fornero"*, Cacucci Bari 2012, p. 17 ss.

¹¹⁹⁴ Per considerazioni critiche sia consentito ancora rinviare al mio *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in Riv. Italiana di diritto del lavoro, 2014, I, p. 274 ss. Anche questo intervento legislativo ha visto la dottrina riflettere sia sul piano applicativo che sulle questioni di carattere generale ed è impossibile qui citare gli autori che sono intervenuti in questo dibattito. Per un'efficace sintesi si veda comunque P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2013, I, 147 ss. Sempre nel contesto di questa riforma, si è poi esclusa la reintegra in tutti i casi di licenziamento disciplinare privo di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, sostituita dal pagamento di un indennizzo (in verità abbastanza consistente, pari ad una somma ricompresa fra 12 e 24 mensilità di retribuzione), con analogo effetto validante dell'atto risolutorio illegittimo; e ciò, con l'eccezione delle sole ipotesi in cui l'atto di recesso per motivi disciplinari sia stato fondato sulla contestazione di un fatto insussistente, oppure nel caso in cui il fatto commesso dal lavoratore risulti sanzionato, in base alle previsioni dei contratti collettivi o dei codici aziendali, con una sanzione di tipo "conservativo", ossia non tale da comportare la cessazione a titolo definitivo del rapporto lavorativo (sono sanzioni di questo tipo, ad esempio, la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione o la multa). Mentre nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (così definito dall'art. 3 l. n. 604/1966 quando il licenziamento individuale è collegato a motivi di carattere aziendale) la nuova disciplina di legge introdotta con l. n. 92/2012 prevede la reintegra soltanto nel caso della "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento", ripiegandosi sull'indennizzo economico (da 12 a 24 mensilità) in tutti gli altri casi (di "semplice" insussistenza).

¹¹⁹⁵ Fra gli altri, si veda la lucida analisi di O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.*, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 159/2012.

¹¹⁹⁶ La nuova disciplina del licenziamento per i nuovi assunti è stata descritta in modo sintetico nel precedente § 4.

Particolarmente problematico è il massiccio, esteso ricorso alla tecnica di derogabilità introdotta dal legislatore nei confronti delle disposizioni di tutela, peraltro molto ridimensionate nella loro portata e ri-centrate, come si è già accennato, attorno all'obiettivo della tutela dell'impresa piuttosto che del "contraente debole".

Rovesciando uno dei postulati storici del diritto del lavoro italiano, il legislatore ha adottato come proprio "stile" normativo, che ne caratterizza la legislazione, non più quello che è stato definito come il modello interventista per eccellenza nelle relazioni giuridiche dei privati, ossia la "norma inderogabile", che comporta l'efficacia immediata ed invalidante delle disposizioni di legge e di contratto collettivo sulle difformi previsioni contrattuali delle parti (lavoratore e datore di lavoro) con sostituzione automatica delle clausole, ma esattamente il suo opposto, ossia la generale e diffusa derogabilità delle disposizioni normative di tutela, sia a livello individuale che con la mediazione di un accordo collettivo (ma anche di livello aziendale).¹¹⁹⁷

7. La Carta Sociale e il contro-riformismo. Conclusioni.

In definitiva, nella riorganizzazione del sistema del diritto del lavoro, sono stati messi in cantiere – o già completamente realizzati – interventi che incrociano criticamente le disposizioni della Carta Sociale Europea.

Sulle questioni più rilevanti qui appena richiamate vengono in gioco il diritto alla sicurezza sociale previsto dall'art. 12 parte II della Carta Sociale Europea, il diritto ad eque condizioni di lavoro (art. 2 parte II) e a un'equa retribuzione (art. 4 parte II), i diritti sindacali previsti dall'art. 5 e il diritto di negoziazione collettiva (art. 6 parte II), il diritto ad una tutela in caso di licenziamento (art. 24 parte II, di cui si è già discusso), infine il diritto alla dignità sul lavoro (art. 26 parte II).

Le modifiche al nostro modello di welfare e al "sistema" dei diritti, riassunte in modo sommario, hanno disarticolato l'assetto precedente, ma bisogna riconoscere, con obiettività, che per quanto radicali siano questi cambiamenti, difficilmente (o forse solo in qualche caso) possono essere ritenuti così gravi da violare gli standard minimi previsti dalla Carta sociale.

Le misure nazionali più dure adottate dagli stati, sottoposti alle direttive della troika europea in modo palese (attraverso i c.d. Memorandum d'intesa) o in modo più informale (come in Italia), sono state vagliate dalle alte Corti e solo le Corti nazionali, in alcuni casi, ma esclusivamente per violazione del principio di "uguaglianza proporzionale" (come scrivono i giudici portoghesi), ne hanno decretato l'espunzione dall'ordinamento. Le Corti europee, lo abbiamo detto, si sono per così dire "astenuite" da ogni interferenza con le scelte anti-crisi adottate dagli stati nazionali, mentre soltanto il Ceds, che non è una "Corte", si è fatto garante dei diritti sociali vagliando criticamente, alla luce dei principi della Carta sociale, alcuni dei più estremi provvedimenti di *austerità*.

Ma allora la Carta sociale serve davvero?

La Carta vale, per il diritto del lavoro italiano, come indicazione di un limite ma soprattutto come rappresentazione di un "manifesto", di un obiettivo, il *decent work*, a cui si ispira del resto l'ILO a

¹¹⁹⁷ Per approfondire questo aspetto cruciale della riforma, si veda il mio *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT n. 276/2015.

livello globale, che ne ha fatto un programma di altissime ambizioni – *the Decent Work Agenda*, rilanciata da ultimo durante l'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel settembre 2015 e basata sui quattro pilastri della creazione di occupazione, della protezione sociale, dei diritti sul lavoro e del dialogo sociale, parte integrante della nuova Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile.¹¹⁹⁸

Nello studio dell'ILO "*Decent Work Indicators*" del dicembre 2013 la stabilità e la sicurezza del lavoro costituiscono indicatori statistici del quadro di valutazione del *decent work*. Non è dunque del tutto arbitrario sostenere che le recenti riforme del lavoro siano in effetti destinate ad allontanare (piuttosto che ad avvicinare, come si sarebbe auspicato) il nostro paese dall'obiettivo di centrare quegli indicatori che l'ILO considera particolarmente rilevanti ai fini della *Decent Work Agenda*, che pure è stata oggetto di impegno solenne del nostro Stato nell'Assemblea generale dell'ONU.

Naturalmente anche gli altri diritti enunciati dalla Carta vanno considerati elementi tipici e rappresentativi di un lavoro "dignitoso" e dunque è nel complesso delle tutele sociali che bisogna registrare una fase di inaspettata regressione. Come viene segnalato dall'ILO nel rapporto *World Employment and Social Outlook 2015*, la precarietà, la stagnazione salariale, la disoccupazione giovanile, sono piuttosto fenomeni che, con la crisi finanziaria, tendono a rafforzarsi anziché diminuire, estendendosi in paesi, come nella nostra "vecchia" Europa, che sembravano essere immuni da questi problemi. E qui bisognerebbe forse ricordare la responsabilità delle classi dirigenti, come in Italia, che hanno lasciato crescere e proliferare nell'ordinamento – o al di fuori di qualsiasi regolazione normativa – contratti flessibili senza garanzie, forme di "precariato" sempre più spinte per lo più riservate alle giovani generazioni, di cui oggi verifichiamo l'impatto sociale disastroso (basti qui ricordare il d. lgs. n. 276/2003 e poi a seguire altri discutibili modi d'impegno, dagli stage ai voucher, che si risolvono, in realtà, in nient'altro che un cinico sfruttamento del lavoro giovanile).

Quando parliamo di "lavoro dignitoso" o *decent work*, è tuttavia opportuno, oltre che criticare le iniziative legislative recenti, ricordare come anche nei paesi più sviluppati e nella civilissima Europa, fin dentro i nostri confini e si potrebbe dire "dietro l'angolo", nonostante i nostri "sacri" principi a difesa dei diritti umani, si manifestino continuamente, in modi diversi ma sempre più

¹¹⁹⁸ Come si legge sul sito www.ilo.org "*Decent work has become a universal objective and has been included in major human rights declarations, UN Resolutions and outcome documents from major conferences including Article 23 of the Universal Declaration of Human Rights (1948), the World Summit for Social Development (1995), World Summit Outcome Document (2005), the high level segment of ECOSOC (2006), the Second United Nations Decade for the Eradication of Poverty (2008-2017), Conference on Sustainable Development (2011) and in the UN's 2030 Agenda for Sustainable Development (2015)*".

numerosi, fenomeni elusivi delle norme di protezione sociale (il cosiddetto “lavoro nero”) o addirittura assimilabili ad una moderna schiavitù o servitù,¹¹⁹⁹ evocando un passato che ritorna riproponendo gli stessi problemi di un tempo.¹²⁰⁰

Non a caso, fra le poche disposizioni innovative con scopo di tutela dei diritti, nel corso della legislatura si è approvata una nuova disciplina sul “caporalato” (l. 29 ottobre 2016 n. 199), fenomeno che si riteneva scomparso e torna invece a presentarsi nelle pieghe del mercato del lavoro italiano.

In definitiva, per concludere, pare corretto dire che le (contro)riforme degli ultimi anni (qui sono state citate le più importanti) smontano i congegni garantisti che avevano assicurato la garanzia di un trattamento economico e normativo della classe lavoratrice sostanzialmente rispettoso di quel compromesso fra istanze sociali e libertà economiche che pervade la nostra Costituzione, cristallizzandosi nella formula del secondo comma dell’art. 41 della Costituzione e rinnovandosi poi nella pratica sociale, nell’esperienza della contrattazione collettiva e nella stessa legislazione nei decenni successivi.

Cadono uno dopo l’altro i dispositivi legali o contrattuali che ne costituivano l’ossatura. E cadono perché è il legislatore nazionale – nel contesto di una democrazia parlamentare sempre più debole e sotto l’influenza decisiva di poteri sovranazionali “irresponsabili” in quanto non democraticamente legittimati – a volerlo, sia pure, forse, *obtorto collo*. Che queste riforme non siano certo mosse dagli obiettivi – probabilmente utopistici – della *decent work agenda*, sembra finanche pleonastico ricordarlo. E che esse, almeno in parte, non siano consonanti con i principi della Carta Sociale Europea lo si è visto molto chiaramente in precedenza.¹²⁰¹

A fronte di un mercato del lavoro legale colpito dalla *deregulation* si allarga sempre più l’area del mercato del lavoro “invisibile” in cui la Carta sociale, i principi a tutela dei diritti umani della Convenzione, la Carta dei diritti fondamentali e la nostra stessa Costituzione, scompaiono, *tamquam non essent*, annegati nel mare delle nostre contraddizioni. Discutendo di *decent work* o di diritti

¹¹⁹⁹ Su questi temi si legga, dal versante sociologico più che giuridico, il sempre attuale lavoro di F. Carchedi-G. Mottura-E. Pugliese, *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, FrancoAngeli ed., Milano, 2003. Problemi analoghi emergono a livello globale e hanno indotto l’ILO ad adoperarsi per la sottoscrizione di un Protocollo nel 2014 (n. 203) denominato “*Forced Labour Convention. Supplementary Measures*” e destinato ad entrare in vigore nel Novembre 2016 (integrando e rafforzando il contenuto delle Convenzioni ILO n. 29/1930 e n. 105/1957). Ma si veda pure la Convenzione *Migrant Workers* del 1990 e in particolare l’art. 11 che sancisce il divieto di tenere un lavoratore migrante o un membro della sua famiglia in condizioni di schiavitù o di servitù e particolarmente il secondo paragrafo della disposizione che vieta di adibire i migranti al lavoro forzato o obbligatorio.

¹²⁰⁰ Si ricorda che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea prevede all’art. 5 che “nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù”, introducendo così un concetto nuovo nell’ambito degli ordinamenti europei come la servitù. Pure in questo caso si pone il problema, seppure su un piano sociale e giuridico, dell’effettività di questo essenziale divieto. La differenza fra schiavitù e servitù è molto labile ma si potrebbe ritenere che la servitù implichi una relazione personale fra datore di lavoro e servo, che la coercizione insita nella condizione di servaggio non si manifesti con violenza esplicita ma comporta più spesso una condotta abusiva, fondata sull’isolamento in cui viene tenuta la persona asservita e dunque sull’esclusività del rapporto servo-padrone, infine l’assenza di qualsiasi forma di contrattazione (v. al riguardo G. M. Giammarinaro, in *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, in F. Carchedi-G. Mottura-E. Pugliese, *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, op. cit.).

¹²⁰¹ Per un’analisi molto realistica della situazione dei diritti sociali in Europa si veda il *Documento di Bruxelles sul futuro della protezione dei diritti sociali in Europa*, presentato il 12 e 13 febbraio 2015 nella Conferenza di Bruxelles sul tema, a cura di un gruppo di 31 esperti indipendenti e patrocinato dal Consiglio d’Europa, ed in cui ci si pone, come problema prioritario, proprio l’efficacia della Carta Sociale Europea, in primo luogo per garantire l’uniformità della sua applicazione in tutti gli Stati del Consiglio d’Europa e in secondo luogo per ottenere la ratifica da parte di tutti gli Stati del Protocollo del 1995 sui reclami collettivi.

fondamentali del lavoro ci sono dunque molti aspetti e “mondi” paralleli da esplorare, che rinviando, a ben pensare, al problema cruciale di come coniugare – semmai è possibile – il passo indietro richiesto alla regolazione *hard* con la risoluzione di questioni sociali che richiederebbero, verosimilmente, più (e non meno) stato, più (e non meno) norma inderogabile di tutela. Senza cui, probabilmente, i problemi critici delle disuguaglianze sociali – problemi oramai ritenuti dai più accreditati studiosi non più rinviabili e tali da pregiudicare, se non affrontati con cure radicali, ogni *chance* di uscita definitiva dalla crisi e di sviluppo futuro delle nostre società – resteranno piaghe aperte in grado di produrre i più perversi effetti, in campo sociale, politico ed economico.

Molti giuslavoristi sperano ora in un ripensamento critico del legislatore (una poco probabile “riforma della riforma”) o in un intervento del Giudice delle leggi, mentre alle porte sta giungendo il referendum promosso dalla Cgil che mira all’abrogazione in toto del d. lgs. n. 23/2015.¹²⁰² Ma, al di là del successo di queste iniziative e della fondatezza delle speranze riposte nella resipiscenza del legislatore, sembra molto difficile immaginare, in generale, un radicale cambiamento di prospettiva se non cambia il clima generale e, fuor di metafora, non si prende finalmente consapevolezza del fallimento di quella che Stiglitz ha ribattezzato come economia politica *offertista*,¹²⁰³ accecata dall’idea (tipica del credo neo-liberista) secondo cui la crisi si risolve sul lato dell’offerta (e non della domanda) mediante il semplice agire sulle regole dei mercati. Occorrerebbe piuttosto la revisione critica delle politiche che gli stati (e non altri) hanno praticato, secondo un basilare principio di responsabilità dei governanti nei confronti dei governati.¹²⁰⁴

Si è fatto un cenno al tema del mercato del lavoro invisibile, in cui prosperano le illegalità e i rapporti di lavoro sono affidati al puro arbitrio del più forte sul più debole. Un “combinato disposto” che oggettivamente finisce per contribuire al *downgrading* della nostra società nazionale, ostacolando, per usare un eufemismo, la realizzazione dei diritti della Carta Sociale Europea. Al contempo, proprio per questo reclamando e ri-legittimando il sostegno giuridico al “contraente debole” (sempre più debole e paradossalmente sempre più solo), per riqualificare il sistema di norme inderogabili, abbandonato per strada dai nostri legislatori per obiettivi non sempre chiari che assoceremo per sempre alle politiche europee di *austerity*, precarizzando e creando lavoro “senza qualità”.

Per tornare un’ultima volta a Thomas Schultz, nel diritto del lavoro il *diritto transnazionale senza stato* può molto ma non tutto. E quel che conta di più sta nel mezzo.

¹²⁰² Il referendum proposto dalla Cgil dovrebbe tenersi nella primavera del 2017 e riguardare, oltre al contratto a tutele crescenti, il regime di disciplina dei voucher e alcune norme in materia di appalto, vale a dire quelli che possono considerarsi fra gli aspetti più discutibili dell’attuale diritto del lavoro.

¹²⁰³ J. Stiglitz, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, op. cit., qui p. 357 ss. della traduzione italiana

¹²⁰⁴ Secondo Spadaro la tutela dei diritti sociali troverebbe sedi più idonee e recettive nelle Corti nazionali che sovra-nazionali. Sostiene l’autore che “potrebbe parlarsi, qui, di diritti negletti sul piano internazionale ma (presumibilmente attraverso l’invocazione dei controlli) riconosciuti/garantiti sul piano nazionale”, sicché, in definitiva, “i diritti sociali – n.b.: solo nella misura in cui vengono riconosciuti quale parte integrante del nucleo duro del singolo ordinamento costituzionale – potrebbero essere l’ultima ed estrema forza di rivendicazione della sovranità nazionale”, vista la posizione assunta dalle Corti europee nel contesto della crisi europea (v. A. Spadaro, *Sull’aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, op. cit. p. 512). La questione, dal punto di vista di un giuslavorista, è ovviamente molto interessante. Sia consentito soltanto dire che, se così fosse, l’accerchiamento dello stato sociale sarebbe praticamente completato, chiudendo nelle arene nazionali la tutela dei diritti sociali, sia quanto a competenze legislative/regolative che quanto ai livelli di protezione in via giurisdizionale, mentre tutti i meccanismi economici e istituzionali che governano il mercato e determinano di fatto le condizioni di accesso a questi diritti, sono al di fuori dei confini nazionali e bypassano i poteri sia statali che giudiziari.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo “organizzativo”: la fattispecie*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. I requisiti di identificazione della fattispecie.	360
2. Rilevanza del giustificato motivo oggettivo “organizzativo”.	361
3. La rilevanza delle ragioni alla base della soppressione del posto di lavoro, il criterio dell’inutilità sopravvenuta della prestazione e gli indicatori di ottimizzazione del processo produttivo.	364
4. L'obbligo di repechage: l'onere del datore di lavoro e la cosiddetta allegazione del lavoratore.	366

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 317/2016

1. I requisiti di identificazione della fattispecie.

Come è noto l'art. 3 della legge n. 604 individua la fattispecie del giustificato motivo oggettivo nelle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Dalla esegesi della norma risulta che i requisiti del giustificato motivo oggettivo sono tre:

- 1) Le ragioni che determinano la soppressione del posto di lavoro;
- 2) il nesso di causalità che esiste tra la soppressione del posto e il licenziamento;
- 3) l'obbligo del *repechage*.

L'identificazione del primo requisito è controversa.

Infatti, secondo un primo orientamento il datore di lavoro sarebbe tenuto a provare l'effettività e la veridicità della soppressione del posto e il nesso di causalità tra questa e il licenziamento e si aggiunge, dovrebbe provare in buona sostanza che il licenziamento non sia pretestuoso.

In buona sostanza per questo orientamento il giudice non deve verificare le ragioni che hanno determinato la soppressione del posto.

Tale orientamento, inoltre, sembra porsi in contrasto con la stessa lettura tradizionalmente accolta dell'art. 3, l. n. 604/1966, perché finisce con lo svalutare due dei tre elementi costitutivi della fattispecie astratta, ossia da una parte le "ragioni" che dovrebbero determinare la soppressione del posto (identificando la causa – la ragione –, con l'effetto della stessa – la soppressione), e dall'altra parte il nesso di causalità (atteso che le ragioni dovrebbero determinare il licenziamento, mentre secondo il succitato orientamento, in definitiva il nesso, tautologicamente, sussisterebbe tra la soppressione del posto ed il licenziamento).

Si noti che il confine tra licenziamento pretestuoso e ritorsivo è talvolta molto labile e si risolve sul piano della prova, non sempre agevole per il lavoratore. E tuttavia le conseguenze sono assai diverse perché nel caso del licenziamento pretestuoso la sanzione è il risarcimento mentre per il licenziamento ritorsivo che rientra nell'area del licenziamento discriminatorio la sanzione è quella della reintegrazione.

Secondo un altro orientamento è invece necessario che il licenziamento sia determinato da una ragione economica come ad esempio la difficoltà non temporanea ma duratura attinente alla scarsa produttività (riduzione del fatturato, aumento eccessivo dei costi di produzione) o all'organizzazione del lavoro (sostituzione di una prestazione manuale con la macchina) o al regolare funzionamento di essa.

Secondo questa tesi la facoltà dell'imprenditore di sopprimere un posto di lavoro sussisterebbe solo per fare fronte a situazioni economiche sfavorevoli non contingenti oppure a spese straordinarie.

In realtà questa interpretazione non solo non tiene conto che il valore della concorrenza proprio della normativa europea è ormai penetrato come criterio di interpretazione anche della normativa italiana e sembra ormai persuasiva e prevalente la tesi che la nostra normativa mira a garantire l'esistenza e la competitività sul mercato dell'impresa ben prima che la stessa si trovi in situazione di difficoltà economica.

Si aggiunga che il sindacato del giudice sulle ragioni economiche alla base del licenziamento finisce, il più delle volte, per lambire il merito delle scelte imprenditoriali, anche se le sentenze che accolgono quest'orientamento premettono sempre che è precluso al giudice il sindacato di merito sulle scelte imprenditoriali.

Se è vero quindi che la giurisprudenza unanime riconosce che al giudice è precluso il controllo di merito, ciò non significa che la decisione imprenditoriale sia sottratta al controllo di legittimità. Controllo che ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 non può esaurirsi come invece sostiene una parte della dottrina e della giurisprudenza soltanto nell'accertamento della sussistenza e della veridicità della soppressione del posto e nell'accertamento del nesso di causalità tra la soppressione del posto e il licenziamento, ma deve avere come oggetto la sussistenza e la veridicità delle ragioni che hanno determinato la soppressione del posto di lavoro¹²⁰⁵. Né si può dire che, in questo caso, il controllo del giudice ha come oggetto la congruità e l'opportunità delle scelte organizzative ovviamente insindacabili da parte del giudice ai sensi dell'art. 41 cost.

Certamente una difficoltà stabile dell'impresa o la riduzione del fatturato, imponendo una riduzione dei costi, o la semplice riduzione dei costi per restare competitivi nel mercato ormai globale integrano gli estremi del requisito economico e possono considerarsi ragioni che legittimano la soppressione di un posto e quindi del licenziamento.

2. Rilevanza del giustificato motivo oggettivo "organizzativo".

Si tratta però di stabilire se al di là delle "ragioni" economiche anche una ragione esclusivamente organizzativa sia di per se sufficiente ad integrare uno degli estremi della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

E nel principio di diritto enunciato nella motivazione di una recentissima sentenza della Cassazione 7 dicembre 2016 n. 25201 trova riconoscimento la definizione di giustificato motivo organizzativo distinto da quello economico.

¹²⁰⁵ Per i suddetti motivi non può essere condivisa la sentenza della Suprema Corte che ha qualificato come giustificato motivo oggettivo l'assenteismo "a macchia di leopardo" di un lavoratore che, senza superare il periodo di comporto e quindi non essendo licenziabile ai sensi dell'art. 2110 c.c., danneggiava comunque il regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro.

Non condivido la soluzione proposta da questa sentenza perché nella fattispecie concreta comunque non si ravvisa la soppressione del posto di lavoro e l'inutilità della prestazione di lavoro ma per stessa ammissione del datore di lavoro ogni volta era necessario provvedere alla sostituzione del lavoratore assente perché evidentemente la mansione svolta era indispensabile per quel tipo di organizzazione del lavoro.

In realtà nel caso esaminato dalla sentenza il comportamento del lavoratore assente appare più propriamente riconducibile allo scarso rendimento che, peraltro, non è riconosciuto dalla giurisprudenza come fattimotivo soggettivo. Infatti lo scarso rendimento del lavoratore rileva nei limiti della negligenza del lavoratore e cioè da una violazione della diligente collaborazione dovuta dal lavoratore al datore di lavoro e cioè dell'inadempimento.

La difficoltà di sganciare lo scarso rendimento dalla negligenza dipende dalla difficoltà di stabilire la soglia minima di produzione e cioè di misurare oggettivamente lo scarso rendimento indipendentemente dalla negligenza.

E come è noto, sono le parti collettive che di regola individuano la soglia minima di produzione nella determinazione delle tariffe di cottimo anche se è appena il caso chiarire che lo scarso rendimento ha tratto all'esecuzione della prestazione mentre il cottimo, come è stato definitivamente chiarito, è una forma di retribuzione commisurata al risultato nell'unità di tempo e non alla durata temporale della prestazione.

In altri termini lo scarso rendimento, a mio avviso, si colloca nell'area dell'inesatto adempimento e quindi può integrare una ragione che giustifica il licenziamento per giustificato motivo soggettivo purché si tratti di notevole inadempimento non risultando sufficiente né l'inadempimento né tanto meno l'inadempimento di lieve entità.

E l'inesatto adempimento non può certo dar luogo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Infatti, si afferma che “è sufficiente che le ragioni inerenti all’attività produttiva e all’organizzazione del lavoro determinino un effettivo mutamento dell’assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa”. E tra “le ragioni” la Suprema Corte “non esclude anche quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell’impresa”¹²⁰⁶.

E ancora nel principio di diritto enunciato in questa motivazione si conferma implicitamente quanto affermato da un’altra recente sentenza del 28/09/2016 n. 19185 secondo la quale il giustificato motivo oggettivo “organizzativo” rileva a condizione che il licenziamento sia la conseguenza e non la causale del riassetto organizzativo¹²⁰⁷.

E tuttavia quest’ultima sentenza ha elevato “la soppressione del posto” a rango di primo presupposto del giustificato motivo oggettivo senza preoccuparsi di verificare le ragioni del riassetto organizzativo che sono alla base della soppressione del posto, mentre la sentenza del 7 dicembre 2016, da un lato, riafferma il controllo da parte del giudice della veridicità e della sussistenza della causale economica, (se) addotta dall’imprenditore a monte della scelta espulsiva, e dall’altro, al di fuori di tale ipotesi, per la soppressione di una individuata posizione lavorativa ritiene che “la ragione organizzativa e produttiva che determina il ridimensionamento del personale” possa identificarsi nell’effettivo mutamento dell’assetto organizzativo.

Orbene questa motivazione può prestarsi a qualche osservazione e puntualizzazione.

In primo luogo la motivazione esclude che l’andamento economico negativo dell’azienda costituisca presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare e il giudice accertare e però per contro afferma che ove il licenziamento sia stato motivato richiamando l’esigenza di fare fronte a situazioni economiche sfavorevoli ovvero a spese notevoli di carattere straordinario, e in giudizio si accerti che la ragione indicata non sussiste, il recesso può risultare ingiustificato per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità e sulla pretestuosità della causale addotta dall’imprenditore.

Ma a ben riflettere non è affatto persuasivo che lo stesso fatto possa assumere o non assumere rilevanza causale e quindi diventare un requisito della fattispecie a seconda che sia menzionato o non menzionato nella lettera di intimazione del licenziamento.

Inoltre nel principio di diritto si afferma anche che è sufficiente che “le ragioni inerenti all’attività produttiva e all’organizzazione del lavoro tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell’impresa, determinino un effettivo mutamento dell’assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa”

¹²⁰⁶ Secondo questa sentenza è legittimo il licenziamento intimato da un’azienda per soppressione della mansione di direttore operativo per ridurre la catena di comando.

¹²⁰⁷ Secondo la sentenza 19185 del 2016 “certe mansioni invece di essere assegnate ad un solo dipendente possono essere suddivise tra più lavoratori ognuno dei quali le vedrà aggiunte a quelle già espletate: il risultato finale fa emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che vi era addetto in modo esclusivo o prevalente. In tale evenienza il diritto del datore di lavoro di ripartire diversamente determinate mansioni fra più dipendenti non deve far perdere di vista la necessità di verificare il rapporto di congruità causale fra scelta imprenditoriale e il licenziamento nel senso che non basta che i compiti espletati dal lavoratore licenziato risultino essere stati distribuiti ad altri ma è necessario che tale riassetto sia all’origine del licenziamento anziché costituirne mero effetto di risulta”.

In altri termini la sentenza, in alternativa alla ragione economica, da verificare così come addotta dal datore di lavoro nei suoi presupposti fattuali, individua la ragione di tipo organizzativo nell'effettivo riassetto organizzativo o nella migliore efficienza gestionale ovvero in un incremento della redditività dell'impresa ma esonera il datore di lavoro dall'onere di indicare i parametri e criteri oggettivi che consentano al giudice di verificare l'effettività e la veridicità delle ragioni alla base della soppressione del posto e quindi del licenziamento.

Sotto questo profilo quindi la sentenza sembra accogliere la tesi della mera non pretestuosità del licenziamento.

Ne consegue che:

- solo ove il datore di lavoro adduca una ragione economica alla base della soppressione del posto, il giudice è legittimato a verificare la veridicità e la sussistenza di questa causale;
- ove invece il datore di lavoro adduca una ragione di tipo organizzativo alla base della soppressione del posto, il giudice deve limitarsi ad accertare la modifica della struttura organizzativa (che può identificarsi nella redistribuzione delle mansioni o soppressione della funzione alla quali era addetto il lavoratore, o nell'esternalizzazione della sua attività a terzi, o nella innovazione tecnologica che rende superfluo il suo apporto), perché è lo stesso riassetto organizzativo, nelle motivazioni della Corte, la ragione di cui l'imprenditore deve fornire la prova.

È però fin troppo evidente, a fronte di questa impostazione interpretativa, che da oggi in poi qualunque imprenditore si guarderà bene dall'indicare le ragioni economiche alla base del licenziamento, per non cadere sotto la scure dell'accertamento del giudice, ma si limiterà a dedurre genericamente nella lettera di licenziamento l'esistenza di un riassetto organizzativo alla base del licenziamento (ad es.: effettiva soppressione o redistribuzione delle funzioni e mancata assunzione di altri lavoratori).

D'altra parte, come si è detto, la sentenza omette (forse volutamente) di indicare parametri e criteri oggettivi che consentano al giudice di accertare la veridicità e la effettiva sussistenza delle ragioni organizzative addotte dal datore di lavoro per timore che il suo sindacato possa essere considerato di merito.

Ma a questo proposito si deve chiarire una volta per tutte che il sindacato sulla sussistenza e veridicità delle ragioni "organizzative" addotte dall'imprenditore per giustificare la soppressione del posto non deve essere confuso con il sindacato di merito sulla congruità delle scelte dell'imprenditore, perché in quest'ultimo caso si tratterebbe di un controllo discrezionale non consentito, mentre nel primo caso il controllo del giudice è di legittimità e quindi non solo è consentito, ma doveroso ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966.

In altre parole la sentenza, pur conferendo dignità normativa al *requisito organizzativo* in sé e per sé considerato, mediante il richiamo a categorie non valutabili esclusivamente dal punto di vista economico, quali la "*migliore efficienza gestionale*" che determini "la soppressione di una posizione lavorativa", come si è detto, non ha enucleato, consapevolmente o inconsapevolmente criteri idonei per individuare tale ragione organizzativa, in assenza dei quali il riassetto organizzativo rischia di appiattirsi tautologicamente sulla mera soppressione del posto, che invece dovrebbe costituire la *conseguenza* della ragione organizzativa (e con ciò finendo per tradire la stessa interpretazione letterale della norma, che si riferisce alla "ragione" che *determina* la soppressione del posto/licenziamento).

In tale ottica pertanto appare opportuno individuare alcuni possibili parametri di identificazione della ragione organizzativa, per evitare che tale presupposto nasca *ab origine* svuotato di contenuto e che si traduca in ciò che la Corte afferma di non volere, ossia “un recesso *ad nutum* frutto di scelte autosufficienti ed insindacabili dell'imprenditore” (cfr. ancora Cass. n. 25201/2016, p. 13).

In realtà solo l'uso di criteri e parametri oggettivi esclude che il controllo del giudice diventi di merito ovvero una semplice ratifica notarile della decisione del datore di lavoro di sopprimere il posto di lavoro.

E ancora, l'uso di tali criteri e parametri evita che il giustificato motivo oggettivo in nome del riassetto organizzativo, diventi una sorta di licenza al datore di lavoro di sopprimere con assoluta discrezionalità posti di lavoro, risultando sufficiente l'accertamento della veridicità della soppressione del posto di lavoro. Se così fosse si avvalorerebbe la tesi della mera non pretestuosità del licenziamento, che qui si contesta perché in ultima analisi potrebbe tradursi in una sorta di licenziamento *ad nutum* mascherato e neppure oneroso.

3. La rilevanza delle ragioni alla base della soppressione del posto di lavoro, il criterio dell'inutilità sopravvenuta della prestazione e gli indicatori di ottimizzazione del processo produttivo.

Per evitare questo rischio, resto convinto che il datore di lavoro per licenziare per giustificato motivo oggettivo “organizzativo” debba preventivamente indicare “le ragioni che determinano nel caso specifico la soppressione del posto”.

E il giudice deve accertare che le ragioni alla base del riassetto organizzativo addotte dal datore di lavoro siano vere ed effettivamente sussistenti e, in secondo luogo, deve indicare i parametri di cui si avvale per controllare che il suddetto riassetto dichiarato abbia determinato effettivamente la soppressione del posto di lavoro.

E tra questi parametri va segnalata sicuramente la sopravvenuta inutilità della prestazione di lavoro¹²⁰⁸. Non solo, ma quando l'imprenditore adduca come causa del licenziamento una più efficace gestione aziendale o un incremento di produttività il giudice, per accertare la veridicità e la

¹²⁰⁸ Si possono prospettare diversi esempi in cui la prestazione diventa oggettivamente inutile.

Interessante la fattispecie esaminata dalla Corte di Cassazione n. 23620 del 2015, concernente una clinica operante nel settore della sanità privata in accreditamento con il SSN, la quale aveva assunto la lavoratrice, poi licenziata per g.m.o., quale tecnico di laboratorio responsabile del laboratorio di analisi.

Alla base del licenziamento per motivo oggettivo era stato posto “Provvedimento amministrativo della Regione datato 16 aprile 2006, che ravvisava, per garantire qualità ed efficacia del servizio sanitario, la necessità di assumere per il laboratorio di analisi, un direttore laureato in biologia o in chimica”.

Ne “conseguiva l'inutilità” delle mansioni affidate alla lavoratrice.

In sostanza, secondo i giudici di legittimità che hanno deciso la suddetta controversia (Cass. n. 23620 del 2015) il giustificato motivo oggettivo “ben può consistere in una valutazione dell'imprenditore che, in base all'andamento economico dell'impresa rilevato dopo la conclusione del contratto, ravvisi la possibilità di sostituire un personale meno qualificato con dipendenti maggiormente dotati di conoscenze e di esperienze e quindi di attitudini produttive”.

In questo caso quindi il dipendente licenziato è sostituito da un altro più qualificato e la finalità non è la riduzione dei costi.

Altro esempio nel settore degli Studi legali, tradizionalmente, almeno per gli studi più strutturati, era comune avere una o più segretarie che si occupavano di deposito e notifica di atti giudiziari in tribunale, rapporti con le cancellerie, insomma i cd “giri” in tribunale. Da un paio di anni, con l'introduzione per legge del Processo civile telematico (PCT), tutto deve o può avvenire telematicamente mediante l'uso di speciali chiavette che si attivano secondo modalità particolari, autorizzate dal Tribunale etc.

sussistenza di queste causali, deve avvalersi di una serie di indici qui indicati a mero titolo esemplificativo ma oggettivamente verificabili come:

- 1) la riduzione della durata temporale dei processi di lavorazione o,
- 2) quando si tratti di strutture complesse, il miglioramento della qualità delle comunicazioni interne,
- 3) la migliore qualità della prestazione di lavoro che sostituisce la precedente o
- 4) la semplificazione e/o velocizzazione dei processi decisionali, o
- 5) la riduzione delle giornate uomo e quindi del numero degli addetti ad un determinato processo produttivo organizzato non più in forma apicale, ma come si dice in gergo, in forma piatta.

A conferma delle osservazioni che precedono è utile in proposito richiamare in nota la dottrina che ha studiato la valutazione e il controllo degli assetti organizzativi dell'impresa¹²⁰⁹.

La procedura telematica nei processi, pur non essendo impossibile da capire, presenta numerose insidie, per la risoluzione delle quali è anche necessario avere qualche cognizione di informatica (e l'errore, in questi casi, si paga caro: inammissibilità del ricorso, tardività della costituzione, documenti non allegati agli atti etc.).

Ebbene, in molti studi legali, stanno assumendo informatici, molto ben pagati, per fare il lavoro che prima era delle segretarie, che quindi vengono licenziate.

Questa esigenza riorganizzativa, lungi dall'essere finalizzata alla riduzione dei costi (i costi aumentano solo: è necessario sottoscrivere un abbonamento annuale al PCT, assumere un lavoratore qualificato), e men che meno al conseguimento dei profitti o una più economica gestione, è semplicemente una riorganizzazione necessitata e subita dagli studi e dai loro titolari (ovviamente poi, inciderà poco in termini di costi per un grande studio, e invece parecchio in uno studio di medie dimensioni).

¹²⁰⁹ (Azzone-Bertelè, *L'impresa. Sistemi di governo, valutazione e controllo*, Milano, 2011; Antoldi, *Economia e organizzazione aziendale*, Milano, 2012) Secondo questo autore l'analisi della struttura e del riassetto dell'organizzazione del personale, che nel caso specifico, prescinde dalla valutazione del motivo economico e cioè dalla riduzione dei costi, deve avere come punto di partenza il "perimetro" dell'impresa ed il suo "grado di integrazione verticale".

Vi possono essere casi in cui un'impresa decide "di svolgere in casa la quasi totalità delle attività necessarie per la realizzazione del prodotto, avere cioè un grado di integrazione verticale molto elevato" (Azzone-Bertelè, op cit).

O all'opposto, può decidere di riorganizzare la propria produzione nel senso della deverticalizzazione, esternalizzando alcune fasi del processo produttivo o spostando il "baricentro dell'impresa".

Un esempio nel primo senso è quello di Luxottica: "non è infrequente che un'impresa, in particolare un'impresa industriale originariamente baricentrata sull'attività manifatturiera, recuperi a valle quello che espelle a monte, spostando in avanti il baricentro delle sue attività, per avvicinarsi ai destinatari ultimi dei suoi prodotti e per evitare di diventare ostaggio delle scelte delle imprese commerciali e/o distributive che controllano i canali di distribuzione".

In sostanza, l'impresa può riorganizzarsi rispetto ad attività che "pure se potenzialmente meno profittevoli, essa ritiene pericoloso lasciare totalmente a fornitori esterni: per non favorire fenomeni di spillover e/o per non perdere le competenze necessarie alla concezione e progettazione dell'output futuro e/o per non esporsi a criticità nell'approvvigionamento degli input – in termini di tempi, costi o livelli di qualità".

In altri termini, vi possono essere processi di riorganizzazione produttiva, a prescindere dal fatto che l'integrazione verticale avvenga a monte o a valle, che non necessariamente portano, almeno nel breve e medio periodo, ad una più economica gestione, ad una riduzione dei costi (o secondo il minoritario indirizzo, aumento dei profitti).

"L'integrazione di più attività in una stessa impresa, infatti, comporta sempre significativi costi di coordinamento. Infine, si deve considerare che l'integrazione produce una maggiore rigidità strutturale e può aumentare il livello di rischio di un'impresa" (Antoldi, op cit).

Viceversa in caso di riduzione del perimetro di un'impresa, la deverticalizzazione diventa un'esigenza necessaria quando un'azienda a struttura bi-divisionale, divisa per prodotto, che all'interno di ogni divisione-prodotto ha il direttore produzione ed il direttore commerciale, e che, avendo uno dei due prodotti che va meglio dell'altro, decide di concentrare tutte le proprie risorse su un unico bene produttivo, abbandonando l'altro.

In tale ipotesi, si opererebbe il passaggio da un'impresa strutturata come detto per divisioni, ad un'impresa a struttura di tipo funzionale quale azienda mono-prodotto, con un solo direttore commerciale ed un solo direttore produzione.

In conclusione a mio avviso è legittimo un licenziamento determinato da ragioni esclusivamente organizzative e non provocate necessariamente da motivo economico.

Anzi è bene precisare che il riassetto organizzativo, anche se determina la soppressione del posto di lavoro, non comporta necessariamente una riduzione dei costi, ma può lasciarli invariati o determinare almeno temporaneamente un aumento degli stessi.

Il giudice per accertare *ex post* la veridicità e la sussistenza delle ragioni addotte dall'imprenditore che giustificano la soppressione del posto e conseguentemente il licenziamento deve utilizzare un criterio oggettivo come quello della inutilità sopravvenuta della prestazione (da non confondere con l'assolvimento dell'obbligo di *repechage*) e la non sostituzione del lavoratore licenziato con altro soggetto e deve avvalersi dei suindicati criteri e parametri oggettivi¹²¹⁰ nell'ipotesi in cui una più efficace gestione aziendale sia adottata dall'imprenditore come causale del licenziamento.

L'adozione del parametro oggettivo dell'inutilità della prestazione o l'accertamento da parte del giudice dei suindicati criteri quando la più efficace gestione aziendale sia adottata come causale del licenziamento consente anche di superare l'obiezione che il riassetto produttivo possa celare in realtà un licenziamento ritorsivo o l'emarginazione di un dipendente senza per questo integrare gli estremi del mobbing.

4. L'obbligo di *repechage*: l'onere del datore di lavoro e la cosiddetta allegazione del lavoratore.

L'obbligo di *repechage* come uno degli estremi della fattispecie licenziamento per giustificato motivo oggettivo, di derivazione giurisprudenziale non è venuto meno, secondo la maggioranza degli interpreti, con la nuova normativa.

Anche in tal caso, la decisione di concentrare le proprie esistenti risorse su uno anziché due prodotti, in sé avviene ad invarianza di costi, o addirittura con aumento nel breve e medio periodo di costi dovuti alla riorganizzazione stessa, a causa per ipotesi di costi per la formazione del personale che passa da una produzione all'altra.

Ciò che può determinare, quale conseguenza, tale ipotizzata riorganizzazione interna (che a monte ha la ragione produttiva della trasformazione in impresa mono prodotto) è l'inutilità della presenza di due direttori commerciali e due direttori di produzione, con conseguente necessità di rinunciare alle prestazioni di uno dei due.

Ma non per esigenze di riduzione costi o aumento profitti o per una più economica gestione aziendale, ma semplicemente per la irrazionalità, inutilità di mantenere una catena di comando con competenze doppie e sovrapposte.

¹²¹⁰Così ad esempio si tratta di stabilire se il licenziamento di un partimer che non accetta di lavorare a tempo pieno in un'azienda dove l'organizzazione del lavoro è costituita soltanto da rapporti di lavoro a tempo pieno sia giustificato e legittimo o no. È noto che ai sensi dell'art. 5 del decreto n. 61/2000 non costituisce giustificato motivo di licenziamento il rifiuto del lavoratore di svolgere il tempo pieno. E tuttavia la clausola 5 della direttiva 97/81CE ha cura di precisare che il rifiuto alla trasformazione del rapporto non costituisce "in quanto tale" valido motivo di licenziamento "senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, ai licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato. Orbene di fronte alla soluzione scontata che considera nullo tale licenziamento per violazione dell'art. 5 bisogna anche tenere presente, come sostiene ormai buona parte della giurisprudenza che il giudice quando interpreta la norma deve tenere conto del contesto in cui si colloca la fattispecie concreta. Nel caso di specie non esistevano nel nuovo punto vendita posti di lavoro a tempo parziale ma solo rapporti a tempo pieno e quindi la prestazione non aveva alcuna utilità per l'imprenditore perché non assicurava un incremento di produttività e probabilmente la riduceva, e inoltre l'imprenditore aveva correttamente adempiuto all'obbligo di *repechage* offrendo al lavoratore un posto a tempo pieno che lo stesso aveva rifiutato. In questo caso quindi non è il rifiuto del lavoratore di trasformare il rapporto a determinare il licenziamento ma un'autonomia e concomitante obbiettiva ragione di funzionamento dello stabilimento che va sottoposta a controllo da parte del giudice che deve verificare se in un'azienda costituita soltanto da rapporti di lavoro a tempo pieno la prestazione a tempo parziale risulti inutile e forse dannosa perché rallenta il processo produttivo.

Anche se la nuova disciplina stabilendo come unica sanzione il risarcimento del danno per l'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, tra i due interessi contrapposti, quello dell'imprenditore alla temporaneità del vincolo contrattuale e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del posto di lavoro, privilegia il primo rispetto al secondo come ai tempi della legge n. 604 del 1966.

Si può obiettare che questa conclusione non incide sull'identificazione della fattispecie che comunque resta invariata.

E tuttavia si deve prendere atto che la sanzione del risarcimento come sanzione unica per il licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo ridimensiona, a mio avviso la tesi del licenziamento *extrema ratio*.

In altri termini il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo è valido ed è produttivo di effetti ma illecito come avveniva sotto il vigore della legge n. 604 del 1966.

Con la nuova normativa perde completamente importanza anche il discorso svolto sotto la riforma Monti Fornero e cioè se l'obbligo di *repechage* attiene o esula da fatto posto a base del licenziamento. Infatti, secondo una parte della giurisprudenza e della dottrina sotto il regime della precedente disciplina, l'obbligo di *repechage* non atteneva al fatto posto a base del licenziamento e il suo inadempimento determinava l'illegittimità del licenziamento ma era sanzionato solo con il risarcimento del danno. La giurisprudenza e la dottrina che, viceversa ritenevano che l'obbligo di *repechage* attenesse al fatto posto a base del licenziamento affermavano che anche l'inadempimento dell'obbligo di *repechage* era sanzionabile con la reintegrazione.

Con la nuova disciplina introdotta dal decreto Renzi questa distinzione è venuta meno e assorbita dal fatto che la sanzione per il licenziamento ingiustificato per motivo oggettivo è sempre e soltanto costituita dal risarcimento e conseguentemente anche l'inadempimento dell'obbligo di *repechage* è sanzionato con il risarcimento.

Inoltre tra le due tesi che si fronteggiano in ordine al fatto se gravi esclusivamente sul datore di lavoro l'onere di provare l'inutilizzabilità del lavoratore in azienda e la tesi che comunque il lavoratore ha un dovere di collaborare mediante allegazione di altri posti di lavoro presso cui potere essere ricollocato mentre sul datore di lavoro grava l'onere di provare l'impossibilità di assegnarlo a mansioni diverse solo nei limiti delle allegazioni del lavoratore mi sembra preferibile la prima tesi per un duplice ordine di motivi. In primo luogo perché il datore di lavoro dovrebbe avere una conoscenza completa dell'organizzazione della sua azienda rispetto a quella presumibilmente parziale che può avere il lavoratore. In secondo luogo perché non sembra configurabile un vero e proprio onere di allegazione da parte del lavoratore. D'altra parte si potrebbe giustificare un'attenuazione dell'onere probatorio dell'imprenditore laddove il lavoratore indicasse posizioni disponibili non evidenziate dal datore di lavoro e in questo caso avrebbe l'onere di circostanziare la propria richiesta e l'onere probatorio del datore di lavoro sarebbe connesso e limitato alle indicazioni del lavoratore.