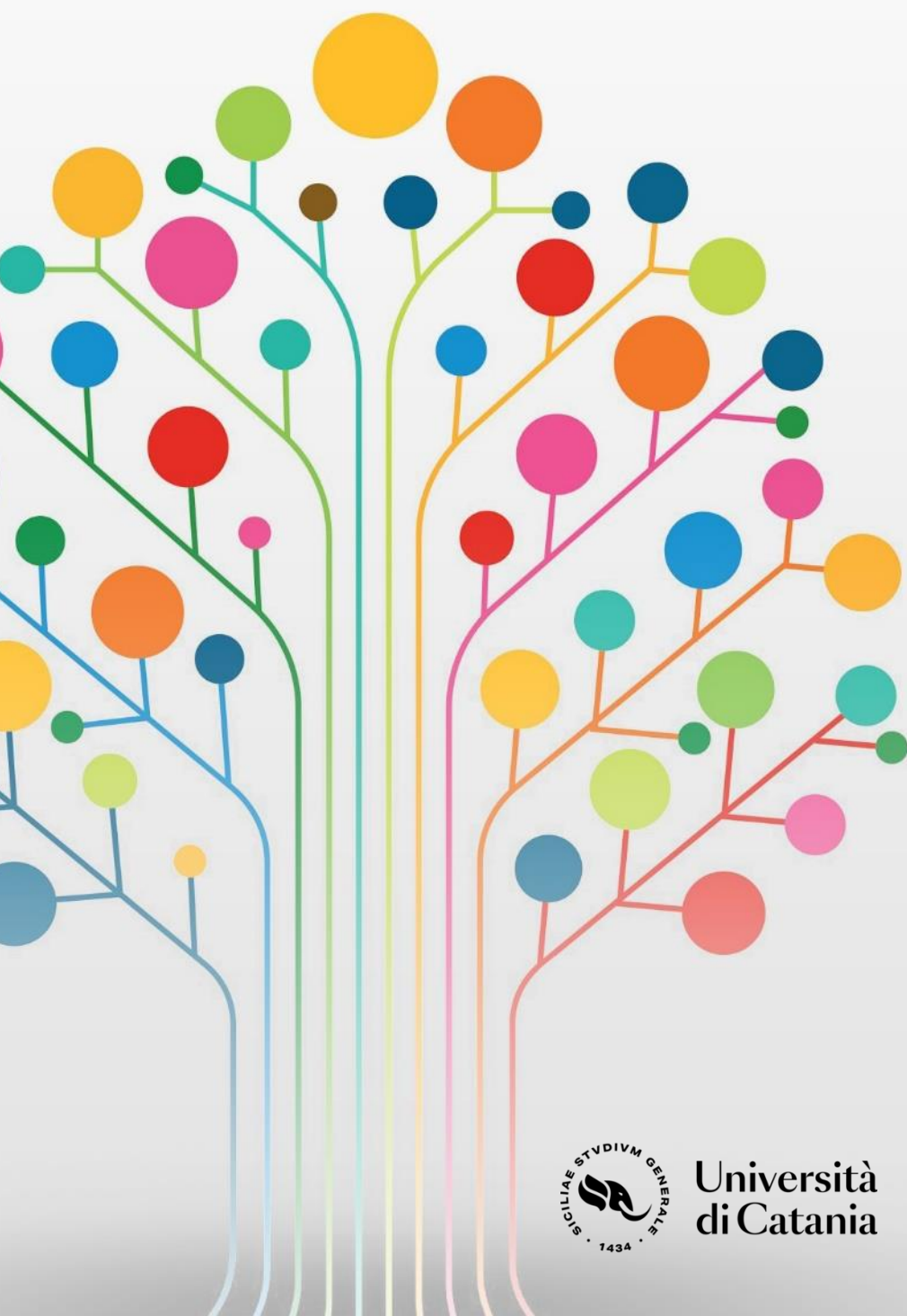


2/2017

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

VALERIO TALAMO, Dipartimento della Funzione pubblica di Roma

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

ELENA GRAMANO, Università di Francoforte

RICCARDO DEL PUNTA, Università di Firenze

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

ANDREA COLAVITA, Foro di Perugia

MICHELE TIRABOSCHI, Università di Modena e Reggio Emilia

ROBERTO VOZA, Università di Bari

TIZIANO TREU, Università Cattolica del Sacro Cuore

VINCENZO FERRANTE, Università Cattolica del Sacro Cuore

LILLI CASANO, ADAPT

MARIANNA RUSSO, Università di Roma "La Sapienza"

ANNA RITA TINTI, Università di Bologna

ADALBERTO PERULLI, Università "Ca' Foscari" di Venezia

STEFANIA BUOSO, Università di Ferrara

VITO PINTO, Università di Bari

THORSTEN SCHULTEN, Institute of Economic and Social Research (WSI)

REINHARD BISPINCK, Institute of Economic and Social Research (WSI)

KRISTIAN BONGELLI, ETUC-CES European Trade Union Confederation

SALVO LEONARDI, Fondazione Di Vittorio

MARIA CONCETTA AMBRA, Università di Roma "La Sapienza"

ANDREA CIARINI, Università di Roma "La Sapienza"

NICOLA DE MARINIS, Corte di Cassazione – Sezione Lavoro

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

GIOVANNA PISTORE, Università di Modena e Reggio Emilia

PASQUALE MONDA, Università di Napoli "Federico II"

GIOVANNI GAUDIO, Università Bocconi di Milano

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

MARZIA BARBERA, Università di Brescia

VENERA PROTOPAPA, Università di Brescia

SOMMARIO

Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)	
Valerio Talamo	1
Crisi dell'appello di lavoro tra scelte legislative, tensioni ordinamentali, autosufficienza del rito e qualche ambiguità testuale: considerazioni sparse	
Luigi de Angelis	20
Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica	
Elena Gramano	31
I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro	
Riccardo Del Punta	56
La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e <i>Jobs Act</i>	
Stefano Giubboni – Andrea Colavita	69
Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro	
Michele Tiraboschi	83
Il lavoro e le piattaforme digitali: <i>the same old story</i>?	
Roberto Voza	119
Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy	
Tiziano Treu	135
Economia "informale" e politiche del lavoro: un nuovo inizio?	
Vincenzo Ferrante	156
La riforma del mercato del lavoro nel contesto della "nuova geografia del lavoro"	
Lilli Casano	185
Qualche riflessione sul lavoro irregolare	
Marianna Russo	219
Dimissioni e risoluzioni consensuali di lavoratori e lavoratrici: uno studio sulle tecniche di controllo	
Anna Rita Tinti	237

Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro	
Adalberto Perulli	286
Primo e secondo welfare: il contrasto della debolezza sociale oggi	
Stefania Buoso	303
Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro	
Vito Pinto	314
Varieties of decentralisation in German collective bargaining – experiences from metal industry and retail trade	
Thorsten Schulten - Reinhard Bispinck	333
The impact of the European Semester on collective bargaining and wages over the recent years	
Kristian Bongelli	378
Italian collective bargaining at a turning point	
Salvo Leonardi - Maria Concetta Ambra - Andrea Ciarini	399
Luogo e tempo di lavoro e redistribuzione delle garanzie giuslavoristiche (Diritto del lavoro della miseria e miseria del diritto del lavoro)	
Nicola De Marinis	439
Le politiche di <i>austerity</i> e i diritti sociali fondamentali	
Giorgio Fontana	452
Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi	
Giovanna Pistore	482
Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale	
Pasquale Monda	494
Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?	
Giovanni Gaudio	521
Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato	
Mariella Magnani	548
Access to Justice and Legal Clinics: Developing a Reflective Lawyering Space. Some Insights from the Italian Experience	
Marzia Barbera - Venera Protopapa	566

Relazioni collettive e dirigenza pubblica: prove di legislazione al test della Consulta (ed ancora alla ricerca di un assetto ragionevole)*

Valerio Talamo

1. Lo spazio delle relazioni sindacali nel decreto legislativo di riforma della dirigenza pubblica.	2
2. Il decreto legislativo al test di costituzionalità (<i>Corte costituzionale 9-25 novembre 2016, n. 251</i>).	3
2.1. Le questioni aperte dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.	5
2.2. Le sorti del decreto legislativo sulla dirigenza.	7
3. Le relazioni sindacali per la dirigenza pubblica.	8
4. Il dirigente destinatario di discipline collettive.	9
5. Il dirigente datore di lavoro. La stagione dell'unilateralità e la "blindatura" dei poteri dirigenziali.	11
6. (<i>segue</i>) Un padrone (<i>poco</i>) serio.	13
7. Politica ed amministrazione, autonomia e responsabilità: <i>en attendant Godot</i>	17

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 330/2017

1. Lo spazio delle relazioni sindacali nel decreto legislativo di riforma della dirigenza pubblica.

In principio c'era la riforma Madia sulla dirigenza pubblica. Una norma di delega, estesa e dettagliata fino a rasentare l'auto applicazione ⁽¹⁾ ed un decreto legislativo ormai giunto alla fine del suo *iter*, avendo raccolto tutti i pareri richiesti dalla norma di delegazione, la deliberazione preliminare e la ratifica conclusiva del Consiglio dei Ministri. Un nuovo decreto pronto a fomentare nuovo dibattito, tanto appassionato quanto faticoso, anche per la particolare propensione della materia incisa, che intercetta la stessa essenza dello Stato democratico ed il ruolo dei corpi intermedi nel funzionamento dell'apparato pubblico ⁽²⁾.

Il contributo alla riflessione su testo normativo era in origine limitato alla rilettura degli spazi delle relazioni sindacali prefigurate dai nuovi assetti, una rilettura che, in realtà, copriva uno spazio molto limitato. Il decreto legislativo licenziato dal Governo, infatti, non offre grande spazio alle riflessioni in tema di relazioni sindacali perché non le prevede e quindi ne omette ogni disciplina. Tale circostanza avrebbe potuto essere indicativa della volontà di prolungare ulteriormente la stagione dell'“unilateralità” inaugurata ufficialmente dalla “riforma Brunetta” degli anni 2008-2009 (*infra* 5) ⁽³⁾. Il presunto sacrificio della libertà negoziale, tuttavia, sarebbe potuto apparire in una certa misura imposto dalla materia trattata e non necessariamente essere ricondotto ad una scelta “ideologica”. È la materia agita, in questo caso, che si presenta, per la maggior parte degli istituti incisi dal legislatore delegato, poco incline alla determinazione pattizia: si pensi, ad esempio, alla costituzione dei ruoli dirigenziali, alle procedure d'accesso, alla trasformazione della Scuola Nazionale dell'Amministrazione in agenzia nonché, come si avrà modo di chiarire successivamente, alla stessa disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali.

Sulla materia retributiva, invece, nello schema di decreto legislativo è ravvisabile un intervento davvero poco attento alle esigenze dell'autonomia collettiva.

Una prima ingerenza si verifica attraverso la “doppia” determinazione, fissata in via unilaterale, relativa al rapporto fra *trattamento accessorio e retribuzione complessiva* ed al *rapporto fra trattamento collegato ai risultati della prestazione e retribuzione complessiva* ⁽⁴⁾. Si tratta(va) di un evidente esproprio di una competenza elettiva della contrattazione collettiva, minata nel suo ruolo di autorità salariale ad onta della riserva normativa contenuta negli articoli 45, comma 1 e

¹ L'art. 11 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

² Ancora prima della sua emanazione, per esempio, si possono leggere in senso fortemente critico l'intervista a BOSCATI, *I dubbi dei giuristi: “Aumenta il legame fiduciario coi partiti”* sul Fatto Quotidiano del 7 aprile 2015, ed in senso specularmente contrario S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Relazione tenuta al 62° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna.

³ L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma nel lavoro pubblico*, Napoli, Esi, 2009, in cui, dell'Autore, *La riforma del lavoro pubblico dalla “deregulation” alla “meritocrazia”: quale continuità?*

⁴ Cfr. l'art. 8 dello schema di decreto approvato in sede preliminare dal Consiglio dei Ministri il 25 agosto 2016, diretto a sostituire l'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001, il cui nuovo comma 2 stabiliva che: “*Il trattamento economico accessorio complessivo deve costituire almeno il 50 per cento della retribuzione complessiva del dirigente, considerata al netto della retribuzione individuale di anzianità e degli incarichi aggiuntivi soggetti al regime dell'onnicomprendività*” e che “*la parte di tale trattamento collegata ai risultati deve costituire almeno il 30 per cento della predetta retribuzione complessiva*”. Differenziali percentuali più ampi erano previsti per i dirigenti di livello generale. I CCNL venivano di converso inibiti dal finanziamento della retribuzione fondamentale e di posizione fino al raggiungimento di queste percentuali. Per cui la contrattazione collettiva veniva nei fatti esclusa da ogni possibilità di intervento sulla gestione delle poste retributive per gli anni a venire, con una soluzione finanche a rischio di censura costituzionale alla luce di quanto chiarito dalla sentenza n. 178 del 2015 (su cui *infra*).

2, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001. Il decreto oblitera(va), rimettendola alla legge, la vocazione specifica della contrattazione collettiva in tema di determinazione dei trattamenti retributivi, che attrae ovviamente anche le scelte relative alla concreta articolazione delle varie voci in cui si sostanzia il trattamento accessorio. Anche questa è una competenza fisiologica e ribadita da ultimo dalla stessa Consulta nella sentenza n. 178 del 2015, con cui è stata formalmente riavviata la contrattazione collettiva pubblica dopo le norme che la avevano reiteratamente sospesa per un tempo che al Giudice è apparso indefinito ed in grado di colpire la stessa libertà di organizzazione sindacale nonché la “fitta trama di valori costituzionali” che il contratto collettivo inverte (5).

Un ulteriore intervento invasivo dello spazio negoziale appare anche quello con cui si vincolavano i CCNL a stabilire una percentuale determinata del trattamento accessorio da riservare ai premi individuali (6).

Si tratta tuttavia di soluzioni normative che apparivano più il frutto di poca attenzione verso il tema, che l'effetto di consapevoli scelte liberticide delle facoltà dell'autonomia negoziale: scelte del resto (a quanto consta) almeno in parte corrette in sede di redazione del testo finale deliberato il 24 novembre 2016 (7).

2. Il decreto legislativo al test di costituzionalità (Corte costituzionale 9-25 novembre 2016, n. 251).

Sta di fatto che la problematica risulta almeno al momento superata in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 (8) ed agli esiti del referendum confermativo del 4 dicembre sulla riforma della Costituzione. Due eventi che nel loro intrecciarsi reciproco segnano - tranne situazioni al momento non preventivabili - il naufragio del provvedimento normativo.

Come è ormai noto a tutti, la sentenza n. 251 del 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di varie disposizioni di delega della legge n. 124 del 2015 (fra cui quelle contenute nell'art. 11 in materia di dirigenza pubblica) per la violazione del principio di leale collaborazione nella parte in cui in cui viene previsto che i decreti legislativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa l'intesa acquisita in sede di Conferenza Stato-Regioni (9).

⁵ Corte cost., sentenza 24 giugno-23 luglio 2015, n. 178 (PRES. Crisculo – RED. Sciarra). Circa il ruolo del CCNL “*imprescindibile fonte*” che “*coinvolge una complessa trama di valori costituzionali*” v. il punto 17, in diritto della sentenza citata.

⁶ Cfr. il “nuovo” comma 10 dell'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001, scaturente dalla modifica dell'art. 8 del decreto legislativo, con cui si prevedeva che i contratti collettivi destinassero “*una percentuale non inferiore al due per cento delle risorse complessivamente destinate al trattamento economico*”, a premi “*che ciascun dirigente può attribuire annualmente a non più di un decimo dei dipendenti in servizio nella propria struttura, e che ciascun dirigente di ufficio dirigenziale generale può attribuire annualmente a non più di un decimo dei dirigenti della propria struttura, in relazione ai rendimenti*”.

⁷ Testo mai reso pubblico, per cui l'analisi qui compiuta si riferisce a quello approvato in sede preliminare il 25 agosto 2016 e su cui sono stati resi di pareri previsti dalla legge delega.

⁸ Corte costituzionale 9-25 novembre 2016, n. 251 (PRES. Grossi, RED. Sciarra).

⁹ Per quanto qui interessa, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, lett. a), b), n. 2), c), nn. 1) e 2), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p) e q), e comma 2, della legge n. 124 del 2015. Le altre censure investono disposizioni di delega contenute nella medesima legge in materia di pubblico impiego, società partecipate e servizi pubblici locali.

Va fatta una premessa. Il legislatore delegato non poteva essere ignaro della possibilità che almeno parte delle norme delegate potesse non superare il vaglio della Consulta, se non altro perché su alcuni specifici istituti direttamente il Consiglio di Stato aveva avvertito dei rischi di collisione costituzionale ⁽¹⁰⁾. Si pensi al riguardo alla disciplina *iper*-centralizzata della programmazione dei fabbisogni, alla costituzione ed alla gestione dei ruoli dirigenziali e della disciplina sui concorsi, che si spingeva fino a prevedere che fosse il Dipartimento della funzione pubblica, per tutti, ad autorizzare i concorsi, finanche “assicurando la giusta proporzione tra dirigenti e personale non dirigenziale” garantendo ove necessaria la graduale riduzione del numero dei dirigenti ⁽¹¹⁾. Si tratta di materie che rientrano abbastanza pacificamente e per giurisprudenza consolidata nell’ambito dell’ordinamento e dell’organizzazione amministrativa regionale e quindi riconducibili alla competenza residuale del quarto comma dell’art. 117 Cost. E forse anche proprio in previsione di una *possibile* successiva censura costituzionale, le disposizioni più dubbie erano state appositamente isolate per permetterne un’eventuale “abrogazione chirurgica”, salvaguardando il resto del provvedimento. Era quindi proprio la ripartizione delle risorse di legislazione fra Stato e Regioni in materia di lavoro pubblico, come declinata dalla Consulta in un’elaborazione ultra quindicennale, che poteva lasciar presagire i rischi di un futuro giudizio di costituzionalità che, del resto, era stato a sua volta quasi annunciato dal parere espresso dalle Regioni ⁽¹²⁾.

Un legittimo retropensiero, inoltre, poteva far supporre che si contasse anche su di una sorta di costituzionalità “sopravvenuta” delle disposizioni dubbie del decreto legislativo. Queste potevano essere “sanate” dalla ratifica del testo di riforma della Costituzione che, nel nuovo art. 117, aveva

¹⁰ Con il proprio parere n. 1648/2016, del 14 ottobre 2016, il Consiglio di Stato, richiamando ampia giurisprudenza costituzionale, aveva sottolineato sui punti centrali del decreto (per esempio con riferimento alla costituzione dei ruoli dirigenziali regionali e locali o alla composizione delle Commissioni per la dirigenza regionale e locale ovvero alla disciplina dei dirigenti privi di incarico) proprio la necessità del ricorso ad un’intesa “forte” con il sistema delle Conferenze Stato-Regioni o in sede di Conferenza unificata (e quindi ad una forma di concerto ancora più importante rispetto a quella ritenuta imprescindibile dalla Corte), in quanto capace di assicurare la “partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione” e pervenire ad una decisione finale condivisa. In particolare per il Consiglio di Stato “la legislazione statale può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale (ovverossia) le intese “forti”, non superabili con una determinazione unilaterale dello Stato se non nella «ipotesi estrema, che si verifica allorché l’esperimento di ulteriori procedure bilaterali si sia rivelato inefficace» (Corte cost. nn. 7 del 2016; 179 del 2012; 165 del 2011; 121 del 2010; 6 del 2004)”.

¹¹ Peraltro nella sentenza in commento la Corte costituzionale si è spinta oltre, riportando alla competenza regionale non solo i requisiti di accesso e la disciplina dei ruoli, ma altresì le modalità di conferimento, la durata e la revoca degli incarichi dirigenziali che la Corte di cassazione fin dal 2004 (cfr. la sentenza n.5659) ha ascrivito al diritto privato (e quindi implicitamente all’ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato), ma che la Corte costituzionale aveva già ritenuto oggetto di competenza residuale con la sentenza n. 105 del 2013.

¹² In particolare la conferenza delle Regioni, con il parere del 3 novembre 2016 sul testo deliberato il 25 agosto dal Consiglio dei Ministri, aveva espresso forti perplessità con riferimento alla “omogeneità delle procedure e dei trattamenti, spesso a discapito della funzionalità e talora sfociante in un neo-centralismo burocratico in contrasto con i principi di autonomia organizzativa delle amministrazioni regionali e locali espressi dal quadro costituzionale” e sui “criteri di composizione e organizzazione dei diversi organismi previsti dalla riforma (Commissioni per la dirigenza pubblica, SNA, ...) di impronta fortemente statalista, che tenderanno inevitabilmente a ricondurre la nuova figura del dirigente della Repubblica verso il dirigente statale”, paventando in più punti la possibilità di eccesso di delega (per esempio con riferimento ai ruoli, ovvero in materia di accesso alla dirigenza e di autorizzazione alle procedure concorsuali) e di violazione degli artt. 114 e 117 Cost. (per esempio in materia di programmazione del fabbisogno, di autorizzazione delle assunzioni, di composizione delle Commissioni indipendenti per la dirigenza regionale o di collocamento a disposizione del dirigente privo di incarico).

ascritto a competenza esclusiva dello Stato la “*disciplina giuridica in materia di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*” ed intestato allo Stato poteri di supremazia da esercitare per la tutela dell’unità giuridica della Repubblica e dell’interesse nazionale ⁽¹³⁾.

È in questa fase che, con un tempismo apparso ad alcuni sospetto ⁽¹⁴⁾, si cala la sentenza con cui la Corte costituzionale, risalendo a monte della stessa fonte di legittimazione del potere delegato, ha *nei fatti* “anticipato” il proprio giudizio di costituzionalità sul decreto legislativo, ancora prima che lo stesso fosse promulgato (ma a ridosso della scadenza del termine di esercizio della delega).

La Corte non muove rilievi di ordine sostanziale sulle opzioni avallate dal decreto legislativo (che rimane estraneo alla cognizione), ma di carattere procedurale e solo nei confronti della legge delega oggetto di impugnazione principale.

Come avvertito, la Consulta ha ritenuto insufficiente il coinvolgimento delle istanze regionali attraverso la forma del “parere” nelle materie contemplate dalla delega, in cui sono coinvolte, in un “*groviglio inestricabile*”, competenze esclusive dello Stato e competenze residuali delle Regioni senza che le prime prevalgano sulle seconde. Pur potendo sussistere esigenze unitarie di disciplina e di uniformità di trattamento tali da giustificare la sussidiarietà legislativa dello Stato, per la Corte costituzionale il principio di leale collaborazione richiede in questi casi la realizzazione di modalità di raccordo e di coordinamento orizzontale molto più intense rispetto al mero parere, modalità che vengono ravvisate nell’intesa da raggiungersi in sede di conferenza Stato-Regioni.

La sentenza appare di tipo manipolativo, in quanto impone una sostituzione di procedura (la legge delega viene integrata da un obbligo procedurale che impone il raggiungimento dell’intesa in luogo del parere), ma che, nei confronti del decreto sulla dirigenza pubblica, per tempi e modi, è divenuta una sentenza di fatto “abrogativa e senza rinvio” non esistendo più i tempi per agire in correzione attraverso la procedura concertativa imposta dalla Consulta.

Anticipando le conclusioni che si svolgeranno di seguito, si può chiarire infatti che la pronuncia del Giudice delle leggi pur investendo in via diretta la norma di delega e non il decreto delegato, per l’inevitabile connessione funzionale sussistente fra il secondo e la prima, ha richiesto il ritiro del provvedimento governativo che, a sua volta, per lo spirare dell’orizzonte temporale di esercizio della delega non è stato più riproposto.

2.1. Le questioni aperte dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Non si possono in questa sede affrontare se non in modo sommario le diverse questioni poste da questa pronuncia.

In essa la Corte sembra voler tirare le fila della sua stessa giurisprudenza sul tema, una giurisprudenza non univoca e frammentaria, e per alcuni aspetti dichiaratamente “evolutiva”. Per la prima volta, infatti, la Consulta si spinge ad affermare che nei casi di riforma di istituti che incidono su

¹³ La competenza dello Stato anche a seguito dell’approvazione del nuovo testo dell’art. 117 sarebbe stata, in ogni caso, tutta da valutare, in quanto al cuore della sentenza vi è il richiamo al principio di leale collaborazione che sussiste in tutti quei casi in cui l’esercizio del potere legislativo si estende alla regolazione di aspetti organizzativi interni delle stesse Regioni.

¹⁴ Per esempio MARSHALL, *La Corte costituzionale senza accorgersene modifica la forma di Stato?* in GDA, soprattutto 709-710.

competenze miste ed inestricabilmente connesse il principio di leale collaborazione si impone anche al legislatore ordinario ⁽¹⁵⁾.

La Consulta accoglie un'idea forte del principio di leale collaborazione, che impone forme di co-decisione per bilanciare l'attrazione in sussidiarietà, la cui figura si dilata enormemente in quanto si estende all'esercizio del potere legislativo primario.

In modo non del tutto esauriente, inoltre, la Corte tira le fila di un dibattito pluriennale circa l'autonomia impugnabilità di una norma di una legge delega, ad oggi tutt'altro che pacifica.

Rispetto a questa tematica la giurisprudenza costituzionale è apparsa in costante evoluzione ma non esente da incertezze ed affatto perspicua.

Una norma di delega, di per se, costituisce fonte solo potenziale della lesione delle competenze regionali ed è in grado di incidere sulle stesse solo quando la funzione legislativa delegata viene concretamente esercitata. Sulla base di tale assioma, in una prima fase ormai risalente la Consulta aveva considerato senz'altro "prematura" l'impugnazione di disposizioni non capaci di dispiegare portata precettiva nei confronti delle competenze e prerogative regionali e ne aveva negata l'ammissibilità ⁽¹⁶⁾. Tale orientamento è stato tuttavia oggetto di parziale revisione in diverse sentenze in cui la legge delega è stata considerata fonte atto primaria ed in quanto tale sindacabile in sede costituzionale ⁽¹⁷⁾. In questi casi la questione è stata spostata sull'effettivo interesse regionale al ricorso in via principale, che per la Corte non potrà mai dirsi escluso se la norma detti principi e criteri direttivi puntuali in grado di prefigurare l'esercizio di un potere delegato non conforme a Costituzione ⁽¹⁸⁾. Secondo la Consulta è questo il caso *de quo*. In particolare "l'attitudine lesiva" delle disposizioni di delega, atteso il carattere puntuale delle stesse, appare senz'altro invasiva della sfera di competenza legislativa regionale concorrente e residuale. La Corte non dubita quindi dell'interesse a ricorrere e della legittimità del controllo di costituzionalità, che è in grado di restaurare l'integrità delle competenze regionali la cui sfera di competenza residuale in materia di ordinamento ed organizzazione amministrativa regionale risulta invasa (punto 2.1. in diritto).

Questa conclusione non pare tuttavia sciogliere il nodo prefigurato a monte e collegato all'interesse regionale all'impugnazione della norma di delegazione che, benché atto avente forza di

¹⁵ Al punto 3 in diritto della sentenza viene riconosciuto che: *"E' pur vero che questa Corte ha più volte affermato che il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo"* ma la Corte trae dalla regola un'eccezione che la smentisce nei casi in cui *"il legislatore si accinge a riformare istituti che ricadono su competenze statali e regionali inestricabilmente connesse"*. Quando si verificano questi incroci di competenze *"sorge la necessità del ricorso all'intesa"*. Nella nota di sintesi prodotta dalla stessa Corte si ammette onestamente che la sentenza *"afferma in senso evolutivo rispetto alla giurisprudenza precedente, che l'intesa nella Conferenza è un passaggio necessario anche quando la normativa statale deve essere attuata con decreti legislativi delegati"* adottati dal Governo ai sensi dell'art. 76 Cost. Sul punto sono abrasive le critiche di MARSHALL, *op. cit.*, 705, che parla di *"rottura nettissima rispetto al passato"* e si pone il problema se nei casi di concorrenza di competenze il ricorso all'intesa sia necessitato non solo in sede di esercizio della potestà legislativa delegata (rapporto Esecutivo-Regioni), ma in tutti i casi di esercizio della funzione legislativa (rapporto Parlamento-Regioni). È questa necessaria codecisione nella fase di formazione delle leggi che sembra prefigurare l'implicita modificazione della forma di Stato di cui parla l'Autore, perché in questi casi sarebbe implicitamente imposta una sorta di *"terza camera"*, in cui lo Stato dovrebbe negoziare tutte le leggi che coinvolgono le *"competenze inestricabilmente connesse"* di cui parla la sentenza.

¹⁶ Cfr. Corte cost. nn. 3 del 1957; 39 del 1971, 111 del 1972; 91 del 1974. In tema si rinvia a CALVIERI, *Alcune riflessioni sulla declaratoria di illegittimità costituzionale della legge delega n. 124 del 2015 (legge Madia) per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, dei fili della tela di Penelope... allo specchio*, in <www.LexItalia.it>, 1/2017.

¹⁷ Cfr. Corte cost. nn. 224 del 1990; 370 del 1993.

¹⁸ Cfr. Corte cost. n. 278 del 2010 (ma anche nn. 517 del 1988; n. 242 del 1989; n. 85 del 1990).

legge, non è dotata di immediata efficacia precettiva e quindi non possiede la capacità di ledere direttamente l'autonomia regionale.

In ogni caso, e tirando le file delle considerazioni che precedono, il risultato conclusivo di questa evoluzione applicata alla fattispecie è che da ora in poi il principio di leale collaborazione si impone non solo ai decreti legislativi ma anche alle disposizioni della legge delega, con una sorta di costituzionalizzazione del ricorso all'intesa e del ruolo delle Conferenze, come strumenti e luoghi in grado di assicurare quelle forme di concertazione richieste dalla Corte costituzionale.

2.2. Le sorti del decreto legislativo sulla dirigenza.

Ritornando sugli effetti pratici della sentenza sul decreto in oggetto, con un sibillino *obiter dictum* (punto 9 in diritto) la Corte ha affermato che gli effetti della stessa sentenza *“non si estendono alle relative disposizioni attuative”*. Si tratta di un'affermazione che pone a sua volta diversi dubbi interpretativi. Innanzitutto perché sembra smentire i “normali” criteri ermeneutici in materia di invalidità derivata, per i quali l'illegittimità dell'atto presupposto non può che travolgere il provvedimento conseguente ⁽¹⁹⁾. Nella fattispecie, invece, la Corte sostiene l'attuale vigenza ed efficacia dei decreti legislativi perché *“la Corte ha circoscritto il proprio scrutinio solo alle disposizioni di delega specificamente impugnate”*, per cui l'illegittimità non si estende immediatamente ai decreti legislativi non oggetto di impugnazione principale ⁽²⁰⁾.

Anche se dall'illegittimità delle norme di delega la Corte non ha fatto discendere la conseguenziale illegittimità dei decreti delegati, sugli stessi pesa ovviamente come un macigno il rischio di una futura declaratoria di incostituzionalità. In caso di autonoma impugnazione successiva, infatti, *“si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali”*, lesione abbastanza probabile atteso il rapporto di derivazione con le norme dichiarate illegittime ⁽²¹⁾.

Proprio al fine di scongiurare questo rischio la Corte invita il Governo ad adottare *“soluzioni correttive”* da assumere in piena discrezionalità *“per assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”*. Queste alla luce del *decisum* della Consulta non potranno che consistere nel raggiungimento dell'intesa: 1) o nell'ambito dei decreti ancora da adottare; 2) o, per quelli già adottati, attraverso i decreti legislativi, correttivi o integrativi, che il Governo è facoltizzato ad emanare entro dodici mesi dall'adozione dei singoli decreti, nel rispetto di principi e criteri direttivi e procedure contenute nella stessa legge delega ⁽²²⁾.

Quindi la possibilità di agire in correzione può ipotizzarsi solo nei confronti dei decreti ancora da emanare (rispetto ai quali opera pienamente la sostituzione procedurale) ovvero in quelli già

¹⁹ Come recita l'art. 27, della legge n. 87 del 1953, con riferimento all'illegittimità costituzionale consequenziale.

²⁰ Cfr. sul punto anche la sintesi della sentenza diffusa dalla Corte.

²¹ Lesione che andrebbe sicuramente esclusa, a giudizio di chi scrive, nei casi in cui la materia regolata sia da ascrivere *tout court* all'ordinamento civile. Questo è il caso del d.lgs. n. 116 del 2016, emanato in forza dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015 (sulla base, quindi, di una disposizione di delega ugualmente censurata dalla Corte), regolante un'ipotesi di licenziamento disciplinare che si verifica in caso di assenteismo fraudolento. È questa una fattispecie sicuramente rientrante nella competenza esclusiva dello Stato in quanto relativa al rapporto di lavoro privatizzato (*ex multis* Corte cost. n. 345 del 2004), come la stessa sentenza ammette (*sub* 4.2.1. in diritto). In sede di scrutinio di legittimità dei decreti legislativi emanati sulla base delle disposizioni di delega colpite dalla sentenza della Corte costituzionale, infatti, potranno essere oggetto di censura solo gli aspetti in cui si verifica una concorrenza di competenze per la quale è necessario il ricorso all'intesa, situazione che non si verifica allorché la materia regolata è ascrivibile ad ordinamento civile.

²² Per la dirigenza pubblica si veda il comma 3 dell'art. 11 della legge n. 124 del 2015.

emanati e successivamente divenuti invalidi a seguito della sentenza. Non altrimenti, invece, si può (*rectius* poteva) ipotizzare per il decreto sulla dirigenza: questo *nasce* invalido e non lo diviene successivamente.

Si è quindi creato un corto circuito che ha costretto al ritiro del provvedimento.

I tempi del deposito della sentenza sono coincisi con l'approvazione definitiva del decreto da parte del Consiglio dei Ministri, ma l'approvazione a sua volta è avvenuta pochi giorni prima della scadenza del termine di esercizio della delega. Non esistevano quindi i tempi tecnici per raggiungere l'intesa sul decreto prima della promulgazione da parte del Capo dello Stato. Ma senza la promulgazione non vi era nemmeno la possibilità di sanare successivamente il vizio procedurale attraverso i decreti correttivi, perché allo stato non esisteva alcun decreto, visto che quello varato dal Consiglio dei Ministri si presentava come invalido in via originaria.

Per cui per il decreto sulla dirigenza, come affermato in premessa, la sentenza è solo formalmente manipolativa ma sostanzialmente abrogativa.

Sarebbe possibile riesumare il decreto naufragato con la sentenza n. 251 del 2016?

Spirati i termini per l'esercizio della delega, rimarrebbero aperte due strade. Innanzitutto quella della riapertura, con apposita norma di legge, dei termini della delega sulla base dei medesimi principi – ovviamente corretti sulla base del *decisum* della Consulta - contenuti nell'art. 11 della legge n. 124 del 2015. Più complessa la seconda ipotesi, che consisterebbe nella recezione dei contenuti del decreto ritirato in un apposito disegno di legge (neanche pare ipotizzabile, invece, la possibilità di agire tramite un decreto-legge, essendo assenti i requisiti della necessità e dell'urgenza).

Entrambe le strade tuttavia subiscono l'esito delle vicende complessive che hanno coinvolto il Governo della riforma, dimissionario dopo l'esito del referendum costituzionale del 4 dicembre.

Appare quindi arduo, al momento, ipotizzare scenari. L'eventualità più concreta è che il prossimo Esecutivo possa essere impegnato in altre urgenze, fra le quali l'esercizio delle deleghe rimaste inevase e l'aggiornamento degli altri decreti indirettamente colpiti dalla sanzione di incostituzionalità, ma sanabili attraverso l'esercizio dei poteri correttivi. Per cui il progetto di riforma della dirigenza pubblica deve presumibilmente ritenersi (al momento?) accantonato.

3. Le relazioni sindacali per la dirigenza pubblica.

Rebus sic stantibus il tema di riflessione si implementa ed obbliga ad uno sforzo di sintesi e di sistema, non limitandosi al cortile dell'ultimo intervento di riforma.

L'analisi che fa seguito afferisce al dirigente nella sua doppia veste di datore di lavoro e di lavoratore subordinato. Proprio questo duplice ruolo del dirigente, nei cui confronti rimane sempre attuale la plastica raffigurazione di un "Giano bifronte", costituisce uno snodo di assoluta delicatezza.

Nel momento in cui il diritto sindacale incontra la dirigenza pubblica si verificano dei corti circuiti di sistema che richiederebbero uno sforzo di riflessione supplementare, necessario affinché il diritto comune operi senza distorsioni, adattandosi ad un sistema che ruota sui principi della legalità e dell'interesse pubblico, anziché su quelli del mercato e della libertà di impresa.

Torsioni, difficoltà applicative e dubbi di sistema che spingono a domandarsi fino a che punto sia stata opportuna una contrattualizzazione della figura così integrale e pressoché sconosciuta negli altri Paesi che si sono cimentati in riforme del pubblico impiego. È un dubbio che riecheggia periodicamente nella dottrina più avvertita ⁽²³⁾ e che era divenuto addirittura “preclusione ontologica” alla stessa privatizzazione, nel famoso parere del Consiglio di Stato su quella che sarebbe diventata la legge n.421 del 1992, in cui si avvertiva dei pericoli di una privatizzazione integrale di figure che dispongono di competenze provvedimentali esterne non riducibili all’esercizio di potere privatistico. Una privatizzazione integrale che – a ben vedere – va anche oltre il lascito di Massimo Severo Giannini, che nel suo famoso “Rapporto” ne suggeriva la limitazione alle qualifiche non legate all’esercizio di potestà pubbliche ⁽²⁴⁾.

In modo assolutamente non esaustivo cito allora quattro ambiti in cui le norme hanno funzionato male e che investono il dirigente nel suo ruolo di datore di lavoro o oggetto delle discipline contrattuali, vale a dire il dirigente soggetto ed il dirigente oggetto di relazioni sindacali. Di seguito, quindi, si analizzano: a) il caso del dirigente destinatario di trattamenti collettivi definiti in sede integrativa; b) la problematica contrattazione degli incarichi dirigenziali; c) il dirigente *dominus* della contrattazione integrativa; d) il danno da contrattazione collettiva: temi gli ultimi due strettamente connessi.

Si tratta di capire se il cattivo funzionamento delle norme sia l’effetto di una cattiva o nulla applicazione delle norme ovvero di un difetto di sistema su cui sarebbe auspicabile intervenire normativamente.

4. Il dirigente destinatario di discipline collettive.

Un’evidente anomalia si determina innanzitutto allorché il dirigente si presenti in sede integrativa quale parte della delegazione trattante di parte pubblica. In questa ipotesi si determina un conflitto di interessi neanche tanto potenziale, in quanto il dirigente-attore negoziale finisce con il contrattare condizioni normative che gli si applicheranno direttamente, con l’aggravante che le stesse trattative che lo riguardano si svolgono perlopiù in confronto con le stesse organizzazioni sindacali che costituiscono la sua controparte in sede di contrattazione integrativa per i dipendenti non dirigenti ⁽²⁵⁾.

²³ Per esempio già RUSCIANO, in *L’impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978 e successivamente in *Giannini ed il pubblico impiego*, in *RTDP*, 4, 2000 nonché CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici, Una modificazione costituzionale?* in *GDA*, 2002. In tempi più recenti si vedano NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011, soprattutto cap. IV e VI e DEODATO, *Prospettive di riforma della dirigenza pubblica*, in <Giustamm>.

²⁴ Si domandava il noto giurista “se un’altra strada percorribile non sia quella di privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati alla potestà pubblica, conservando come rapporto di diritto pubblico solo quello di coloro ai quali tale esercizio è affidato o affidabile, cioè gli attuali direttivi e dirigenti”. Cfr. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi delle pubbliche amministrazioni*, 1979, scaricabile in <http://www.eticapa.it/eticapa/massimo-severo-giannini-rapporto-sui-principali-problemi-dellamministrazione-dello-stato-1979/>

²⁵ Tutti i CCNL vigenti stabiliscono che ai fini della contrattazione collettiva integrativa di area dirigenziale ciascuna amministrazione, ente o agenzia, individua i dirigenti che fanno parte della delegazione trattante di parte pubblica (v. ad esempio l’art. 13, del CCNL dell’Area VI del 1/8/2006 o l’art. 11 del CCNL Area II del 23/12/2009), prevedendo quale unica preclusione che il dirigente componente delle RSA non sia titolare di relazioni sindacali per l’area dirigenziale quale parte della delegazione di parte pubblica (v. ad esempio l’art. 13, comma 3, del CCNL dell’Area I del 21/4/2006).

Si verifica così un'intollerabile confusione di ruoli, un vero e proprio difetto di sistema che potrebbe essere almeno attenuato se fosse data attuazione a quanto previsto nella delega contenuta nella lettera h) dell'art. 17 della legge n.124 del 2015, che prevede il rafforzamento delle *"funzioni di assistenza dell'Aran ai fini della contrattazione integrativa"* (fra l'altro) attraverso forme di *"concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa"*.

La possibilità di accorpate le sedi di negoziazione, soprattutto nei piccoli enti e nelle amministrazioni disaggregate, potrebbe favorire la trasparenza dei processi negoziali, applicando condizioni uniformi per istituti comuni ed evitando l'atomizzazione e le possibili personalizzazioni dei contenuti negoziati.

Un altro problema, tradizionale nella prospettiva in esame, riguarda la contrattazione degli incarichi dirigenziali.

In questo campo si scontano in modo particolare gli effetti dell'espansione della contrattazione collettiva in campi che dovrebbero esserle preclusi, afferendo alla sfera organizzativa e quindi alle prerogative unilaterali dell'amministrazione.

In sede di contrattazione collettiva si è permesso alle parti di contrattare la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonostante si tratti di un istituto esterno (propedeutico e precedente) al rapporto di lavoro, sul quale esclusivamente può svolgersi la contrattazione collettiva. Si verte, anzi, su di un profilo direttamente afferente al conferimento di un potere amministrativo, che già la legge n. 421 del 1992 aveva incluso nelle famose *"sette materie"* escluse dalla contrattazione ⁽²⁶⁾. Tuttavia nessun contratto collettivo ha rinunciato a disciplinare la materia, nonostante la legge n. 145 del 2002, aggiungendo un apposito comma 12-*bis* all'articolo 19 del d.lgs. n.165 del 2001, avesse espressamente escluso dalla contrattazione collettiva la disciplina degli incarichi dirigenziali. Né basta. Il d.lgs. n.150 del 2009 ha richiamato esplicitamente la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali nel nuovo testo dell'art. 40, comma 1, per escluderla nuovamente dalla contrattazione collettiva.

Ma se tutto questo è vero, stante la ribadita imperatività ed inderogabilità delle norme del d.lgs. 165 del 2001 e l'applicazione del principio di eterointegrazione legale alle disposizioni contrattuali incompatibili ⁽²⁷⁾, allora hanno già cessato di aver vigore tutta una serie di disposizioni contenute nei vigenti contratti relativi alle aree dirigenziali, a partire da tutte quelle disposizioni che tutelano in vario modo il diritto all'incarico (e questo effetto si è verificato ancor prima del draconiano e discutibile intervento normativo contenuto nell'art. 9, comma 32, del decreto-legge n. 78 del 2010) ⁽²⁸⁾.

²⁶ Art. 2, comma 1, lett.c): *"(Sono regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi, le seguenti materie): n.2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi"*.

²⁷ Cfr. l'art. 2, commi 2 e 3-*bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001.

²⁸ Dove si stabilisce che qualora alla scadenza di un incarico di livello dirigenziale le P.A. *"non intendono, anche in assenza di una valutazione negativa, confermare l'incarico conferito al dirigente"* le stesse *"conferiscono al medesimo dirigente un altro incarico, anche di valore economico inferiore"* e che in questi casi *"non si applicano le eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli"*.

Da una diversa prospettiva destano perplessità quelle norme dei contratti collettivi che prevedono in caso di licenziamento illegittimo del dirigente la corresponsione di un'indennità pecuniaria in luogo della reintegrazione ⁽²⁹⁾. Questa soluzione è stata apertamente censurata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 351 del 2008, pronunciata con riferimento ad una legge della Regione Lazio ⁽³⁰⁾ ed in cui è stata affermata l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro. Nell'occasione la Consulta ha chiarito non solo che le forme di riparazione economica non sono *nemmeno* in grado di attenuare il pregiudizio all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione causato dalla rimozione illegittima, ma anche che in questi casi viene a determinarsi un danno aggiuntivo per la collettività, realizzandosi una «forma onerosa di *spoils system*». L'erario pubblico è infatti chiamato a corrispondere sia la retribuzione dei nuovi dirigenti, nominati in sostituzione, sia le somme destinate al risarcimento dei dirigenti pretermessi.

Ovviamente non può essere permesso ai contratti collettivi ciò che è precluso alla legge, per cui la disposizione contrattuale dovrebbe intendersi nulla per impossibilità giuridica dell'oggetto.

5. Il dirigente datore di lavoro. La stagione dell'unilateralità e la "blindatura" dei poteri dirigenziali.

L'ultimo capitolo riguarda il dirigente *dominus* della contrattazione integrativa, a cui è fatalmente collegata la tematica del "danno da contrattazione collettiva".

Nel campo delle relazioni sindacali pare per certi versi evidente il fallimento almeno parziale della riforma "Brunetta" contenuta nel d.lgs. n. 150 del 2009 che, con un intervento eteronomo a tutto campo, ha inteso ridurre gli spazi della contrattazione e le forme della partecipazione sindacale, anche per "blindare" i poteri dirigenziali rispetto all'invadenza della contrattazione collettiva e nei confronti delle forme più intrusive di partecipazione sindacale. Questa politica normativa ha comportato la contestuale forte riaffermazione dell'unilateralità delle scelte gestionali ⁽³¹⁾.

La legge è stata rilanciata in un contesto privatizzato, sia pure senza il recupero di quei poteri autoritativi che hanno caratterizzato la lunga stagione del diritto amministrativo nel lavoro pubblico.

Sono note le direttrici di questo intervento, a partire dal superamento di fatto di quella norma "manifesto" che facoltizzava i contratti collettivi ad intervenire, rendendo inefficaci le norme legislative *medio termine* intervenute tra un contratto e l'altro. Norma anche di forte valore simbolico, perché il campo del rapporto di lavoro veniva elettivamente consegnato all'autonomia negoziale. Attualmente il contratto collettivo è invece abilitato ad intervenire nella materia del rapporto di lavoro, derogando alla legge, solo quando è espressamente autorizzato a farlo da quest'ultima (con disposizione espressa e volta per volta). In tutti gli altri casi – cioè praticamente sempre (perché altrimenti la legge dovrebbe autoqualificarsi "a termine" ed esporsi alla futura disapplicazione, dichiarando previamente la propria... debolezza) – per il riaffermato vincolo di

²⁹ V. per esempio l'art. 12 CCNL Area II del 22/2/2010.

³⁰ Corte Costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2008, n. 351 (PRES. Flick, RED. Cassese).

³¹ Mi sia consentito il rinvio a TALAMO, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva ai tempi della legge "Brunetta"*, in GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Quaderni della SPISA dell'Università di Bologna, 2012; ID., *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in GDA, 2009, 12.

inderogabilità della legge, quella stessa materia, “rilegificata”, è esclusa *ad libitum* dalla competenza della contrattazione collettiva ⁽³²⁾.

Dalla “legge Brunetta” in poi, quindi, “più si espande la legge, più si ritira il contratto” ed il rapporto gerarchico legge-contratto non può più nemmeno essere attenuato.

Altre disposizioni riducono oggettivamente lo spazio negoziale, chiarendo una volta per tutte (sciogliendo dubbi dottrinari diffusi), che la contrattazione collettiva non può intervenire sulla materia dell’organizzazione del lavoro, cioè in quella zona grigia, collocata fra rapporto ed organizzazione degli uffici, in cui è il cuore delle facoltà gestionali del datore di lavoro pubblico.

Alcune materie relative al rapporto di lavoro sono state poi direttamente legificate (la materia disciplinare, per esempio, squisitamente riferibile al rapporto di lavoro) e, considerata l’inderogabilità della legge e più ancora l’imperatività del d.lgs. n. 165 del 2001, risultano intangibili per la contrattazione collettiva. La negoziazione per queste materie è residuale in quanto può essere riconosciuta solo negli spazi appositamente individuati dalla norma primaria.

Inoltre il contratto collettivo viene minato nel suo ruolo di autorità salariale.

Il Governo dopo sessanta giorni dall’approvazione della legge di stabilità, in mancanza di accordo tra le parti ha facoltà di erogare le risorse che la legge ha stanziato ai fini dei rinnovi contrattuali.

Non si tratta una norma incostituzionale. Nel settore privato la Corte di cassazione ha ritenuto legittime questo tipo di anticipazioni salariali, sebbene a determinate condizioni ⁽³³⁾. Ma è evidente che prevedere normativamente questa facoltà ha conseguenze decisive, anche perché pur non inibendosi la contrattazione futura sul punto, si rischia di prevedere per il contratto collettivo una funzione meramente ancillare delle preve decisioni unilaterali, squilibrando le condizioni relative ad un negoziato non più “*ad armi pari*” ⁽³⁴⁾.

E la stessa facoltà a favore della parte pubblica, di disporre unilateralmente in assenza di accordo fra le parti, è stata prevista per il dirigente in sede di contrattazione integrativa nei casi di stasi dei negoziati ed urgenza di provvedere.

Non è tuttavia precostituita una competenza concorrente. Il Governo (nella contrattazione nazionale) o il dirigente (in quella integrativa) non è libero di scegliere volta per volta in base a valutazioni contingenti, se agire tramite contratto o tramite atto unilaterale. Una volta escluso che la materia possa essere stabilita in via definitiva unilateralmente (perché la decisione ha sempre carattere provvisorio), la legge ha inteso ovviare a situazioni di stallo obiettivo delle trattative, che rischiano di determinare il sacrificio del bene della vita costituito dall’adeguamento del salario all’inflazione maturata ed in corso di maturazione (nella contrattazione nazionale), ovvero che rischiano di pregiudicare la “*continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica*” (in quella integrativa). Nel nostro caso il dirigente viene abilitato dalla norma ad esercitare un potere *extra*

³² Mario Rusciano, con riferimento alla rilegificazione ha parlato di un “*eccesso terapeutico*” in grado di riprodurre la “giungla normativa” ante 1993. Cfr. RUSCIANO, *Contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Profili generali*, in <www.treccani.it>, Diritto on line.

³³ Per es. Cass. 11 marzo 2005, n. 5343 e 9 gennaio 2008, n. 212.

³⁴ D’AURIA, *Il personale pubblico. La legge finanziaria per il 2009*, in GDA, 4, 2009, 360.

ordinem preposto a risolvere situazioni eccezionali che derivano dalla paralisi della contrattazione collettiva ⁽³⁵⁾.

Anche i poteri di partecipazione sindacale sono stati limitati con la riduzione della concertazione ad informazione, quindi con l'eliminazione della forma più pervasiva di confronto fra le parti, che rischia sempre di trascinare in forme para contrattuali ovvero di favorire regimi cogestionali che deresponsabilizzano il dirigente ⁽³⁶⁾.

Altre disposizioni, poi, finalizzano teleologicamente la contrattazione integrativa all'efficienza ed alla produttività, piegando al fine pubblico uno strumento negoziale (che dopo la privatizzazione è espressione di autonomia collettiva); altre ancora sanzionano duramente la corresponsione a pioggia del salario di produttività ovvero erogato in assenza di valutazione di performance, impongono che la prevalenza delle risorse destinate al trattamento accessorio confluisca sulla produttività individuale (per evitare che a questa finalità vengano destinate risorse esigue) e che il personale sia diviso in tre categorie di merito cui conferire in modo differenziato le predette risorse destinate alla produttività individuale (per evitare la corresponsione di emolumenti "a pioggia"). Il sistema dei controlli viene a sua volta incrementato, con effetto di ricentralizzazione, le progressioni economiche vengono procedimentalizzate e destinate a percentuali limitate di personale, viene di converso esclusa la contrattabilità delle progressioni verticali o di carriera (ricondotte a concorso pubblico).

La legge "Brunetta" dichiara quindi formalmente guerra al "piattume" premiale ed alle politiche egualitaristiche e nel contempo ridefinisce le "regole di ingaggio", espropriando parte delle competenze acquisite dalla contrattazione collettiva dalla privatizzazione del 1993 in poi.

Tutto il sistema viene poi messo in sicurezza disponendo l'applicabilità delle clausole di inserimento materiale o di eterointegrazione contrattuale che operano nel caso di disposizioni collettive che violano norme imperative o i limiti di competenza imposti alla contrattazione collettiva. Si tratta di norme che, come ha chiarito il d.lgs. n.141 del 2011 di interpretazione autentica, operano anche nei confronti dei contratti vigenti, per i quali trova applicazione la fattispecie della nullità sopravvenuta, con automatica sostituzione della norma contrattuale difforme con quella di rango sovrastante, che integra *ope legis* il contratto nazionale.

6. (segue) Un padrone (poco) serio.

Attraverso un intervento così intenso sul sistema di relazioni sindacali, come avvertito, la legge "Brunetta" intendeva salvaguardare l'esercizio autonomo e responsabile delle prerogative del dirigente rispetto all'invasione della contrattazione collettiva ed alle forme più invasive di partecipazione sindacale.

Ma i risultati sono stati ben diversi rispetto alle attese.

³⁵ Diffusamente SORDI, *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs. n. 150 del 2009)*, in *Questa Rivista*, 5, 2010, 81.

³⁶ Successivamente, l'art. 2, comma 17, del decreto-legge n. 95 del 2012, ha reintrodotto la possibilità per il CCNL di prevedere non meglio specificate forme di "esame congiunto", fermo restando che nelle more di tali previsioni collettive resta esigibile la sola informazione nei casi in cui risulti prevista dagli stessi CCNL.

Da una parte i rinnovi contrattuali, che dovevano disseminare una serie di contenuti ipotizzati dalla legge (per esempio in tema di trattamenti accessori), hanno subito la moratoria quinquennale imposta dai provvedimenti finanziari, spesso a carattere di urgenza, che si sono susseguiti per tutto il quinquennio 2010-2015 ed i cui effetti si protraggono a tutt'oggi nonostante l'intervento del Giudice costituzionale ⁽³⁷⁾. Dall'altra, il ricorso massiccio alla legge, prima ancora di proteggere ha finito con l'irrigidire, trasformando per certi versanti la responsabilità dirigenziale (di prodotto) in una responsabilità da inadempimento (di processo), fornendo ogni alibi ad un dirigente tradizionalmente insensibile e quasi disinteressato al risultato della propria prestazione lavorativa anche perché le sue fortune professionali risultano sostanzialmente indifferenti ai risultati della prestazione ed agganciati ad altre logiche ed altre dinamiche.

L'analisi dei contratti integrativi anche successivi alla riforma commentata sembra confermare le prassi antiche, a partire dal bassissimo grado di appropriazione del tavolo decentrato da parte del dirigente cui fa spesso riscontro la stipulazione di contratti integrativi fuorilegge. Innanzitutto per la negoziazione di istituti preclusi, a partire da quelli afferenti l'organizzazione del lavoro ⁽³⁸⁾. Dopo il superamento dei meccanismi di bocca della contrattazione integrativa, che ha subito anch'essa gli effetti delle norme finanziarie varate nella stagione dell'emergenza, a partire dal 2016 sono generalmente riprese senza soluzione di continuità progressioni economiche *ancien régime* di massa e non selettive, nonostante le norme vigenti abbiano limitato *ex lege* le percentuali dei beneficiari "a quote limitate di personale" ed abbiano riaffermato in modo forte il principio di selettività. A sua volta il salario accessorio continua perlopiù ad essere congelato in voci di spesa fisse o continuative ovvero ad essere corrisposto sulla base di procedure di valutazione pletoriche o assenti, nonostante le stesse siano considerate imprescindibili dalle norme vigenti a pena di nullità dei relativi contratti integrativi. I premi, quindi, continuano a coprire aumenti retributivi surrettizi ed indifferenziati, anche perché la contrattazione integrativa continua a svolgersi sui sistemi della valutazione e sugli stessi risultati della valutazione, con il sostanziale fallimento della politica degli incentivi (*performance-related pay*) posta al centro dell'intervento di riforma ⁽³⁹⁾.

Ancora una volta quindi non pare possibile riscontrare nel settore pubblico quel "padrone serio" di cui parlava Salvati un po' di tempo fa ⁽⁴⁰⁾, in grado di personificare quel conflitto di interesse che nella contrattazione a livello nazionale viene rappresentato dal Ministero dell'economia e che non esiste a livello decentrato. Il Ministro dell'economia in sede di quantificazione delle risorse sa che se distorce una risorsa ai fini della contrattazione nazionale, la sottrae ad altre finalità e quindi costituisce e rappresenta realmente un interesse datoriale contrapposto a quello dei dipendenti e dei loro rappresentanti sindacali; a livello decentrato, invece, il dirigente si presenta

³⁷ A partire dal decreto-legge n. 78 del 2010 (cfr. l'art. 9, comma 17), varato circa sette mesi dopo il d.lgs. n. 150 del 2009, che recava il primo blocco della contrattazione collettiva poi reiterato praticamente fino al 2015, allorché è intervenuta la commentata sentenza della Corte cost. n. 178 del 2015, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sopravvenuta del regime di sospensione contrattuale.

³⁸ Su questi dati convergono anche le rilevazioni dell'Aran, soprattutto per alcuni comparti di contrattazione (cfr. Aran, Monitoraggio della contrattazione integrativa, anno 2015) e della banca dati per i contratti integrativi operante presso il Dipartimento per la funzione pubblica fino al 2015.

³⁹ Si vedano, da ultime, le due analisi, curate per la Banca d'Italia, da GIORGIANTONIO, ORLANDO, PALUMBO e RIZZICA, *Incentivi e selezioni nel pubblico impiego*, luglio 2016, n. 342 e OCCHILUPO e RIZZICA, *Incentivi e valutazione dei dirigenti pubblici in Italia*, febbraio 2016, n. 310.

⁴⁰ SALVATI, *I limiti di un sindacato senza antagonisti*, in LETTIERI (a cura di), *Ripensare il sindacato*, Franco Angeli, Milano, 1998, 217 ss.

solidale e quasi omogeneo in termini di interesse con la controparte ed è spesso è disponibile a piegare le regole per concedere un euro in più e non in meno alle finalità delle contrattazione integrativa ⁽⁴¹⁾.

Appare allora inevitabile, a partire dall'inizio degli anni 2000 in poi, il moltiplicarsi di giudizi per danno erariale davanti la Corte dei conti, che ha tipizzato una nuova figura di danno amministrativo-contabile, il danno da contrattazione collettiva ⁽⁴²⁾.

Sono ormai vari gli studi su questa fattispecie di conio giurisprudenziale che si verifica in caso di sottoscrizione ed applicazione di contratti integrativi illegittimi per contrasto con la norma di rango superiore contenuta nei contratti nazionali ⁽⁴³⁾.

Il rapporto di interdipendenza dei livelli negoziali nel lavoro pubblico è sanzionato da una disposizione che presenta carattere imperativo (art. 40, comma, 3-bis, d.lgs. n. 165 del 2001). Qualora dal contratto integrativo illegittimo derivi un danno economicamente valutabile, coloro che lo hanno provocato, e innanzitutto i dirigenti che lo hanno sottoscritto, ne rispondono in sede contabile salvo il riscontro delle tradizionali esimenti.

Favorita anche da un fenomeno di complicazione normativa innegabile, frutto della rifrazione di più fonti non coordinate fra loro e principalmente da contratti collettivi scritti male ed interpretati da troppi soggetti che non si parlano tra loro, questa forma di responsabilità in un primo momento era stata in alcuni casi ipotizzata anche nei confronti dei componenti delle RSU sottoscrittrici dei contratti integrativi ⁽⁴⁴⁾. La Corte dei conti giungeva a tale conclusione identificando l'elemento soggettivo, che concorre alla verifica della fattispecie del danno erariale, non più esclusivamente nell'esistenza di un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione. È piuttosto il perseguimento di finalità proprie della pubblica amministrazione e la compartecipazione all'utilizzo di risorse pubbliche che radica la responsabilità. In questi casi, anche il soggetto estraneo viene coinvolto in una relazione con l'amministrazione danneggiata ed è assoggettato allo stesso complesso di vincoli ed obblighi imposti dalla legge per assicurare la corretta gestione delle risorse pubbliche ⁽⁴⁵⁾. Giacché un contratto è un atto bilaterale e non unilaterale, dell'eventuale danno causato da un contratto *contra legem*, stante il rapporto sinallagmatico dovrebbero essere chiamate a rispondere tutte le parti contraenti, fra cui - sulla base dell'ampiamiento della giurisdizione nei confronti di tutti i soggetti inseriti a qualunque titolo nell'apparato organizzativo pubblico - anche la parte sindacale.

⁴¹ Per queste considerazioni da ultimo DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e ruolo dei dirigenti*, in DELL'ARINGA E DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, Il Mulino, Bologna, 137, e, prima ancora, ID, *Contrattazione collettiva e costo del lavoro*, in DELL'ARINGA E DELLA ROCCA (a cura di), *Pubblici dipendenti: una nuova riforma?* Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, 28.

⁴² Per un elenco di pronunce e di fattispecie si rinvia a TALAMO, *Gli assetti della contrattazione integrativa dopo il D.lgs. n. 150 del 2009 e la finanziaria "d'estate": ratio di una riforma*, in *Questa Rivista*, n. 5, 2010, 775.

⁴³ Per tutti VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità diffusa*, in *Questa Rivista*, 2007, n. 877.

⁴⁴ V. Corte conti, Lombardia, 14 giugno 2006, n. 372; Corte conti Basilicata 13 maggio 2010, n. 123, ma anche gli atti nn. 59632 e 59767 del 2013, con cui il Procuratore generale della Corte dei conti della Toscana ha rinviato a giudizio, contestando il danno erariale, i componenti sindacali delle delegazioni trattanti presso il Comune di Firenze che avevano sottoscritto accordi decentrati con cui definivano trattamenti accessori ritenuti illegittimi.

⁴⁵ Sono le conclusioni mutate sulla base di una ricca giurisprudenza della Corte di Cassazione: *ex multis* Cass., nn. 400 del 2000; 4122 del 2007; 15599 e 26806 del 2009; 135 del 2010; 20075 del 2013.

Questa linea interpretativa è stata, come noto, frustrata dalla Corte di Cassazione a sezioni unite con una sentenza pronunciata nell'ambito di un regolamento di giurisdizione ⁽⁴⁶⁾.

In questa sentenza la Suprema Corte, risalendo alla *ratio* stessa della privatizzazione del 1993, ha escluso che possa essere riconosciuto nel soggetto sindacale il compartecipe di attività pubbliche, in quanto l'organizzazione sindacale porta nella contrattazione interessi propri, in fisiologico conflitto con quelli della P.A. Viene quindi a mancare proprio il presupposto per l'allargamento dell'elemento soggettivo a persone estranee alla P.A. danneggiata, perché l'organizzazione sindacale dopo la privatizzazione del 1993 non può (più) considerarsi portatrice di funzioni dirette al "*perseguimento di interessi e fini pubblici*", versando in una posizione di istituzionale conflitto di interessi con la controparte pubblica.

Pur non potendo che condividersi, quantomeno su di un piano strettamente sistematico, le conclusioni della S.C., occorre rilevare che ciò che nella contrattazione integrativa non è dato riconoscere è proprio il conflitto di interessi fra le parti. Parte pubblica e sindacale sono troppo spesso solidali nella stipulazione di contratti illegittimi, anche se di tale illegittimità alla fine ne risponde una parte sola. La linea argomentativa sposata da alcune sezioni giurisdizionali della Corte dei conti avrebbe quindi potuto, con la chiamata in correità dell'organizzazione sindacale, spingere diversamente il sistema ad autoregolamentarsi in modo responsabile. Le "responsabilità" di parte sindacale dopo la sentenza evocata, invece, possono solo concorrere alla rimodulazione del *quantum debeatur*, anche se gli effetti della stipulazione di un contratto illegittimo ricadono non solo sui dirigenti incauti o collusi ma anche sugli illegittimi percettori di utilità non dovute. Da tale ultimo versante il sistema pare dominato dall'entropia. Da una parte i giudici amministrativi ribadiscono periodicamente il dovere della P.A. di recuperare gli emolumenti erogati ai dipendenti pubblici sulla base di contratti illegittimi (ripetizione dell'indebito oggettivo), a nulla rilevando la buona fede del percettore; dall'altra Corte dei conti e giudici ordinari ritengono perlopiù legittima la scelta di una pubblica amministrazione di procedere al recupero delle risorse indebitamente erogate tramite la corrispondente decurtazione del fondo per la contrattazione decentrata secondo le facoltà concesse dall'art.40, comma 3-*quinquies*, del d.lgs. n. 165 del 2001 ⁽⁴⁷⁾.

A complicare il quadro delle regole vi è il dovere del dirigente di non applicare il contratto illegittimo. Questo è definito nullo, ma la nullità deve essere dichiarata da un Giudice, non essendo possibile agire in autotutela nei confronti di atti espressione di autonomia privata collettiva. Per cui l'unica possibilità allo stato concessa per evitare il giudizio erariale in caso di contratto *ictu*

⁴⁶ Cass., sez. un., n. 14689 del 2015.

⁴⁷ La rifrazione fra le fonti in questa materia ha determinato un caos interpretativo cui contribuiscono anche i diversi ordini di giurisdizione che intervengono a diverso titolo. Da un lato giurisdizione ordinaria e contabile sanciscono l'obbligo di recupero delle somme indebitamente erogate sui fondi di amministrazione e non sui singoli dipendenti (*ex multis* Trib. Firenze, sez. I civ. nn. 888 e 889 del 2015; Corte conti, sez. contr. Lombardia, n. 271 del 2015; Corte conti, sez. contr. Liguria, n. 39 del 2017, ma anche Cass. n. 26961 del 2009). La finestra temporale per effettuare il recupero varia a seconda dell'amministrazione e delle condizioni richieste dalle norme: la norma generale prevede che la compensazione si definisca integralmente nell'ambito della sessione negoziale successiva (art. 40-*bis*, comma 3-*quinquies*, d.lgs. n. 165 del 2001), ma per le regioni e gli enti locali i tempi per il recupero divengono gradualmente: con il cd. Salva-Roma coincidono con un numero (massimo) di annualità corrispondente a quello in cui si è verificato lo sfondamento (art. 4 del decreto-legge n.16 del 2014) e, dopo il cd. Decreto "*mille-proroghe*" 2017, possono essere estesi di ulteriori cinque anni (art. 15-*quater*, decreto-legge n. 244 del 2016). Nel contempo il giudice amministrativo continua a ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 2033 c.c., che impone il recupero a carico degli illegittimi percettori e considera la ripetizione atto obbligatorio, vincolato e non discrezionale, in quanto privo di valenza provvedimentale, che non consente alcuna deroga in quanto diretto a salvaguardare il pubblico interesse (*ex plurimis*, Cons. Stato nn. 470 del 2014; 561 del 2008; 290 del 2008, 145 del 2008; 4053 del 2006 e Tar Lazio n. 3111 del 2006; Tar Liguria n. 683 del 2006; Tar Lazio 9093 del 2013; Tar Campania, 1774 del 2017).

oculi illegittimo (ma che l'amministrazione è tenuta ad applicare ai sensi dell'art. 40, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001) sarebbe quella di adire il giudice per ottenere la dichiarazione di nullità attraverso un'azione per una tutela meramente dichiarativa a carattere cautelare.

7. Politica ed amministrazione, autonomia e responsabilità: *en attendant Godot*

Sicuramente la legislazione degli anni 2008-2009 ha costituito una reazione "muscolare" per ovviare al complesso di ineffettività del modello vigente.

Una contrattazione collettiva, soprattutto integrativa, anomica, spendacciona e antimeritocratica, è stata accorciata, messa sotto tutela, coinvolta in un sistema di vincoli e controlli inestricabile. Ma l'effetto della riforma, non implementata e non governata adeguatamente per mancanza di risorse e repentini cambi di governo, è stato soprattutto quello di incrementare la confusione e di annacquare le responsabilità: vale a dire un risultato opposto a quello che si intendeva conseguire.

La consapevolezza diffusa è quella che il dirigente continua ad essere incapace di ergersi a "equivalente funzionale del datore di lavoro privato".

La legge Brunetta ha cercato di "proteggerlo per legge" dalle forme di partecipazione che slittavano in regimi cogestionali fino alla paralisi dell'attività amministrativa ed ha inibito la contrattazione di tutto ciò che costituisce il cuore, l'*acquis* della funzione dirigenziale e dei poteri gestionali. Nel contempo il dirigente è stato dotato di poteri unilaterali perspicui per ovviare ai poteri di veto dei sindacati in sede negoziale.

Ma non è bastato. Perché questa reazione "muscolare" non ha toccato il cuore del problema, che involge nuovamente il corretto rapporto fra autonomia e responsabilità del dirigente ed inevitabilmente investe l'ambiguo ed irrisolto rapporto con la politica.

In assenza di ogni onere di motivazione delle mancate conferme agli incarichi dirigenziali, è fatale che la precarizzazione che deriva dalla scissione fra rapporto di lavoro e di servizio divenga fidelizzazione nei confronti dell'organo nominante. Ed è fatale anche che tale fidelizzazione annacqui lo stesso principio di distinzione funzionale, fortemente declinato dalle norme ma che non regge alla prova dei fatti, aggiornando i termini di quel famoso scambio fra sicurezza e potere di cui parlava Sabino Cassese ancora ai tempi del dpr n.748 del 1972 ⁽⁴⁸⁾.

È molto più conveniente per il dirigente pubblico scambiare i vantaggi teorici dell'autonomia con quelli certi del *favor* della politica, a cui spetta nominarlo, confermarlo, promuoverlo in modo sostanzialmente discrezionale. Ed è ancora fatale che il dirigente ceda alla pressione sindacale, obliterando le funzioni del datore di lavoro: l'interesse della politica sarà sempre dov'è il luogo del consenso e tenderà ad accordarsi con il sindacato. È fisiologico che la politica finisca per condizionare il tavolo decentrato perché troppo forti solo le spinte che la attraggono, ma è anche fisiologico che il dirigente ceda ai comportamenti opportunistici. Il dirigente continua a subire

⁴⁸ S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in *Politica del diritto*, 1981, 220.

senza dolersene troppo quella doppia espropriazione, verticale ed orizzontale, da parte della politica e del sindacato già rilevata da Franco Carinci in uno suo scritto ormai “drammaticamente” risalente ⁽⁴⁹⁾.

Alla doppia pressione *precarizzazione-sindacalizzazione* fa riscontro un sistema blando e farraginoso di imputazione della responsabilità poiché è praticamente inesistente un sistema di valutazione coerente ed obiettivo, che potrebbe agire da strumento di controllo sociale.

Di una valutazione seria - che dovrebbe vincolare nomine e mancate conferme - non si sente il bisogno, al punto di sublimarla in incarichi a scadenza predeterminata a cui fa seguito la rimozione senza motivazione ed a prescindere dalla valutazione del rendimento.

In realtà il d.lgs. n. 150 del 2009, nel testo licenziato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri, aveva per la prima volta imposto, sia in caso di ristrutturazione organizzativa dell'amministrazione ovvero alla scadenza dell'incarico, qualora l'attività del dirigente non fosse connotata da una valenza negativa, l'onere di esternare le ragioni organizzative della mancata conferma. Si trattava di un onere di motivazione che, per superare il controllo giurisdizionale di ragionevolezza, avrebbe dovuto essere congruo e non generico. Non si trattava di nulla di eversivo: né si esautorava il legittimo potere della politica di effettuare le migliori scelte organizzative nell'interesse pubblico, né si creavano intangibili rendite di posizione. Questa norma è stata rovesciata pochi mesi del suo varo nell'ambito di un provvedimento di.... stabilizzazione finanziaria ⁽⁵⁰⁾. In questo provvedimento è stato affermato il principio opposto: alla scadenza degli incarichi dirigenziali, anche in dipendenza di processi di riorganizzazione e, soprattutto, anche in presenza di una valutazione positiva, il dirigente può non essere confermato e può essere preposto ad incarichi di ammontare inferiore senza alcun onere di motivazione. Ancora peggio ha fatto una seconda norma, ancora una volta nelle pieghe di un provvedimento finanziario, la legge n.148 del 2011, che introduce un'ipotesi di revoca *ante tempus* dell'incarico in corso. Apodittica la formula: basta invocare “*motivare esigenze organizzative*” ⁽⁵¹⁾. Ci si può chiedere se siamo ancora nel solco della giurisprudenza costituzionale, che richiede allo scopo un procedimento di garanzia puntualmente determinato, con un contraddittorio da cui emergano gli interessi pubblici alla rimozione o siamo piuttosto nell'ambito di una discrezionalità che rasenta l'arbitrio.

Il messaggio che viene reso è comunque devastante, perché si conferma che il dirigente non è esposto alle ricadute dei propri comportamenti gestionali, che non gli serve raggiungere gli obiettivi al meglio perché anche in questo caso non gli è garantita nemmeno una parità retributiva.

Quescenti gli apparati della valutazione, che anche ove operassero non risultano decisivi, il dirigente è consapevole dell'irrelevanza della ricaduta dei risultati della propria gestione sulle proprie fortune professionali. Gli conviene rischiare gli effetti della giurisdizione contabile piuttosto che quelli derivanti dalla sfiducia della politica.

Il paradosso è che, ad onta di almeno quattro interventi più o meno organici che si sono succeduti in tema a partire dalla privatizzazione del 1993, le problematiche analizzate da questa riflessione

⁴⁹ F. CARINCI, *Il lento tramonto del modello unico ministeriale*, in F. Carinci e S. Mainardi, *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2005, XLIII, e, da ultimo, DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e ruolo dei dirigenti*, cit., 137.

⁵⁰ Art. 9, comma 32, del decreto-legge n. 78 del 2010.

⁵¹ Art. 1, comma 18, legge n. 148 del 2011.

potrebbero essere tranquillamente riferite e sarebbero state ancora in buona parte valide dopo l'ennesima riforma suicidata nella culla dopo la sentenza della Corte costituzionale.

Insomma nulla di nuovo all'ombra del poco frondoso albero dove Didi e Gogo aspettano ancora e vanamente Godot....

Crisi dell'appello di lavoro tra scelte legislative, tensioni ordinamentali, autosufficienza del rito e qualche ambiguità testuale: considerazioni sparse*

Luigi de Angelis

1. Vita difficile dell'appello (di lavoro).	21
2. Legge n. 533/1973 e giudice dell'appello.	21
3. Distrettualizzazione dell'appello di lavoro a seguito del d.lgs. n. 51/1998 e valorizzazione e ridimensionamento della specializzazione del giudice.	22
4. Durata degli appelli di lavoro.	24
5. Assunzione della prova e coordinamento con le regole generali del processo civile.	24
6. L'ambigua nozione di indispensabilità della prova.	25
7. Cenni al c.d. <i>filtro</i> e al nuovo art. 434 c.p.c.	27
8. Profili del reclamo <i>ex lege</i> n. 92/2012.	28

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 331/2017

1. Vita difficile dell'appello (di lavoro).

All'appello di lavoro il dibattito che precedette la l. n. 533/1973 non dedicò molta attenzione, e non a caso. I disegni di legge *Lo Spinoso Severini* e gli altri due di identico contenuto⁵², da cui poi scaturì la legge, avevano infatti a mente, e a mio avviso giustamente, la centralità del processo di primo grado, come sarà poi in generale per i procedimenti civili di cognizione ordinaria a partire dalla l. n. 353/1990⁵³. Qualche anno prima, del resto, da uno dei protagonisti principi della riforma del 1973 proprio per tutte le controversie civili si sostenne addirittura, *iconoclasticamente*⁵⁴, l'eliminazione del doppio grado di giurisdizione; tesi che fu poi ripresa autorevolmente⁵⁵ ma poi contrastata e battuta altrettanto autorevolmente⁵⁶. Ed in anni di parecchio successivi è stato un lavorista a riproporla per le cause di lavoro sia pure in termini differenti e nell'ambito di un più vasto disegno di politica del diritto: se per Mauro Cappelletti le corti d'appello andavano trasformate in sezioni distaccate della corte di cassazione alle quali la corte centrale avrebbe dovuto rimettere i ricorsi, salvi quelli che avesse ritenuto di particolare rilievo per la collettività, per Pietro Ichino, eliminato l'appello, andavano potenziate le (allora) preture e la corte di cassazione e modificato il regime dell'inibitoria⁵⁷, nonché - l'autore precisò in un secondo momento⁵⁸ - decentrando la corte di cassazione in quattro sedi, la precisazione riecheggiando l'idea, avanzata nel dibattito alla costituente⁵⁹ e non accolta anche in forza del pensiero di Piero Calamandrei⁶⁰.

2. Legge n. 533/1973 e giudice dell'appello.

Affidato al giudice monocratico (pretore), non senza forti tensioni⁶¹, il giudizio di primo grado in materia sulla base dell'esperienza positiva del procedimento di repressione della condotta anti-

⁵² Cfr. la relazione Martinazzoli-Torelli al disegno di legge approvato dalle Commissioni riunite Giustizia e Lavoro del Senato, in DENTI-SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, pagg. 346-347. Sul travagliato iter della legge cfr. PERONE, *Il nuovo processo del lavoro*, Cedam, 1975, 5 ss. Cfr., inoltre, con riguardo a iniziative di riforma varie, TARUFFO, *La giustizia civile dal '700 ad oggi*, Il Mulino, 1980, 345 ss., anche riferimenti in nota.

⁵³ Tra i tanti cfr. CONSOLO; *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze?*, www.judicium.it/admin/saggi; diversamente, da ult., TEDOLDI, *L'appello civile*, Giappichelli, 2015, 40 ss.

⁵⁴ Mi riferisco a CAPPELLETTI, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *GI*, 1969, IV, 81 ss.; cfr., poi, ID., *Doppio grado di giurisdizione: parere iconoclastico n. 2, o razionalizzazione dell'iconoclastia?*, in *GI*, 1978, IV, 1 ss.

⁵⁵ Cfr. PIZZORUSSO, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *RDP*, 1978, 33 ss.; E.F. RICCI, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *RDP*, 1978, 59 ss.

⁵⁶ Cfr. E.T. LIEBMAN, *Il giudizio di appello e la Costituzione*, in *RDP*, 1980, 401 ss.; per ulteriori riferimenti cfr., di recente, TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 42 ss., anche note 96-99.

⁵⁷ Cfr. ICHINO, *Ipertrofia e crisi del sistema giuslavoristico*, in *RIDL*, 1993, III, 171; *contra*, de ANGELIS, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in *RIDL*, 1994, I, 356 ss.

⁵⁸ Cfr. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, 1996, 174; *contra*, de ANGELIS, *Monocraticità del giudice del lavoro, anche d'appello, ed altro*, *RTDPC*, 1998, 459 ss.

⁵⁹ Cfr. i verbali della seduta CCCIX del 27 novembre 1947 che possono leggersi in TOGLIATTI, *Discorsi alla Costituente*, II ed., Editori riuniti, 1973, 83 ss., 88.

⁶⁰ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile, II. Disegno generale dell'istituto*, Fratelli Bocca, 1920, ora in ID., *Opere giuridiche*, VII, Milano, 1976, 91 ss. da cui la citazione; al riguardo cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Il Mulino, 1991, 51 ss.; PICARDI, *La storia della cassazione, la cassazione nella storia (1944-1956)*, *RTDPC*, 1996, 1256.

⁶¹ In proposito mi permetto di rinviare a de ANGELIS, *Giustizia del lavoro*, Cedam, 1992, 19 e segg., anche riferimenti alle note 73 e 74.

sindacale⁶², giudice competente a conoscere dell'appello fu, secondo la regola generale, il tribunale e quindi un giudice collegiale. Questo, che appare *naturale* per essere il primo grado affidato al pretore, non era necessitato. Alcuni, infatti, hanno rilevato che l'attribuzione appunto necessitata del secondo grado alla competenza del giudice *superiore* corrisponde ad una visione gerarchica della magistratura diversa da quella accolta dalla Costituzione repubblicana tesa alla c.d. indipendenza interna, e hanno affacciato la proposta di affidare l'appello a magistrati di pari rango dello stesso ufficio o ad altro ufficio equiordinato ed indipendente⁶³. Penso però, al riguardo, che avessero equilibrato fondamento le perplessità avanzate da chi rilevò come la contiguità tra giudice di primo e di secondo grado potesse pregiudicare la serenità e l'efficienza del giudizio⁶⁴, aggiungo: *almeno l'immagine di serenità ed efficienza*.

Altro è, naturalmente – è una proposta che isolatamente mi sono permesso di fare tanti anni fa⁶⁵ – se affidare l'appello ad un giudice sovraordinato anch'esso monocratico⁶⁶ come accadeva per gli appelli avverso le sentenze del giudice conciliatore, come ora accade avverso le sentenze del giudice di pace, e come potrebbe accadere in alcuni casi alla stregua del disegno di legge delega di riforma del processo civile pendente in Senato con il n. 2284 e già approvato alla Camera dei deputati in via definitiva il 10 marzo 2016. In proposito, ritengo che il testo dell'art. 1, comma 2, lett. b), n. 2 di esso consenta la previsione nei decreti delegati della monocraticità in appello anche per le controversie di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatoria; naturalmente quelle e solo quelle che, come recita tale disposizione, abbiano *ridotta complessità giuridica e contenuta rilevanza economico-sociale*, quest'ultima non potendo essere esclusa per il sol fatto che la controversia sia appunto di lavoro o di previdenza e assistenza. Non vedo perché, per fare un esempio, una causa avente ad oggetto la rivendicazione di modeste somme per l'effettuazione di lavoro straordinario non debba rientrare in tali categorie. Va comunque sottolineato che sembrerebbe che il Governo intenda abbandonare il progetto suddetto.

3. Distrettualizzazione dell'appello di lavoro a seguito del d.lgs. n. 51/1998 e valorizzazione e ridimensionamento della specializzazione del giudice.

A seguito dell'epocale riforma del giudice unico di primo grado del 1998 (d.lgs. n. 51/1998) e l'inerente soppressione delle preture, giudice competente in appello nella materia che qui interessa è divenuto la corte d'appello⁶⁷, ed anche questo – come la struttura collegiale dell'organo -

⁶² Cfr. DENTI, *Il nuovo processo del lavoro: significato della riforma*, RDP, 1973, 380 ss., anche in ID., *Un progetto per la giustizia civile*, Il Mulino, 1982, 267, da cui la citazione. Sulle diverse proposte di istituzione di giudici speciali composti in vario modo affacciate nel corso dei lavori preparatori della l. n. 533/1973 cfr. PERA, *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, RTDPC, 1967, 200, 207.

⁶³ Da PIZZORUSSO, *Doppio grado di giurisdizione*, cit., 48 ss. Cfr. anche la proposta di BORRE' riportata da de ANGELIS, *Monocraticità del giudice del lavoro*, cit., 465, anche nota 122.

⁶⁴ Cfr. gli interventi di DENTI, ALLORIO, TARZIA, CERINO CANOVA, in *Atti del XII convegno nazionale*, cit., 206 e, rispettivamente 249 ss., 211 ss., 271 ss.

⁶⁵ Cfr. L. de ANGELIS, *Monocraticità del giudice del lavoro*, cit., 466 ss.

⁶⁶ All'opposto, riprendendo altra tesi di ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., 164 ss., si è di recente avanzata la proposta ispirata all'*Arbeitsgericht* tedesco di rendere collegiale il giudizio di primo grado, il collegio dovendo essere formato da giudici togati ed esperti soggetti ai doveri di imparzialità ed indipendenza analoghi ai togati: cfr. F. GANDINI, *Il giudice necessario? Brevi riflessioni sul giudice togato e monocratico quale giudice inevitabile del lavoro*, RIDL, 2017, I, 36 ss.

⁶⁷ Art. 433, comma 1, c.p.c., come modificato dall'art. 85, comma 1, d.lgs. n. 51/1998.

non era necessitato per le ragioni esposte nel paragrafo precedente. Va notato che la conseguente distrettualizzazione degli appelli di lavoro e previdenza ha diversa valenza rispetto a quel che é per il generale contenzioso civile, in ragione dell'attitudine a ripetersi delle questioni su di una vasta platea d'interessati tanto più – ma non solo – con riguardo a quelle scaturenti dalla contrattazione collettiva. Da qui il maggiore rilievo dei *dicta* della corte e l'accentuazione del suo ruolo di componimento dei contrasti giurisprudenziali all'interno del distretto⁶⁸: tanto per fare un esempio di grande attualità, si pensi alla vicenda giudiziale dei precari della scuola e alle tensioni che le recenti pronunce della corte di cassazione non sembrano essere riuscite a sopire; e si pensi, circa le controversie di origine contrattuale collettiva, alle questioni in materia di *tempo-tuta*.

È in questa logica che deve essere considerato l'art. 38, ult. co., d.lgs. n. 51/1998 per il quale si è prevista una corsia preferenziale assoluta per la copertura dei posti in organico d'appello per coloro che abbiano esercitato *in via esclusiva* funzioni di lavoro e previdenza obbligatorie, e, solo subordinatamente, abbiano particolare competenza in materia determinata dalla partecipazione a corsi organizzati dal Csm o da altri elementi oggettivi. Netta è stata cioè l'opzione legislativa per la specializzazione del giudice, a mio avviso giustamente tanto più alla luce di quanto detto in precedenza sul *nuovo* ruolo della corte d'appello. Ha invece valenza opposta il ridimensionamento della regola su riportata attuato dall'organo di autogoverno che di fatto l'ha limitata alla prima applicazione, per il futuro formulandone una nuova. In particolare, nella recente circolare adottata con delibera 24 luglio del 2014, n. 13778 (art. 51) alla corsia preferenziale (vale a dire: la preferenza assoluta) si è sostituita l'assegnazione tramite l'attribuzione di un punteggio ulteriore, rispetto a quello previsto in generale per i trasferimenti, per l'esercizio esclusivo o *prevalente* di funzioni di lavoro nei dieci anni precedenti; precisamente 1 punto per i primi 2 anni e poi 0,50 per quelli successivi con un massimo di 3 punti; 0,50 per la partecipazione a corsi formativi e altri 2 punti per specifiche doti di capacità nell'esercitare funzioni e ciò determinato anche da esercizio pur non esclusivo negli ultimi 10 anni. Ed è in forza di tale regolamentazione che aspiranti a ricoprire posti di lavoro presso le corti d'appello pure più esperti siano stati sacrificati a favore di altri di parecchio più anziani, con un abbassamento della specializzazione dei collegi.

Della esigenza sopra illustrata non si è fatto carico alcuno il d.l. n. 69/2013, convertito in legge n. 98/2013, che, "al fine di agevolare la definizione dei procedimenti civili compresi quelli in materia di lavoro e previdenza", come testualmente recita l'art. 62, comma 1, ha previsto presso le corti d'appello la nomina di giudici non togati, c.d. giudici ausiliari, che vanno quindi ad integrare i collegi e la cui nomina ha la durata di cinque anni prorogabile per altri cinque. Infatti, per l'assegnazione alle sezioni che si occupano della materia del lavoro e della previdenza non sono stati previsti criteri preferenziali, il decreto limitandosi a rimettere al presidente della corte il relativo potere (art. 65, ult. co.). L'unico criterio al riguardo potrebbe forse essere dato dalle priorità individuate nel piano annuale di gestione di cui all'art. 37 d.l. n. 98/2011, convertito nella l. n. 111/2011, il quale però, se intervenuto prima delle nomine (si badi bene, quinquennali e prorogabili), nulla di utile potrebbe contenere al riguardo. Sarebbe stato allora auspicabile, ad evitare che in un collegio d'appello di lavoro che ricopre il delicato ruolo su cui ho prima insistito potesse far parte perfino chi da sempre si era occupato esclusivamente di diritto penale - consta che purtroppo ciò sia invece accaduto - che il potere di assegnazione fosse esercitato dai presidenti delle

⁶⁸ Cfr., se vuoi, de ANGELIS, *La riforma del giudice unico e la giustizia del lavoro*, RIDL, 1998, I, 416 ss., anche in AA.VV., *I metodi della giustizia civile*, a cura di BESSONE, SILVESTRI e TARUFFO, Cedam, 2000, 304 ss.

corti d'appello con sensibilità all' esigenza di specializzazione, sempre che, naturalmente, di essa vi fosse qualche segno tra i giudici ausiliari in forza alle corti stesse.

4. Durata degli appelli di lavoro.

Nel 1967, e quindi qualche tempo prima della l. n. 533/1973, Giuseppe Pera scriveva, quando la durata dei processi di lavoro e previdenza era mediamente di due anni in primo grado e altri due in appello, che si trattava di una vera bancarotta dello Stato⁶⁹. La situazione, migliorata nei primi anni di applicazione della riforma, è poi andata peggiorando sì da superare nettamente quei tempi di durata. Stando ai dati del Ministero della giustizia, nel 2013 la durata media delle controversie di lavoro privato era di 881 giorni, di lavoro pubblico 893, di previdenza 1.011, superiore a quella dei procedimenti di primo grado. La tendenza sembra poi orientata verso un leggero miglioramento soprattutto per il crollo delle sopravvenienze (16.814 contro 51.327) registrato nel primo semestre del 2015, forse dovuto alla normativa in tema di contributo unificato introdotta nel pieno della crisi economica, e ora per l'innesto dei giudici ausiliari che però soffre, anche sul piano dell'efficienza, della sopra sottolineata disattenzione legislativa all'aspetto della specializzazione. Qualche contributo d'efficienza può venire dall'innesto dei tirocinanti di cui all'art. 73 d.l. n. 69/2013 cit. che, come recita il comma 2 del medesimo, "assistono e coadiuvano il magistrato nel compimento delle ordinarie attività".

Sempre circa il funzionamento, è il caso di notare che quello del giudice d'appello, oltre ad essere legato ai carichi di lavoro, all'organizzazione di cui si avvale, alla professionalità dei singoli componenti, è condizionato anche dalla qualità del primo grado. Solo per fare degli esempi, per tale funzionamento è esiziale il dovere la corte esaminare domande non considerate dal giudice di primo grado o procedere all'assunzione di prove cui appunto in primo grado non si sia dato erroneamente luogo, e quindi, come si dice in gergo, *rifare il processo*. Senza dire della proliferazione delle istanze di sospensione della sentenza ex art. 431 c.p.c. che decisioni non credibili importa.

5. Assunzione della prova e coordinamento con le regole generali del processo civile.

A proposito dell'assunzione delle prove, non penso, contrariamente a quanto accade in qualche sede⁷⁰, sia applicabile al processo del lavoro l'art. 350, comma 1, c.p.c. come novellato dalla l. n. 183/2011, vale a dire la possibilità per il presidente del collegio di delegarla ad uno dei componenti dello stesso⁷¹. Non può infatti essere qui invocata l'incompletezza o non autosufficienza del rito del lavoro e quindi il ricorso alle regole generali del processo civile⁷² posto che la l. n. 183 cit.

⁶⁹ Cfr. PERA, *Sulla risoluzione delle controversie*, cit., 194.

⁷⁰ Cfr. P. SORDI, *Giudizio di secondo grado*, in AA. VV., *Diritto del lavoro Il processo*, a cura di AMOROSO, DI CERBO, FOGLIA, MARESCA, III ed., vol. IV, Giuffrè, 2016, 602.

⁷¹ Conf. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 692; TARZIA, DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, VI ed., Giuffrè, 2015, 353; BORGHESI, *L'appello*, in BORGHESI, de ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Utet, 2013, 423; VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Zanichelli, 2015, 409; de ANGELIS, in AA. VV., *Commentario breve al Codice di procedura civile*, diretto da CARPI e TARUFFO, VIII ed., sub art. 437, Cedam, 2015 1799; FRAIOLI, BRATTOLI, *Il giudizio d'appello*, in AA.VV., *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. VALLEBONA, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. IX, Cedam, 2011. 480, antecedente, però, alla l. n. 183/2011; *contra*, dubitativamente, P. SORDI, op. loc. ult. cit., che valorizza le finalità acceleratorie della l. n. 183/2011 che valgono sicuramente anche per il processo del lavoro.

⁷² Al riguardo cfr., per tutti, TARZIA, DITTRICH, *Manuale*, cit., 314.

ha modificato l'art. 350 lasciando però intonso l'art. 437 il cui terzo comma, laddove prevede che "Qualora ammetta le nuove prove il collegio fissa, entro venti giorni, l'udienza nella quale esse debbono essere assunte e deve essere pronunciata la sentenza. In tal caso il collegio con la stessa ordinanza può adottare i provvedimenti di cui all'art. 423", fa intendere chiaramente che non vi siano deroghe alla collegialità dell'attività del giudice. Vi è pertanto una disciplina *ad hoc*, la quale è peraltro cadenzata diversamente da quella prevista per il rito ordinario; in particolare, essa è strutturata nel senso che anche in caso di assunzione di mezzi di prova la causa possa essere immediatamente decisa, come ciò è poco congeniale ad una prova assunta dal giudice delegato. D'altronde non deve dimenticarsi della forte ispirazione della l. n. 533 cit. ai principi chiovendiani, e quindi, per quel che rileva, ai principi di immediatezza e concentrazione non congeniali ad uno iato tra organo istruttore ed organo giudicante. Naturalmente anche la rinnovazione delle prove già espletate in primo grado va effettuata dal collegio⁷³. Riflettendosi sulla costituzione del giudice la prova assunta non collegialmente è affetta, secondo la giurisprudenza di legittimità più recente⁷⁴, da nullità assoluta *ex art.* 158 c.p.c.⁷⁵, che si converte in motivo di gravame⁷⁶.

6. L'ambigua nozione di indispensabilità della prova.

Non pone problemi di coordinamento tra regole generali del processo civile e regole del rito differenziato il tema dell'ammissibilità della prova (nuova⁷⁷), che è affidato *ab initio* dall'art. 437, comma 2 c.p.c., al presupposto dell'*indispensabilità*; nozione, questa, che verrà poi adoperata più volte successivamente (inserita tra l'altro dall'art. 52 l. n. 353/1990 anche nell'art. 345 c.p.c. è stata poi eliminata dall'art. 54 d.l. n. 83/012, convertito in l. 134/2012).

Nei primi venti anni di applicazione della l. n. 533/1973 si è scritto che l'interpretazione non abbia fornito risultati appaganti in termini di chiarezza⁷⁸ anche in sede giurisprudenziale⁷⁹. Il giudizio vale tuttora in presenza di un testo che "è pressoché impossibile spiegarlo in termini di logica formale"⁸⁰ e che fa apparire "vano ogni tentativo di individuarne l'esatto significato tecnico-giuridico"⁸¹, sicché ha buone ragioni chi ha di recente sostenuto che il requisito dell'*indispensabilità* si risolve in un invito al collegio a far luogo ad istruzione probatoria solo in casi eccezionali⁸². Limi-

⁷³ VULLO, op. loc. ult. cit.

⁷⁴ Cfr. Cass. 23 aprile 2008, n. 10592, ined., a quel che consta; per ulteriori, più risalenti riferimenti anche nel senso della mera irregolarità o nullità relativa cfr. VULLO, op. loc. ult. cit., nota 239; in proposito cfr. anche FRAIOLI, BRATTOLI, *Il Giudizio d'appello*, cit., 481, anche riferimenti alle note 195 e 196.

⁷⁵ VULLO, op. loc. ult. cit., 409; BORGHESI, op. loc. ult. cit.

⁷⁶ TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 692; VULLO, op. loc. ult. cit.

⁷⁷ In proposito cfr., tra i recenti, VULLO, *Il nuovo processo*, cit., 391 ss., ed *ivi* riferimenti in nota.

⁷⁸ Cfr. PROTO PISANI, *Controversie individuali di lavoro*, Utet, 1993, 118 ss. Lo scritto è estratto dalla voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)* del *Digesto civ.*, Utet, 1993, vol. X, 297.

⁷⁹ LUISSO, *Il processo del lavoro*, Utet, 1992, 295; VULLO, *Il nuovo processo*, cit., 393 ss.

⁸⁰ PROTO PISANI, *Controversie*, cit., 119.

⁸¹ Cfr. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 689.

⁸² Aut. op. loc. ult. cit.; nella manualistica, COMOGGIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile I Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, V ed., Il Mulino, 2011, 105.

tandomi, per esprimere le incertezze in punto, ad alcune recenti decisioni di legittimità rimanendo ad altre sedi per il riepilogo delle varie, faticose letture dottrinali⁸³, richiamo esemplificativamente Cass. 29 settembre 2016, n. 19305⁸⁴, che ha affermato che il potere istruttorio d'ufficio ex art. (421 e) 437 c.p.c. - ma lo stesso è per le prove nuove dedotte in appello dalle parti - non è meramente discrezionale, ma costituisce un potere-dovere da esercitare contemperando il principio dispositivo con quello della ricerca della verità, sicché il giudice (anche di appello), qualora reputi insufficienti le prove già acquisite e le risultanze di causa offrano significativi dati d'indagine, non può arrestarsi al rilievo formale del difetto di prova ma deve provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati dal materiale probatorio idonei a superare l'incertezza sui fatti in contestazione, senza che, in tal caso, si verifichi alcun aggiramento di eventuali preclusioni e decadenze processuali già prodottesi a carico delle parti, in quanto la prova disposta d'ufficio è solo un approfondimento, ritenuto indispensabile ai fini del decidere, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo; Cass. 29 aprile 2016, n. 8568⁸⁵, secondo cui il mezzo istruttorio in sede di gravame di merito è indispensabile quando appaia idoneo a sovvertire la decisione di primo grado, nel senso di mutare uno o più giudizi di fatto sui quali si basa la pronuncia impugnata fornendo un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale in coerenza con i principi del giusto processo; Cass. 3 giugno 2015, n. 11444⁸⁶ (relativa all'art. 345 nel testo novellato nel 1990), per la quale la prova nuova é indispensabile allorquando è di per sé sufficiente a provare il fatto controverso, a prescindere da tutte le altre fonti di prova, ovvero allorquando sia finalizzato a corroborare gli esiti delle prove già raccolte in primo grado; Cass. 31 agosto 2015, n. 17341⁸⁷, che, sempre interpretando l'art. 345 modificato dalla l. n. 353 cit., ha affermato che esso, nell'escludere l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova, ivi compresi i documenti, salvo che, nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite, siano ritenuti indispensabili perché dotati di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella delle prove già rilevanti sulla decisione finale della controversia, impone al giudice del gravame - tenuto conto delle allegazioni delle parti sulle ragioni che le rendano indispensabili e verificatene la fondatezza - di motivare espressamente sulla ritenuta attitudine, positiva o negativa, della nuova produzione a dissipare lo stato di incertezza sui fatti controversi. In argomento, avendo ritenuto assorbita la questione non hanno preso posizione le sezioni unite cui la questione stessa è stata rimessa a seguito di Cass. ord. 17 novembre 2014, n. 24408⁸⁸, ancora relativa all'art. 345, in cui si legge che il "nuovo apporto probatorio che la parte intende fornire deve risultare diretto non già a supplire od integrare ciò che non é stato provato a sufficienza tramite le prove assunte nel quadro dei punti del *thema probandum* siccome fissatisi all'esito del contraddittorio in primo grado e che come tale é stato apprezzato dalla sentenza, bensì deve apparire funzionale a dimostrare fatti idonei ad incidere su un risultato probatorio individuato solo dalla stessa sentenza e che, pertanto, non avrebbe potuto, proprio per tale modo di emersione, essere oggetto dei poteri probatori delle

⁸³ Cfr. de ANGELIS, in *Commentario breve*, cit., 1793 ss.; BORGHESI, *L'appello*, cit., 414 ss.; adde, VIDIRI, *L'indispensabilità delle prove nel rito del lavoro*, RDP, 2015, 1469 ss.

⁸⁴ In Rep. *Foro it.-Banca-dati*, 2016, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 58.

⁸⁵ In Rep. *Foro it.-Banca dati*, 2016, voce *Appello civile*, n. 53.

⁸⁶ In Rep. *Foro it.*, 2015, voce *Appello civile*, n. 54.

⁸⁷ In Rep. *Foro it.*, 2015, voce *Appello civile*, n. 49.

⁸⁸ Ined., a quel che consta.

parti in primo grado, in quanto non faceva parte del *thema probandum* per come articolatosi nel dibattito fra le parti. Solo questa condizione sembrerebbe coerente con l'operare del sistema delle preclusioni probatorie, che altrimenti, pur nel regime in cui si pone la questione qui discussa, parrebbero profilarsi quasi svanire, con grave incoerenza del sistema processuale". In argomento va notato che solo in qualche decisione della corte di cassazione si fa riferimento all'obbligo di motivare sul punto⁸⁹, invece escluso dall'indirizzo dominante⁹⁰.

7. Cenni al c.d. filtro e al nuovo art. 434 c.p.c.

Se l'introduzione del c.d. filtro in appello (art. 348 *bis* c.p.c., inserito dall'art. 54, comma 1, lett. a) d.l. n. 83/2012, convertito nella l. n. 134/2012)⁹¹ "si rivela in generale inutile e fonte di complicazioni ed é funzionale solo all'immagine"⁹², lo é tanto più con riguardo all'appello di lavoro che lo ha fatto proprio (v. art. 436 *bis*), in cui non solo il compito di utilizzarlo spetta allo stesso giudicante e non ad un soggetto diverso, ma anche appunto il giudicante é investito della causa *ab initio* e l'udienza di discussione é, secondo l'art. 435 c.p.c., fissata entro sessanta giorni. Poiché d'altronde va instaurato il contraddittorio (art. 348 *ter*, comma 1), scarsissimo é il contributo d'efficienza che lo strumento può fornire⁹³ non solo quando il processo d'appello funziona bene ma perfino quando funziona male: se vuole darsi un senso alla disposizione deve fissarsi udienza *ad hoc*, in cui il giudice deve ovviamente studiare la causa e lo stesso deve fare la parte o le parti appellate, il tutto come è per la trattazione *non filtrata*. Non é un caso del resto che del mezzo é quasi inesistente l'utilizzo da parte dei collegi di lavoro. E non é allora il caso che qui debba occuparmene ulteriormente.

Attenuando il rigore di alcune pronunce di merito dei primi tempi di entrata in vigore della modifica dell'art. 434 c.p.c.⁹⁴ (e del testo identico, salvo che per la forma del ricorso anziché della citazione, dell'art. 342) disposta dall'art. 54, comma 1, lett. c-*bis*, d.l. n. 83/2012, convertito nella l. n. 134/2012⁹⁵ e che ha sostituito come requisito d'inammissibilità quello della motivazione dell'appello al requisito della esposizione dei "motivi specifici dell'impugnazione", la sezione lavoro della corte di cassazione ha affermato che a pena d'inammissibilità appunto l'art. 434, *in coerenza con il paradigma generale contestualmente introdotto nell'art. 342, non richiede che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, ma impone al ricorrente in appello di individuare in modo chiaro ed esauriente il quan-*

⁸⁹ Cfr. Cass. 31 agosto 2015, n. 17341, cit.

⁹⁰ Cfr. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 689, ed *ivi* ampi riferimenti alla nota 111.

⁹¹ Sulle varie questioni in argomento cfr. il riepilogo di GAMBA, in *Commentario breve*, cit., sub artt. 348 *bis* e *ter*, 1411 ss. e, rispettivamente, 1419 ss., ed *ivi* richiami alle varie, generalizzate posizioni critiche.

⁹² Così G. COSTANTINO, *L'appello*, in AA. VV., *Processo del lavoro*, Giuffrè, 2017, 252, anche riferimenti alla nota 36, che considera il filtro tra gli esempi di "cialtroneria legislativa", di "vandalismo istituzionale", un "tentativo di 'appellicidio'".

⁹³ Cfr. D'ALESSIO, *Le riforme dell'appello nel processo del lavoro*, in AA. VV., *Il processo del lavoro quarant'anni dopo Bilanci e prospettive*, a cura di TISCINI, Jovene, 2015, 231 ss.

⁹⁴ Cfr., ad es., App. Roma 29 gennaio 2013, *Fl*, 2013, I, 977, con nota di G. COSTANTINO.

⁹⁵ Secondo cui la motivazione dell'appello "deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata".

*tum appellatum, circoscrivendo il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono e formulando, sotto il profilo qualitativo, le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, sì da esplicitare la idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata*⁹⁶. Sembra quindi che tutto sommato sia stata data continuità per legge ai precedenti arresti di legittimità sotto il vigore del testo dell'art. 434 non novellato⁹⁷, e comunque sia stata fornita una lettura non formalistica della modifica⁹⁸.

8. Profili del reclamo ex lege n. 92/2012.

Presenta caratteri d'ambiguità il reclamo di cui alla l. n. 92/2012 (art. 1, commi 58-61) in materia di licenziamenti soggetti all'applicazione dell'art. 18 l. n. 300/1970. La l. n. 92 cit., e quindi anche il reclamo in questione, è però inapplicabile ai licenziamenti riguardanti i c.d. contratti a tutele crescenti ex art. 11 della stessa, e sarebbe destinata a scomparire dall'ordinamento ove fosse approvato dal Senato della Repubblica il d.l. delega n. 2284 già approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016⁹⁹; disegno di legge tuttora pendente avanti la 2a Commissione (Giustizia) permanente ma che, lo si ripete, sembrerebbe che il Governo intenda abbandonare.

Appunto la legge n. 92 cit. stabilisce la reclamabilità avanti la corte d'appello (deve intendersi: in funzione di giudice del lavoro), nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione (in mancanza, trova applicazione l'art. 327 c.p.c.), della sentenza che decide l'opposizione. Si è fatto ricorso al termine "reclamo" probabilmente per dare un ulteriore segno di quella di celerità cui è ispirato il rito Fornero¹⁰⁰, ovvero per una suggestione derivante dal sistema delle impugnazioni del progetto Foglia¹⁰¹, ma si è così fatto insorgere il problema dei limiti della devoluzione; se, cioè, se sia circoscritta o meno dai motivi di gravame e se sia soggetta o meno al divieto dei *nova*. L'aspetto è naturalmente di notevole rilievo, la seconda tesi portando

⁹⁶ Cfr. Cass. 5 febbraio 2015, n. 2143, *RIDL*, 2015, II, 503, con nota di IZZO, *Forma e contenuto dell'atto di appello del rito del lavoro secondo la (primissima) giurisprudenza di legittimità*; Cass. 20 maggio 2015, n. 10386, *NGL*, 2015, 534; altresì Cass. 7 settembre 2016, n. 17712, *MFI*, 2016, 604, per la quale i requisiti di contenuto della «motivazione» dell'appello pongono a carico dell'appellante un preciso ed articolato onere processuale, compendiabile nella necessità che l'atto di gravame, per sottrarsi alla sanzione di inammissibilità, offra una ragionata e diversa soluzione della controversia rispetto a quella adottata dal primo giudice.

⁹⁷ Cfr. G. COSTANTINO, *L'appello*, cit., 247 ss.; ID., nota a App. Bari 18 febbraio 2013, App. Roma ord. 30 gennaio 2013, App. Roma 29 gennaio 2013, App. Roma ord. 23 gennaio 2013, *FI*, 2013, I, 982, ed ivi riferimenti alla precedente giurisprudenza; VULLO, *Il nuovo processo*, cit., 367; diversamente tra gli altri, TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 148 ss.; BORGHESI, *L'appello*, cit., 383 ss.; in giurisprudenza, in particolare, App. Roma 29 gennaio 2013, cit., secondo cui l'appello è inammissibile se non indica espressamente le parti del provvedimento oggetto dell'impugnazione, le modifiche da apportare alla ricostruzione del fatto ed il rapporto causale tra la violazione di legge e il pregiudizio subito.

⁹⁸ Cfr. COREA, *La riforma dell'appello nel processo del lavoro*, *judicium.it*, 2014, 5 ss., ed ivi ricostruzione delle varie posizioni e relativi riferimenti in nota.

⁹⁹ V. art. 2, comma 1, cit., di immediata applicazione ma contenente la regola transitoria per cui "giudizi introdotti con ricorso depositato entro la data di entrata in vigore della presente legge sono trattati e definiti secondo le norme di cui all'art. 1. commi da 48 a 68".

¹⁰⁰ MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, 376, ravvisa nella funzione pratica di evidenziare che l'impugnazione va collocata sulla corsia preferenziale l'uso del termine reclamo.

¹⁰¹ In tal senso BENASSI, *La Riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in *LG*, 2012, 757; de ANGELIS, *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, *DLRI*, 2012, 706; PALLADINI, *Opposizione, reclamo e ricorso per cassazione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, a cura di PERSIANI e S. LIEBMAN, Utet, 2013, 488.

a concepire l'appello come *novum iudicium* e quindi ad appesantirlo notevolmente, con buona pace della celerità del processo. D'altronde, la deformalizzazione del processo (v. *infra*) è, nello spirito della legge, finalizzata alla sua celerità.

Fermo che il tentativo dottrinale di molti anni fa di ricostruire unitariamente l'istituto del reclamo nel nostro sistema è rimasto isolato¹⁰², e fermo che si ritiene ormai che nell'ordinamento esistano piuttosto *i reclami*, il divieto dei *nova* in sede istruttoria stabilita dall'art. 1, comma 59, che ricalca la attuale normativa dell'appello quale letta dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, la mancanza di riferimenti normativi necessari per regolamentare alcuni aspetti del giudizio (rinunce, mancata comparsa delle parti, appello incidentale, etc.), nonché la *ratio* di celerità di cui si è detto fanno ritenere che il reclamo in questione abbia natura d'impugnazione in senso stretto, sia cioè un appello¹⁰³, come tale soggetto agli artt. 323 ss. c.p.c. e alle regole dell'appello di lavoro, sia pure con alcune, espresse differenze¹⁰⁴; pertanto anche a quella del divieto di *jus novorum*¹⁰⁵. In proposito è il caso di aggiungere che per quanto prima detto sulla pluralità dei reclami nel nostro ordinamento non è qui invocabile Corte cost. 17 marzo 1998, n. 65¹⁰⁶ resa con riguardo ai procedimenti cautelari, peraltro, come si è cercato di sostenere in altra sede¹⁰⁷, a mio avviso superata dall'introduzione nel 2005 dell'art. 669 *terdecies*, comma 4, c.p.c.

La corte d'appello - deve intendersi: il suo presidente¹⁰⁸ - fissa con decreto l'udienza di discussione nei sessanta giorni successivi al deposito del reclamo. Dal pur ellittico richiamo all'applicazione dei termini di cui ai precedenti commi 51-53 si ricava che deve essere assegnato termine all'appellato per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza, che il ricorso deve essere notificato

¹⁰² Cfr. GIANNOZZI, *Il reclamo nel processo civile*, Giuffrè, 1968, 239 ss.; Id., *Reclamo* (diritto processuale civile), in *NNDI*, vol. XI; Utet, 1967, 1064 ss. Per rilievi critici cfr., per tutti, CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Giappichelli, 2002, 82 ss.

¹⁰³ Cfr. Cass. 9 settembre 2016, n. 17863, *MFI*, 2016, 610; nella giurisprudenza di merito, tra le altre, App. Bologna 21 maggio 2103, *ADL*, 2013, 1426, con nota di GIRELLI, *Nuovi chiarimenti interpretativi sul rito Fornero: anche la giurisprudenza sancisce l'equiparazione del reclamo all'appello lavoristico*; TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità «in entrata» e flessibilità «in uscita» nella l. n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, *ADL*, 2012, 813; de ANGELIS, *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo*, cit., 706 ss.; DE LUCA, *Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (art. 1, 58^a comma seg., l. n. 92 del 2012): natura, forma e filtro dell'appello*, *RIDL*, 2013, I, 847 ss.; ID., *DE LUCA, Reclamo nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (art. 1, commi 58 ss., l. n. 92 del 2012) e recenti riforme dell'appello: note minime*, *FI*, 2013, V, 236; PALLADINI, *Opposizione, reclamo e ricorso per cassazione*, cit., scrive di "appello semplificato"; più di recente cfr. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit. 702.

¹⁰⁴ Cfr. Cass. 11 novembre 2015, n. 23073, *GI*, 2016, 854, con nota di MINAFRA; Cass. 9 settembre 2016, n. 17863, cit.; Cass. 29 novembre 2016, n. 24258, *RFI*, 2016, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 52, secondo cui le esigenze acceleratorie previste dal rito in questione riguardano l'impulso processuale e la struttura (bifasica) del procedimento di primo grado, mentre la disciplina processuale in tema di reclamo deve necessariamente integrarsi con quella in tema di appello nel rito del lavoro, sicché, una volta proposto tempestivo reclamo principale, deve ritenersi che il reclamato ben possa proporre (anche ai sensi dell'art. 24 cost.) reclamo incidentale, nei termini di cui all'art. 436 c.p.c.; tra gli altri, CONSOLO, RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, *CG*, 2012, 736; CIRIELLO, LISI, *Disciplina processuale*, in AA. VV., *Riforma del lavoro*, a cura di PELLACANI, Giuffrè, 2012, 295; E. BOGHETICH, *Il rito speciale in tema di licenziamento*, in AA. VV., *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, cit., 442 ss.; CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in AA., *Flessibilità e tutele nel lavoro Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, a cura di CHIECO, Cacucci, 2013, 428;

¹⁰⁵ Cfr. A.D. DE SANTIS, *I procedimenti speciali*, in AA. VV., *Processo del lavoro*, cit., 561.

¹⁰⁶ *FI*, 1998, I, 1759.

¹⁰⁷ Cfr. de ANGELIS, *Il reclamo cautelare riformato e la giustizia del lavoro*, *ADL*, 2006, 759 ss.

¹⁰⁸ MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., 377, scrive che "sembra un refuso quello di avere indicato la Corte di Appello in luogo del Presidente".

all'appellato almeno trenta giorni prima della data fissata per la costituzione, che l'appellato deve costituirsi mediante memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'articolo 416 c.p.c.

La corte, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. Il dispositivo va letto e la sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione. Si continuano poi ad applicare l'art. 132 c.p.c. e l'art. 118 disp. att. c.p.c. novellati sul contenuto della sentenza e sulla motivazione.

È prevista una disciplina speciale dell'inibitoria, la legge stabilendo che alla prima udienza la corte possa sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono gravi motivi (art. 1, 60° co.).¹⁰⁹ Ciò significa, da un lato, che non sia più applicabile¹¹⁰ la giurisprudenza di cassazione per la quale la statuizione di reintegrazione non era soggetta ad inibitoria ex art. 431 c.p.c.¹¹¹; da un altro lato, che il regime in questione è rapportato alla disciplina del codice di rito inerente le sentenze a favore del datore di lavoro (art. 431, 5° e 6° co. c.p.c.) sia in quanto fa riferimento alla sospensione dell'efficacia della sentenza e non dell'esecuzione, sia al presupposto dei gravi motivi e non a quello del gravissimo danno¹¹². E questo quando la disciplina stessa andrà applicata – salvo che per la statuizione sulle spese¹¹³ – con riguardo a sentenze emesse a favore del lavoratore, altrimenti la pronuncia essendo di rigetto e quindi d'accertamento (negativo).

Stessa disposizione è prevista per l'inibitoria di sentenza resa in appello, così differenziandosi questa volta la disciplina speciale da quella generale dell'art. 373 c.p.c.¹¹⁴ Impugnata tale sentenza avanti la corte di cassazione con ricorso da proporre entro sessanta giorni dalla comunicazione di essa o dalla sua notificazione se antecedente – in mancanza opera sempre l'art. 327 c.p.c. – l'udienza va fissata non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso stesso e, appunto, la corte d'appello provvede, ove richiesta, alla sospensione dell'efficacia (non dell'esecuzione) della sentenza se ricorrono gravi motivi (e non il danno grave ed irreparabile).

Come per le altre controversie di lavoro resta il dubbio sulla completezza della previsione speciale, e se cioè sia lasciato indenne il potere presidenziale di sospensione per decreto ove ricorrano giusti motivi d'urgenza, ai sensi dell'attuale testo dell'art. 351, comma 3, c.p.c.

¹⁰⁹ Cfr. TREGLIA, *Brevi note sul nuovo processo per licenziamento introdotto dalla riforma del mercato del lavoro*, LG, 2012, 771.

¹¹⁰ Conf. CURZIO, *Il nuovo rito*, cit., 429.

¹¹¹ Cfr. Cass. 26 luglio 1984, n. 4424, MGL, 1984, 436. Per riferimenti, giurisprudenziali e dottrinali, alle opposte tesi cfr. de ANGELIS, in AA. VV., *Commentario breve*, cit., 1768.

¹¹² Cfr. BENASSI, *La Riforma del mercato*, cit., 756 ss., che prospetta dubbio di costituzionalità. Con riguardo ai problemi in punto posti dall'art. 431 c.p.c. cfr. v. de ANGELIS, op. ult. cit., 1768 ss.

¹¹³ Tra le recenti cfr. Cass. 25 gennaio 2010, n. 1283, MFI, 2010, 58. In punto in dottrina, tra gli altri, CAPPONI, *Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c.*, *Judicium.it*, 2012, § 2.

¹¹⁴ Conf. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., 705.

Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*

Elena Gramano

1. Introduzione: il superato panorama normativo e i principi della legge delega 124/2015.	32
2. La pronuncia di illegittimità costituzionale della legge 124/2015 ad opera della sentenza n. 251/2016 e l'entrata in vigore del d. lgs. 100/2017.	33
3. La disciplina applicabile al rapporto di lavoro alle dipendenze di società a partecipazione pubblica.	35
3.1. La nuova disposizione in materia di disciplina applicabile.	36
4. Il reclutamento del personale dipendente da società a partecipazione pubblica nel vigore della abrogata disciplina.	36
4.1. Il reclutamento del personale da parte delle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica.	37
4.2. Il reclutamento del personale da parte delle <i>altre</i> società a partecipazione pubblica totale o di controllo.	38
4.3. La giurisdizione.	39
4.4. I problemi aperti della vecchia normativa.	41
5. La nuova disciplina del reclutamento del personale: art. 19, commi 2-4, d. lgs. 175/2016.	43
6. Limiti di spesa e conseguenze sulla gestione dell'organico.	45
6.1. Il "doppio canale" di attuazione del principio di contenimento dei costi.	47
6.2. La nuova disciplina in materia di contenimento dei costi del personale.	49
7. Vicende societarie e procedure di mobilità.	50
7.1. Le procedure di c.d. "reinternalizzazione".	50
7.2. Le procedure di mobilità tra società a controllo pubblico.	52
7.3. La gestione delle eccedenze di personale.	53
8. Norme transitorie in materia di personale: eccedenze di personale e vincoli di assunzione.	54

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 332/2017

1. Introduzione: il superato panorama normativo e i principi della legge delega 124/2015.

La gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica è stata tradizionalmente oggetto di plurimi limiti e vincoli procedurali, la cui ragion d'essere va rinvenuta in diverse esigenze avvertite dall'ordinamento. Da un lato, l'appartenenza, totale o parziale, del capitale delle società c.d. partecipate in mano pubblica impone che la relativa disciplina, anche in materia di personale, garantisca la trasparenza e la verificabilità dei procedimenti di assunzione; dall'altro, la natura pubblica dell'ente partecipante impone un particolare riguardo al profilo della spesa, a fronte della sua potenziale incidenza sugli equilibri della finanza pubblica.

Il legislatore, come si avrà modo di vedere più oltre, non ha mai negato – né esplicitamente né implicitamente – la natura privata del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società partecipate. Gli interventi normativi, piuttosto, sono sempre stati incentrati sulle procedure di reclutamento del personale dipendente e di conferimento degli incarichi; sul piano del contenimento dei costi e dell'efficienza delle scelte di spesa, avendo riguardo agli oneri per il personale; nonché sul piano delle procedure di mobilità, su cui si è registrato, forse, il più complesso degli intrecci tra disciplina pubblicistica e disciplina privata¹¹⁵.

Se, quindi, la scelta di ricorrere allo schema privatistico del contratto di lavoro risulta coerente con la più generale direzione intrapresa dal legislatore verso il modello societario¹¹⁶, tale scelta si è accompagnata e si accompagna tuttora alla sentita necessità di prevedere correttivi volti a coordinare le esigenze derivanti dalla natura pubblica dell'ente partecipante con la natura privata dell'ente partecipato.

Proprio la difficoltà di contemperare queste due “anime” della società partecipata¹¹⁷ e, soprattutto, di fare di quest'ultima un efficiente strumento di perseguimento delle politiche pubbliche, ha giustificato i plurimi e scomposti interventi normativi in materia, che si sono susseguiti, con frequenza quasi isterica, a partire dal giugno 2008, attraverso continui rimaneggiamenti dei testi normativi, di cui si darà conto in appresso.

Fino all'intervento riordinatore del settembre 2016, la normativa applicabile in materia di personale si articolava in diverse disposizioni dislocate in varie fonti normative, aventi ad oggetto la regolamentazione del reclutamento del personale (art. 18, commi 1 e 2, d.l. 112/2008), il contenimento dei costi del personale (art. 18, comma 2-bis, d.l. 112/2008), la mobilità del personale già assunto (art. 1, commi 563 ss., della l. 147/2013, c.d. legge di stabilità 2014).

¹¹⁵ Il legislatore ha così introdotto “massicce dosi di diritto pubblico proprio nel cuore dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica”, così P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il “disordine” dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 234; F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, Relazione Giornate di Studio Aidlass 2017, dattiloscritto, 10; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 629; A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle regioni e dagli enti locali*, in *Ist. Fed. Quad.*, 2011, 69.

¹¹⁶ A sua volta determinato “dall'esigenza di rendere più efficiente, efficace ed economica l'erogazione dei servizi pubblici, con effetti anche di razionalizzazione della spesa e dei costi a carico degli enti pubblici”, Corte dei Conti, sez. Toscana, deliberazione n. 1/2015.

¹¹⁷ G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche: problemi applicativi e riforme legislative*, in *Lav. nelle p.a.*, 2014, 5, 706.

È su questo articolato panorama normativo, di cui si darà conto con riferimento a ciascuna delle novità introdotte dal decreto 175/2016, come modificato dal d. lgs. 100/2017, che il legislatore ha inteso intervenire, dapprima, mediante la legge delega 124/2015¹¹⁸ (*“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*), che all’art. 18 ha introdotto significativi principi direttivi proprio in tema di *“Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche”*¹¹⁹.

La principale preoccupazione del legislatore delegante è stata di promuovere un intervento normativo di riordino e sistematizzazione della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, *“al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori”* (art. 18, comma 1, l. 124/2015)¹²⁰.

Tale operazione di riordino ha investito anche il profilo dei rapporti di lavoro e della relativa regolamentazione e gestione. In particolare, il punto e) del citato art. 18 ha imposto la razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati. Il successivo punto m), con specifico riferimento alle società partecipate dagli enti locali, ha stabilito al n. 6) la necessità dell’introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate.

Fa da sfondo all’intera operazione di riordino e razionalizzazione della normativa il principio sancito alla lettera h) dell’art. 18, che ha imposto l’eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo, anche con riferimento alla materia del personale.

È a questi principi direttivi che il legislatore delegato ha dato attuazione mediante il d. lgs. 175/2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell’8 settembre 2016, i cui artt. 19 (*“Gestione del personale”*) e 25 (*“Disposizioni transitorie in materia di personale”*) – integrati rispettivamente dagli articoli 12 e 16 del d. lgs. 100/2017 – riguardano proprio i profili relativi all’assunzione, al rapporto di lavoro e alla eventuale fase di crisi e mobilità.

2. La pronuncia di illegittimità costituzionale della legge 124/2015 ad opera della sentenza n. 251/2016 e l’entrata in vigore del d. lgs. 100/2017.

Con sentenza n. 251 del 2016, la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla legittimità della legge delega 124/2015 a seguito del ricorso proposto dalla Regione Veneto, la quale ne ha promosso questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 81, 97, 117, secondo, terzo e

¹¹⁸ B.G. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Gior Dir. Amm.*, 2015, 5, 621.

¹¹⁹ P. CHIECO, *Il disegno di legge delega per il riordino delle società pubbliche: principi e criteri direttivi per la semplificazione e il rafforzamento dei vincoli pubblici vigenti in materia di personale*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, ADAPT University Press, e-Book n. 40, 2015, 416 ss.

¹²⁰ Come già auspicato dai commentatori della disciplina previgente: P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 235.

quarto comma, 118 e 119 Cost., nonché con riferimento al principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost.

Oggetto del ricorso sono alcune delle disposizioni della legge 124/2015¹²¹, tra cui si annovera anche il sopra menzionato art. 18 in materia di partecipazioni societarie delle società pubbliche, per quanto previsto alle lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), inclusa la delega circa la razionalizzazione del regime pubblicistico per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive di cui alla lettera e). Nella prospettazione della Regione ricorrente, detta disposizione avrebbe inciso sulle competenze regionali in materia di organizzazione e funzionamento della Regione, violando così l'art. 117, quarto comma, Cost.

La Corte Costituzionale ha accolto sul punto il ricorso, ritenendo violato il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni¹²². L'intervento del legislatore statale ha, infatti, toccato materie la cui potestà legislativa è concorrente e va, pertanto, esercitata mediante l'applicazione del principio di leale collaborazione. Ebbene, dal momento che l'art. 16, commi 1 e 4, della stessa legge delega impugnata ha previsto che il Governo dovesse adottare i decreti legislativi attuativi previo parere delle Regioni, anziché previa intesa in sede di Conferenza Unificata, sede, invece, *“più idonea a consentire l'integrazione dei diversi punti di vista e delle diverse esigenze degli enti territoriali coinvolti, tutte le volte in cui siano in discussione temi comuni a tutto il sistema delle autonomie, inclusi gli enti locali”*¹²³, l'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo.

La stessa sentenza specifica, tuttavia, che la pronuncia di illegittimità costituzionale è circoscritta alle disposizioni di delegazione della legge 124/2015 e non si estende alle relative disposizioni attuative. Ne consegue che *“nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”*¹²⁴. Alla luce di questa pronuncia, pertanto, non è ad oggi in discussione la legittimità costituzionale del d. lgs. 175/2016, il quale, come anticipato, ha dato attuazione alla legge delega, con riferimento ai principi di cui all'art. 18 della medesima.

Esso, anzi, è stato parzialmente modificato ed integrato ad opera del d. lgs. 100/2017, entrato in vigore in data 16 giugno 2017, con il quale il Governo ha dato attuazione all'articolo 16, comma 7, l. 124/2015, il quale prevede che, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui ai commi 1, 2 e 3 dello stesso articolo, il Governo potesse adottare, nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura stabiliti dal medesimo articolo, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive.

Tale intervento integrativo e correttivo ha modificato il d. lgs. 175/2016, anche alla luce della menzionata sentenza della Corte Costituzionale 251/2016. Infatti, lo stesso Consiglio di Stato, con

¹²¹ In particolare: dell'art. 1, comma 1, lettere b), c) e g), e comma 2; dell'art. 11, comma 1, lettere a), b), numero 2), c), numeri 1) e 2), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p) e q); dell'art. 16, commi 1 e 4; dell'art. 17, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), l), m), o), q), r), s) e t); dell'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7); dell'art. 19, lettere b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u); dell'art. 23, comma 1.

¹²² F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori*, cit., 17 e ss.

¹²³ Corte Cost., 25 novembre 2016, n. 251, in *Diritto & Giustizia*, 5, 2016, con nota di MARINO.

¹²⁴ Corte Cost., 25 novembre 2016, n. 251, cit.

parere n. 83 del 17 gennaio 2017, si era espresso sugli adempimenti da compiere a seguito della sentenza della Corte costituzionale affermando che il percorso più ragionevole e compatibile con l'impianto della sentenza *“sembra essere quello che il Governo adotti decreti correttivi che intervengano direttamente sui decreti legislativi e che si risolvano nell'applicazione della disciplina della delega – come modificata dalla Corte costituzionale – al processo di riforma in corso”*.

A tal fine, dunque, il recentissimo decreto ha modificato il decreto 175/2016 prevedendo, sul testo originario e sulle modifiche apportate in sede di correttivo, proprio l'acquisizione dell'intesa con le Regioni in sede di Conferenza unificata.

Nel prosieguo di questo commento si procederà dunque al confronto tra vecchia e nuova normativa con riferimento a ciascuno degli istituti rilevanti in materia di personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica: ciò al fine di dare opportuna evidenza delle novità normative introdotte dal complesso degli interventi legislativi descritti e delle disposizioni di mero riordino della materia.

3. La disciplina applicabile al rapporto di lavoro alle dipendenze di società a partecipazione pubblica.

Prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 175/2016, il panorama normativo in tema di reclutamento e di gestione delle risorse umane da parte delle società a partecipazione pubblica si presentava particolarmente frastagliato agli occhi degli interpreti. Gli interventi del legislatore ordinario in questa materia erano stati innumerevoli e caratterizzati da un particolare disordine dovuto al sovrapporsi di norme, pure collocate nelle medesime disposizioni, aventi ambiti di applicazione soggettiva e oggettiva anche molto diversi¹²⁵.

Può dirsi pacifica l'affermazione che la disciplina del rapporto di lavoro con le società a partecipazione pubblica, statale o locale, si è sempre caratterizzata per la compresenza di profili pubblicistici, riferiti a specifici aspetti del rapporto di lavoro – selezione, reclutamento e modalità di assunzione *in primis* – che si trovano in rapporto di eccezione rispetto alla regola generale della disciplina privatistica altrimenti applicabile. Per il resto, secondo una scelta normativa confermata con assai maggiore chiarezza dal legislatore del 2016, il rapporto di lavoro alle dipendenze delle società partecipate è ricondotto entro l'alveo della disciplina del contratto di lavoro alle dipendenze di soggetti privati, salvo quanto diversamente disposto.

Questa impostazione (rapporto di lavoro di stampo privatistico, salvo le eccezioni derivanti dai profili pubblicistici della disciplina) è stata, tuttavia, complicata dalla scarsa chiarezza delle disposizioni regolatrici della materia¹²⁶, a loro volta portatrici di regole ed eccezioni, i cui equilibri sono mutati profondamente nel tempo con conseguenze incisive sul piano della certezza dei rapporti e della conoscibilità *ex ante* della regola di diritto applicabile.

¹²⁵ F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori*, cit., 12; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche*, cit., 629.

¹²⁶ G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 706; di “pubblicizzazione del diritto privato” parla L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 35-36.

3.1. La nuova disposizione in materia di disciplina applicabile.

La prima novità degna di rilievo apportata dall'art. 19, comma 1, d. lgs. 175/2016, consiste nell'aver codificato e, così, sancito quale parametro legale fondamentale in materia proprio il principio che ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del Capo I, Titolo II, del Libro V del codice civile, e, più in generale, le norme sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa¹²⁷, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente e dai contratti collettivi.

L'affermazione del principio, non a caso collocata nel primo comma dell'articolo che regola la gestione del personale, è preceduta dalla locuzione *"salvo quanto previsto dal presente decreto"*. Ciò consente di identificare immediatamente il carattere di *eccezionalità* della disciplina portata dal decreto, a conferma del fatto che il rapporto di lavoro dei dipendenti delle società partecipate è regolato, in via principale, dalle stesse norme applicabili ai rapporti alle dipendenze dei soggetti privati (ivi compresa la disciplina dei contratti collettivi laddove applicati).

Questa affermazione, implicita nel previgente sistema, è inedita nella sua chiarezza e garantisce un criterio di individuazione della regola applicabile che non conosce incertezze: laddove il legislatore del 2016 (e del 2017) ha taciuto, ha inteso rinviare alla disciplina del rapporto di lavoro privato.

La lettura delle nuove disposizioni da parte dell'interprete impone, dunque, un'accurata operazione di definizione dei confini della disciplina che il legislatore delegato ha introdotto *in deroga*¹²⁸ al diritto del lavoro privato, tenendo sempre presente che proprio il carattere di espressa eccezionalità delle norme contenute nel decreto¹²⁹ ne impone un'interpretazione restrittiva in conformità all'art. 14 disp. prel. cod. civ.

4. Il reclutamento del personale dipendente da società a partecipazione pubblica nel vigore della abrogata disciplina.

La particolare complessità della materia, rispetto alla quale non può che apprezzarsi un intervento normativo di riorganizzazione, risulta evidente dalla lettura e dalla tormentata evoluzione dell'art. 18 d.l. 112/2008 (inizialmente rubricato *"Reclutamento del personale delle società pubbliche"*)¹³⁰,

¹²⁷ La disposizione specifica, con riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro, quanto già previsto dall'art. 1, comma 3, del d. lgs. 175/2016, che afferma *"Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato"*.

¹²⁸ Il principio generale in materia di disciplina delle società è affermato da Cass. 25 novembre 2011, n. 26283, in *Giur. comm.*, 2014, 2, 5, con nota di C. IBBA; G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 707.

¹²⁹ D. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 319/2017, 7.

¹³⁰ Sull'art. 18, d.l. 112/2008: B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/2008 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, 3-4, 465; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/3008 alla legge 15/2009*, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, 6, 949; ID., *Le riforme del mercato del lavoro: dalla legge Fornero al Jobs Act, Atto I: la legge 78/2014 tra passato e futuro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 1, 5; G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 706; F. VERBARO, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni: problemi e prospettive di riforma. Le disposizioni in materia di organizzazione e lavoro riguardanti le pubbliche amministrazioni: la "Riforma Brunetta"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, 3, 680; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche*, cit., 629; P. SORDI, *Dismissione di partecipazioni, affidamento di servizi pubblici e interessi dei lavoratori*, in *Lav. nelle p.a.*, 2010, 6, 1117; G. RICCI,

vero perno della disciplina in materia di rapporti di lavoro con le società partecipate fino all'entrata in vigore del d. lgs. 175/2016.

Già nella sua versione originaria, come modificata in sede di conversione dall'art. 1, comma 1, l. 133/2008, il menzionato articolo dettava una disciplina del reclutamento del personale articolata in due distinti ambiti di applicazione soggettiva, entrambi riferiti alle società non quotate nei mercati regolamentati, secondo quanto stabilito espressamente dal comma 3 della disposizione¹³¹.

4.1. Il reclutamento del personale da parte delle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica.

Il comma 1 dell'art. 18 d.l. 112/2008 aveva ad oggetto società a partecipazione pubblica connotate da due requisiti necessari e concorrenti: la partecipazione pubblica al capitale sociale in misura totale e l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali. A tali società il decreto faceva obbligo di adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità sia per il reclutamento del personale, cioè per l'assunzione di lavoratori subordinati, sia per il conferimento degli incarichi, cioè per la stipulazione di collaborazioni autonome, nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35, d. lgs. 165/2001 – criteri e modalità richiesti ancor oggi dall'art. 19, d. lgs. 175/2016, seppure con un ambito soggettivo di applicazione diverso e più ampio –.

Il rinvio era operato, in particolare, ai principi di adeguata pubblicità della selezione e delle relative modalità di svolgimento, tali da garantire imparzialità, economicità e celerità nell'espletamento della procedura, anche mediante il ricorso, ove ritenuto opportuno, a sistemi automatizzati; ai principi di trasparenza e oggettività dei meccanismi di verifica del possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione professionale da ricoprire; al principio di pari opportunità tra donne e uomini; a quello di decentramento delle procedure di reclutamento; a quello della provata competenza tecnica dei membri delle commissioni, da scegliersi tra gli esperti delle materie oggetto di concorso e, in particolare, tra funzionari delle amministrazioni, docenti e soggetti estranei alle amministrazioni stesse e al relativo organo di direzione politica, i quali non ricoprano cariche politiche né sindacali (in qualità di rappresentanti o di designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali), né siano rappresentanti o comunque designati dalle associazioni professionali.

Era esclusa in radice la possibilità di assunzione c.d. diretta dei lavoratori subordinati, senza l'espletamento di procedure informate ai principi imposti dal legislatore, come confermato dalla giurisprudenza contabile¹³².

Alle società, come sopra individuate, spettava l'onere di individuare procedure, termini e regole di assunzione secondo i principi già applicati alle assunzioni nel c.d. pubblico impiego privatizzato

In tema di reclutamento del personale delle società partecipate, in *Foro It.*, 2014, 1391; A. PIZZOFRERATO, *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, 1045 s.; F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori*, cit., p. 12 e ss.

¹³¹ L'art. 18, comma 3, d.l. 112/2008, prevedeva che "le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati"; sul punto A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2010, 3, 555; M. MISCIONE, *Ritorno alla pubblicizzazione per le società in mano pubblica (i concorsi per assunzioni e incarichi)*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Commento alla legge n.133/2008*, Milano, 2009, 380 ss.; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche*, cit., 631.

¹³² Corte dei Conti, sez. Liguria, deliberazione n. 55/2014.

e, pertanto, secondo modalità affini, seppur non coincidenti¹³³, a quelle proprie dei concorsi pubblici¹³⁴. Non era casuale, peraltro, che anche l'art. 3-*bis* d.l. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. 148/2011, nel disciplinare gli ambiti territoriali e i criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali, avesse previsto al comma 6¹³⁵ l'estensione alle società affidatarie *in house* dell'obbligo di adozione, mediante propri provvedimenti, di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi¹³⁶, sempre nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, comma 3, d. lgs. 165/2011.

Se, tuttavia, tale onere di autoregolamentazione incombeva sulle società partecipate, un fondamentale ruolo di monitoraggio al riguardo spettava agli enti controllanti. Invero, detto obbligo di controllo non era espressamente formalizzato nella disposizione in esame, ma la stessa Corte dei Conti¹³⁷ ha ritenuto di richiedere conferma proprio agli enti controllanti dell'adozione di direttive di coordinamento e monitoraggio delle scelte di assunzione del personale da parte dei soggetti partecipati, al fine di verificarne la trasparenza e, anche, la riduzione della spesa (alla luce del successivo comma 2-*bis*, su cui si tornerà fra breve), così confermando, già nel vigore della precedente normativa, un preciso obbligo di indirizzo e controllo in capo al socio pubblico.

4.2. Il reclutamento del personale da parte delle *altre* società a partecipazione pubblica totale o di controllo.

Il comma 2 dell'art. 18 d.l. 112/2008 aveva ad oggetto le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, definite, dunque, mediante una clausola residuale. La disposizione prevedeva che le stesse dovessero adottare, sempre con provvedimenti propri, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei più generici principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

L'utilizzo del termine "*altre*" riconduceva inequivocabilmente all'alveo applicativo della norma tutte le società non rientranti nella nozione di cui al comma 1 e, pertanto, tutte le società a partecipazione pubblica *non* totalitaria o aventi in gestione servizi o, più in generale, funzioni diverse dai servizi pubblici locali¹³⁸.

¹³³ B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/2008*, cit., 437; F. MORETTI, *Regime assunzionale, applicazione del principio di riduzione dei costi e disposizioni in tema di razionalizzazione*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2015, 5, 245; *contra* P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 235.

¹³⁴ Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 2415 del 24 maggio 2010, illustra le ragioni sottese alla scelta del legislatore di estendere, anche alle società partecipate, i vincoli procedurali in fase di reclutamento propri delle amministrazioni pubbliche. Secondo il Consiglio rivestono una pregnante valenza i principi costituzionali, di cui agli artt. 97 e 98 Cost., alla luce dei quali anche per le società a partecipazione pubblica che erogano servizi di interesse generale si pone l'esigenza di adottare procedure di assunzione idonee a selezionare, secondo criteri di merito e di trasparenza, i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti loro affidati.

¹³⁵ Oggi abrogato dall'articolo 28, comma 1, lettera m), d. lgs. 175/2016.

¹³⁶ Circa il conferimento degli incarichi, preme ricordare l'esistenza del d. lgs. 39/2013, in materia di incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni e in enti privati in controllo pubblico, attuativo della legge anticorruzione (art. 1, commi 49 e 50, legge 190/2012); sul tema: S. POZZOLI, C. BONADUCE, N. SERGEEVA, *Inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso gli enti privati di controllo pubblico*, in *Azienditalia*, 2013, 8-9.

¹³⁷ Corte dei Conti, Sez. Autonomie, deliberazione n. 10/2012.

¹³⁸ È stato correttamente evidenziato da F. MORETTI, *Regime assunzionale*, cit., 245, come occorra ritenersi implicito il riferimento all'art. 1, comma 611, l. 190/2014, il quale ha sancito che "*al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato*", gli enti pubblici, locali e non,

Non solo: è stato affermato che il riferimento esplicito anche alla relazione di mero *controllo* tra ente pubblico e società partecipata consentisse di ritenere applicabili i criteri di cui all'art. 2359 cod. civ.¹³⁹, a mente del quale sono da considerarsi società controllate le società in cui un'altra società (in questo caso ente pubblico) dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria oppure dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, nonché le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società (in questo caso ente pubblico) in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Le società partecipate, così individuate¹⁴⁰, venivano onerate dell'obbligo di definire, sempre con provvedimenti propri, i criteri e le modalità per il reclutamento del personale. Tuttavia, tali società, secondo una distinzione nei fatti difficilmente operabile, avrebbero dovuto limitarsi all'attuazione dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, anche di derivazione comunitaria, mancando, con riferimento ad esse, il rinvio esplicito alla disciplina del pubblico impiego privatizzato (art. 35, d. lgs. 165/2001).

4.3. La giurisdizione.

Un primissimo problema che si era posto con riferimento alla fase di reclutamento e selezione del personale era quello della individuazione, nel silenzio del legislatore, della giurisdizione – ordinaria o amministrativa – deputata alla risoluzione delle eventuali controversie tra dipendenti (o potenziali dipendenti) e società partecipate proprio con riferimento alla fase di assunzione. Preme ricordare, infatti, che con riferimento al pubblico impiego privatizzato, a mente dell'art. 63, d. lgs. 165/2001, sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d. lgs. 165/2001, con due sole eccezioni: le controversie relative alle proce-

sono tenuti ad un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse anche tenendo conto dei seguenti criteri:

- a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;
- b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;
- d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;
- e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

¹³⁹ F. MORETTI, *Regime assunzionale*, cit., 245; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche*, cit., 631.

¹⁴⁰ L'efficacia soggettiva delle disposizioni in analisi veniva estesa dalla giurisprudenza contabile anche a soggetti non espressamente contemplati: "un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 18 della L. 133/2008, ai sensi degli artt. 3 e 97 Cost., impone di estendere la disciplina dell'evidenza pubblica per le assunzioni ed i conferimenti di incarichi anche delle aziende speciali e degli altri enti strumentali dell'Amministrazione locale (oltre che delle società controllate, espressamente richiamate dalla lettera della legge), atteso che il legislatore verosimilmente minus dixit quam voluit", così: Corte dei Conti, sez. Lombardia, deliberazione n. 18/2012; Corte dei Conti, sez. Emilia-Romagna, deliberazione n. 282/2011.

ture concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e le controversie relative al personale in regime di diritto pubblico, di cui all'art. 3, d. lgs. 165/2001¹⁴¹. La giurisdizione, in tali ultime ipotesi, è devoluta al giudice amministrativo¹⁴².

Con riferimento alle "altre" società di cui al comma 2 dell'art. 18, d. l. 112/2008, tanto la Corte di cassazione¹⁴³ quanto il Consiglio di Stato¹⁴⁴ avevano evidenziato che detta disposizione disciplinava un aspetto societario che si inserisce *"nell'agire jure privatorum delle società (essendo espressione dei più generali principi di comportamento secondo buona fede, oggettiva e soggettiva), senza necessariamente comportare esercizio di pubbliche potestà e senza incidere direttamente sulla giurisdizione"*, con conseguente esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo¹⁴⁵, *"in quanto presupponendo la finalità dell'instaurazione di un rapporto di lavoro pubblico, seppure contrattualizzato, alle dipendenze di una Pubblica Amministrazione, non può neppure ipotizzarsi in relazione all'insorgenza di un rapporto di lavoro privato alle dipendenze di una società privata"*¹⁴⁶.

¹⁴¹ Dispone il menzionato art. 3, al comma 1: *"In deroga all'art. 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, 287"*.

¹⁴² Sulla questione del riparto di giurisdizione la Corte Costituzionale è stata chiamata ad intervenire più volte: Corte Cost., 4 gennaio 2001, n. 2, in *Giust. amm.*, 2001, 249; Corte Cost., 10 maggio 2001, n. 185, in *Riv. critica dir. lav.*, 2002, 845; Corte Cost., 24 aprile 2003, n. 143, in *Lavoro e prev. oggi*, 2003, 916; Corte Cost., 23 luglio 2001, n. 275, in *Lavoro e prev. oggi*, 2001, 1173. Sul tema sono intervenute anche le Sezioni Unite della Suprema Corte: Cass., Sez. Un., 29 aprile 2008, n. 10824, in *Giur. it.*, 2009, 216.

In dottrina moltissimo è stato scritto. Per una bibliografia essenziale in materia di giurisdizione nel pubblico impiego si vedano *ex multis*: F. OLIVELLI, *La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di lavoro e previdenza*, in *Lav. nelle p.a.*, 2011, 3-4, 467; P. PICONE, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, in *Lav. nelle p.a.*, 2006, 3-4, 579; F. CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. nelle p.a.*, 2004, 2, 329; *Id.*, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. nelle p.a.*, 2006, 6, 1049; I. VOLPE, *Giurisdizione*, Sub art. 63, in AA.VV., *L'impiego pubblico, Commento al D. Lgs. 30 marzo 2001*, 165, Milano, 2003, 983 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Il concorso pubblico quale strumento ordinario di accesso alle pubbliche amministrazioni, tra regola costituzionale e prassi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 269; L. IEVA, *La giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure concorsuali interne nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1, 243; A. GARILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. nelle p.a.*, 2003, 1, 3; A. ASTENGO, *Concorsi interni e giurisdizione: una nuova pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, 2, 93; E. MASTINU, *Progressione nel sistema di inquadramento professionale del pubblico dipendente, qualificazione formale delle relative procedure e giurisdizione. Prove di dialogo fra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Lav. nelle p.a.*, 2003, 5, 821; M. MONTINI, *Il giudice del lavoro, quale giudice naturale, delle posizioni soggettive della dirigenza pubblica «privatizzata» alle prese con gli effetti della sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Lav. nelle p.a.*, 2004, 6, 1081; A. POZZI, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali e effettività di tutela*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 3-4, 595; G. MORO, *La giurisdizione sui concorsi interni dei dipendenti pubblici*, in *Lav. nelle p.a.*, 2005, 3-4, 679; P. SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, in *Lav. nelle p.a.*, 2005, 5, 765; *Id.*, *Il giudice ordinario e le procedure selettive e concorsuali nel lavoro pubblico*, in *Lav. nelle p.a.*, 2005, 2, 289; L. RENDA, *Lavoro e giurisdizioni*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 10, 2271; E. APICELLA, *Concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni, posizioni soggettive del dipendente pubblico e riparto della giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 4, 1157; S. BACCARINI, *La giurisdizione ordinaria sui rapporti di pubblico impiego*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 587.

¹⁴³ Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2011, 28329, in *Giust. civ.*, 2012, 1, 320.

¹⁴⁴ Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2011, 28329 cit.

¹⁴⁵ Prevista dall'art. 63, comma 4, d. lgs. 165/2001.

¹⁴⁶ Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2011, 28329 cit.

Invero, è stato evidenziato come, anche con riferimento alle società a totale partecipazione pubblica di cui al primo comma dell'art. 18, la regola della giurisdizione ordinaria in materia di controversie di lavoro, anche anteriori alla instaurazione del rapporto e relative a possibili violazioni della normativa in materia di selezione del personale, non conoscesse eccezioni di sorta. Lo stesso art. 18 non avrebbe, infatti, *“inciso sull’assetto delle competenze fissato dal d.lgs. n. 165 del 2001 [...], ma si [era], viceversa, limitato a disporre che queste ultime [le società partecipate] [dovessero] adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità”*. Ne conseguiva che gli atti di selezione del personale da parte di una società privata, ancorché partecipata da una pubblica amministrazione, fossero da ricondursi nell'ambito di un'attività di organizzazione di natura privatistica e, pertanto, nell'ambito della competenza del giudice ordinario,¹⁴⁷ nonostante l'estensione ad essa dei principi di cui all'art. 35, d. lgs. 165/2001.

4.4. I problemi aperti della vecchia normativa.

Alla luce della ricognizione svolta, è possibile ora sintetizzare i profili problematici che connotavano la disciplina del reclutamento del personale vigente prima della riforma del 2016¹⁴⁸.

In primo luogo, un profilo di evidente difficoltà applicativa risiedeva nella stessa distinzione tra disciplina applicabile alle *“società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica”* e disciplina applicabile alle *“altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo”*, le quali si differenziavano a causa della diversità dei parametri normativi cui erano improntate le procedure di selezione ed assunzione: per le prime, vigeva un esplicito riferimento all'art. 35, comma 3, d. lgs. 165/2001¹⁴⁹; per le seconde, il riferimento era ai principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

In entrambi i casi appariva implicita la volontà di avvicinare dette procedure alle caratteristiche proprie di un concorso pubblico¹⁵⁰ nella fase del reclutamento del personale¹⁵¹. Era, tuttavia, diversa la *misura* di tale avvicinamento: superiore (o forse coincidente) per le società di gestione

¹⁴⁷ Consiglio di Stato, 4 dicembre 2012, 6178.

¹⁴⁸ P. CHIECO, *I contratti di lavoro dei dipendenti pubblici alla prova dei processi di privatizzazione ed esternalizzazione*, in *Studi in onore di E. Ghera*, I, Bari, 2008, 267 ss.; F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori*, cit., p. 13 e ss.; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche*, cit., 632, sollevava anche dubbi di costituzionalità circa l'art. 18, d.l. 112/2008.

¹⁴⁹ Afferma V. LUCIANI, *Il reclutamento del personale e l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 505, che *“quest'ultima disposizione infatti, per la ricchezza dei principi enunciati, è rispettosa del vincolo posto dall'art. 97, 3° c., Cost., che consente di derogare al principio del concorso solo in ipotesi “legislativamente” predeterminate”*.

¹⁵⁰ P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 235, secondo il quale il d.l. 112/2008 avrebbe voluto introdurre *“le procedure selettive previste nel pubblico impiego con un processo di vera e propria identificazione o assimilazione”*; M. MISCIONE, *Ritorno alla pubblicizzazione per le società in mano pubblica*, cit., 380; G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 709; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche*, cit., 630.

¹⁵¹ La stessa Corte costituzionale 3 marzo 2011, n. 68, in *Dir. e pratica lav.*, 2011, 717, ha ritenuto l'art. 18, d.l. 112/2008, quale norma di attuazione a livello di fonte ordinaria (*“norme interposte”*) dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost. ed ha dichiarato l'incostituzionalità della Legge della Regione Puglia n. 45 del 23 dicembre 2008, (*“Norme in materia sanitaria”*), nella parte in cui prevedeva l'assunzione a tempo indeterminato di personale, senza alcuna procedura selettiva, in società a partecipazione pubblica totale o di controllo. La legge violava, infatti, il disposto costituzionale *“sotto il profilo della imparzialità dell'azione amministrativa e uniformità della stessa sul territorio nazionale, nonché sotto il profilo del buon andamento. Tale violazione si determina sia per l'assenza di criteri*

servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, tenute a rispettare i medesimi principi degli enti controllanti; in qualche modo inferiore per le *altre* società, con riferimento alle quali non vi era alcun richiamo esplicito al d. lgs. 165/2001¹⁵².

Non chiara era la stessa ragion d'essere di tale articolazione, foriera di dubbi interpretativi e applicativi soprattutto in sede di valutazione della conformità delle procedure ai criteri legali. Non chiare erano, altresì, le conseguenze della violazione delle predette disposizioni¹⁵³, tanto con riferimento alla posizione della società partecipata e al suo rapporto con il lavoratore (o potenziale lavoratore), quanto con riferimento all'ente controllante¹⁵⁴.

Un altro profilo di difficoltà interpretativa risiedeva nella ponderazione del ruolo ricoperto dall'ente controllante, mai menzionato dalla disposizione analizzata eppure deputato a un ovvio compito di indirizzo e monitoraggio. L'assenza di un riferimento normativo impediva di definire con precisione ruoli e soprattutto responsabilità di controllanti e controllate nell'attuazione dei criteri in materia di reclutamento, e impediva di delineare il diverso ruolo che l'ente era chiamato a svolgere con riferimento alle società di cui al comma 1 rispetto a quelle di cui al comma 2 dell'art. 18 d.l. 112/2008. La norma, pertanto, lasciava ancora una volta agli interpreti il compito di sistematizzare la posizione dei diversi attori nella complessa fase di definizione e attuazione delle procedure di assunzione.

Un terzo ordine di problemi sollevato dalla dottrina¹⁵⁵ riguardava l'estendibilità o meno della disciplina in materia di reclutamento al passaggio ai livelli d'inquadramento superiori nell'ambito delle scelte datoriali di promozione o, anche, nell'ambito della promozione automatica secondo

di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento di personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere 'a tempo indeterminato' il personale già utilizzato si riflette sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante".

Sul principio di concorsualità nella pubblico impiego *ex multis*: M. D'ONGHIA, *L'accesso al lavoro pubblico: procedure di reclutamento e costituzione del rapporto*, in U. CARABELLI, M. T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, 158; L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, 1029; A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 49/2007; G. GENTILE, *Reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni e società pubbliche*, in G. FERRARO, M. CINELLI, *Lavoro, competitività e welfare*, Torino, 2009, 347.

¹⁵² P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 236: "si tratta di una significativa attenuazione dell'obbligo, quanto meno sul versante procedurale, sebbene non dissimile sia la funzione che i provvedimenti devono assolvere".

¹⁵³ B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/2008*, cit., 437; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche*, cit., 632.

¹⁵⁴ Aperta era la *querelle* circa il regime sanzionatorio applicabile alle ipotesi di violazione delle disposizioni per le assunzioni mediante contratti c.d. atipici. In particolare, la giurisprudenza era stata più volte chiamata a rispondere alla domanda se il rinvio all'art. 35, comma 3, d. lgs. 165/2001, potesse implicare il rinvio, seppure implicito, anche al regime di cui all'art. 36 del medesimo decreto.

La giurisprudenza, infatti, aveva già esteso anche alle società partecipate il regime di cui all'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001 (che afferma "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione"), giustificato proprio dal principio di necessaria concorsualità per l'accesso alla p.a.

In materia: G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 710, cui si rinvia anche per la ricca ricostruzione della giurisprudenza in materia; M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, in *Lav. nelle p.a.*, 2012, 6, 1033.

Sull'art. 36 d.lgs. 165/2001: E. ALES, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle Pubbliche Amministrazioni: un'analisi genealogica*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI, *I rapporti di lavoro temporanei*, Milano, 2013; M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 211/2014.

¹⁵⁵ P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 237.

meccanismi stabiliti dalla contrattazione collettiva. Da un lato, infatti, l'assegnazione del lavoratore a mansioni nuove e superiori rispetto a quelle di assunzione poteva in qualche modo sollevare le medesime esigenze di trasparenza, verificabilità e professionalità che emergono in fase di reclutamento. Dall'altro, tuttavia, il silenzio del legislatore imponeva l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro privato che, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., definisce condizioni e limiti della variazione delle mansioni anche in senso migliorativo.

Come visto, un altro problema – risolto, invero, solo per via giurisprudenziale – era quello relativo alla giurisdizione: problema composto pacificamente dalla giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa, senza però un appiglio sicuro al testo legale.

Infine, come già anticipato, lo stesso rapporto di regola-eccezione tra disciplina privata e disciplina pubblicistica risultava sbiadito a causa della mancanza di una norma di principio che delineasse in termini chiari il rapporto tra normativa di settore e regolamentazione generale del contratto di lavoro (privato).

5. La nuova disciplina del reclutamento del personale: art. 19, commi 2-4, d. lgs. 175/2016.

L'esaminato articolo 18, d.l. 112/2008, è stato parzialmente abrogato dall'art. 28, lettera g), d. lgs. 175/2016, che ne ha conservato il solo comma 2-*bis* nella sua ultima formulazione, mentre l'art. 27, lett a), ne ha modificato la rubrica (*"Reclutamento del personale delle aziende e istituzioni pubbliche"*). Il reclutamento del personale delle società partecipate è regolato, oggi, dall'art. 19 dello stesso d. lgs. 175/2016, integrato ad opera dell'art. 12 del d. lgs. 100/2017.

Consapevole delle lacune e delle difficoltà interpretative sopra descritte, il legislatore del 2016 è intervenuto nella materia in esame con un'importante operazione di riordino, in occasione della quale sono state introdotte rilevanti novità e sono state esplicitate scelte prima inesprese e approdi interpretativi già fatti propri dalla giurisprudenza. È proprio l'art. 19, d. lgs. 175/2016, che, ai commi 2, 3 e 4, affronta ordinatamente le descritte tematiche.

In primo luogo, il comma 2 afferma che le società a controllo pubblico debbono stabilire, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità, e dei principi di cui all'art. 35, comma 3, d. lgs. 165/2011. Specifica, altresì, che, in caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione l'art. 35, comma 3, già citato.

Risultano evidenti le novità introdotte dal nuovo decreto.

In primo luogo, scompare del tutto la distinzione tra *"società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica"* e *"altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo"*: distinzione che, come visto, connotava la previgente disciplina di cui all'art. 18, d.l. 112/2008. Il riferimento è ora a tutte le società a controllo pubblico, indipendentemente dalla misura e dalle modalità del controllo da parte dell'ente pubblico socio, e indipendentemente dall'oggetto della società (erogazione di servizi pubblici locali o altra attività). La regola si estende, così, all'intero panorama delle società a controllo pubblico, tenute in egual misura al rispetto della disciplina in materia di reclutamento.

In secondo luogo, il legislatore ha inteso estendere alle società a controllo pubblico l'obbligo di conformazione delle procedure di reclutamento del personale tanto ai principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, anche di derivazione europea, quanto ai principi di cui all'art. 35, comma

3, d. lgs. 165/2011. La scelta, in qualche modo coerente con la riconduzione ad unità dell'ambito di applicazione soggettivo della norma, è stata di non rinunciare ad alcuno dei parametri normativi già previsti dall'art. 18, commi 1 e 2, d.l. 112/2008, e anzi di estenderne la vincolatività a tutte le società e con riferimento a tutte le procedure di reclutamento.

Il riferimento ai principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità può apparire ridondante se comparato alla declinazione dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35, che già espressamente impone la "adeguata pubblicità" della selezione e delle modalità di svolgimento, che garantiscano la "imparzialità" e assicurino economicità e celerità di espletamento (lett. a)), nonché l'adozione di "meccanismi oggettivi e trasparenti", idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire (lett. b)).

Il legislatore sembrerebbe aver voluto ulteriormente enfatizzare i generali criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità, quali linee guida che debbono permeare l'intera procedura di selezione e assunzione, e quali parametri di verifica della legittimità della stessa procedura da parte di chi sarà chiamato a pronunciarsi in caso di contenzioso.

Un'ulteriore rilevante novità sta nell'aver espressamente previsto la diretta applicazione dell'art. 35, comma 3, d. lgs. 165/2011 - che disciplina i principi cui debbono conformarsi le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni - nelle ipotesi di mancata adozione dei provvedimenti da parte delle società partecipate. Si è coniata così una disposizione di salvaguardia a tutela della posizione di chi ambisce all'assunzione anche in caso di inerzia della società nella definizione delle procedure di reclutamento. Certo, la genericità della norma richiamata non varrà a supplire l'esigenza di una normativa di dettaglio che concretizzi i suddetti principi procedurali. Tuttavia, il richiamo espresso varrà a tutelare soprattutto la posizione di chi, assunto da una società irrispettosa del vincolo di autoregolamentazione, sia in ogni caso stato selezionato secondo i principi posti dalla norma medesima, con conseguente validità del contratto di lavoro stipulato, altrimenti destinato alla scure della nullità di cui al successivo comma 4.

Il comma 3 dell'art. 19, d. lgs. 175/2016, ha altresì imposto che i provvedimenti adottati dalle società a controllo pubblico siano pubblicati sul sito istituzionale della società, prevedendo, in mancanza, l'applicazione di misure sanzionatorie¹⁵⁶. In forza del rinvio all'art. 22, comma 4, d. lgs. 33/2013, sarà vietata l'erogazione, alle società inadempienti a tale obbligo, di somme a qualsiasi titolo da parte degli enti controllanti, a esclusione dei pagamenti che le amministrazioni sono tenute a erogare a fronte di obbligazioni contrattuali per prestazioni svolte in loro favore da parte dei soggetti indicati nelle categorie di cui al comma 1, lettere da a) a c), della medesima disposizione¹⁵⁷. In forza del rinvio all'art. 46, d. lgs. 33/2013, la violazione dell'obbligo di pubblicità costituirà, altresì, elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, sarà eventuale causa di

¹⁵⁶ In generale, sugli obblighi pubblicitari: M. MACCHIA, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 7, 767.

¹⁵⁷ Art. 22, comma 1, d. lgs. 33/2013: "a) l'elenco degli enti pubblici, comunque denominati, istituiti, vigilati o finanziati dall'amministrazione medesima nonché di quelli per i quali l'amministrazione abbia il potere di nomina degli amministratori dell'ente, con l'elencazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate; b) l'elenco delle società di cui detiene direttamente quote di partecipazione anche minoritaria indicandone l'entità, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate; c) l'elenco degli enti di diritto privato, comunque denominati, in controllo dell'amministrazione, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività

responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sarà comunque valutata ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale dei responsabili, salva la prova che tale inadempimento è dipeso da causa non imputabile al responsabile.

Infine, ai sensi dell'art. 47 del citato decreto del 2013, la violazione degli obblighi di pubblicazione dà luogo a una sanzione amministrativa pecuniaria tra i 500 e i 10.000 Euro a carico del responsabile della violazione.

Fra le novità più rilevanti della riforma del 2016 in materia di reclutamento del personale vi è la disposizione, di cui al comma 4 dell'art. 19, secondo cui, salva l'applicazione dell'art. 2126 cod. civ.¹⁵⁸ (peraltro ai soli fini retributivi), i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure stabilite al comma 2 sopra descritto sono nulli. Il legislatore replica così il regime sanzionatorio proprio della violazione di norme imperative in materia di concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni¹⁵⁹, che, com'è noto, costituiscono materia di riserva di legge ai sensi dell'art. 97 Cost.

L'espresso riferimento all'art. 2126 cod. civ., che avrebbe in ogni caso potuto ritenersi implicito¹⁶⁰, chiarisce che la comminatoria di nullità non incide sul diritto alla retribuzione per le prestazioni rese dal lavoratore prima della dichiarazione di nullità. Il richiamo all'art. 2126 cod. civ. nel suo complesso impone peraltro l'applicazione dell'eccezione a tale regola, nelle ipotesi in cui la nullità del contratto derivi da illiceità dell'oggetto o della causa¹⁶¹.

Infine, confermando gli approdi cui già erano giunte la giurisprudenza ordinaria e amministrativa, il legislatore, sempre al comma quarto dell'art. 19, esplicita la scelta della giurisdizione ordinaria in materia di validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale.

6. Limiti di spesa e conseguenze sulla gestione dell'organico.

Uno dei profili su cui il legislatore, oggi come in passato, ha ritenuto di intervenire in modo incisivo è rappresentato dalla disciplina dei costi delle società partecipate proprio in materia di personale¹⁶².

svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate. Ai fini delle presenti disposizioni sono enti di diritto privato in controllo pubblico gli enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi".

¹⁵⁸ Ai sensi dell'art. 2126 c.c. "La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione".

¹⁵⁹ Sembrerebbe così comporsi definitivamente la *querelle* circa il regime sanzionatorio applicabile alle ipotesi di violazione delle disposizioni per le assunzioni mediante contratti c.d. atipici, di cui si è dato brevemente conto nella precedente nota 39.

¹⁶⁰ E, infatti, questa soluzione, oggi fatta propria dal legislatore, era già stata anticipata dalla dottrina: G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 710.

¹⁶¹ D. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, cit., 13, specifica che "laddove l'assunzione sia effettuata nell'ambito di una vicenda corruttiva, la retribuzione non è comunque dovuta".

¹⁶² In materia: H. BONURA (a cura di), *Le partecipazioni locali. Limiti alle assunzioni/detenzioni ed effetti su bilancio e personale*, Roma, 2013; S. FOSCHI, S. TAGLIABUE, *Spending review: nuovi vincoli per le società partecipate in tema di personale*, in *Azienditalia*, 2012, 11, 505; C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in

Se, infatti, il ricorso allo strumento societario era stato immaginato quale veicolo di efficienza dell'azione pubblica, lo stesso si era rivelato un facile mezzo di dispersione delle risorse economiche. Per tale ragione, il legislatore è intervenuto innumerevoli volte¹⁶³, da ultimo con il d. lgs. 175/2016, a riprova dell'estrema difficoltà della scelta degli strumenti normativi idonei a garantire il contenimento della spesa unitamente alla preservazione dell'efficienza della società.

È infatti significativo che, ad appena un anno dall'entrata in vigore del d.l. 112/2008, il testo dell'art. 18 – di cui si è detto in materia di reclutamento – abbia subito un'importante integrazione ad opera dell'art. 19, comma 1, d.l. 78/2009, convertito con modificazioni dalla l. 102/2009, che al testo della disposizione ha aggiunto un comma 2-*bis*.

Quest'ultimo, nella sua originaria formulazione¹⁶⁴, poi del tutto mutata, prevedeva l'estensione delle disposizioni che stabilivano, a carico delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d. lgs. 165/2001, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, che fossero titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgessero funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ovvero che svolgessero attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT.

Il medesimo comma 2-*bis* prevedeva altresì che le società partecipate, come già definite nella prima parte della disposizione, dovessero adeguare le proprie politiche di personale anche alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per le consulenze.

Infine, spettava al Ministro dell'economia e delle finanze l'adozione di un decreto di definizione delle modalità e della modulistica per l'assoggettamento delle medesime società al patto di stabilità interno.

La finalità del contenimento dei costi per il personale anche per le società partecipate veniva, così, perseguito mediante la semplice estensione alle medesime di quanto previsto per i rispettivi enti controllanti, con una scelta che complicava notevolmente il quadro normativo, di fatto equiparando enti formalmente privati agli enti pubblici che ne detenevano il controllo e ribaltando l'impostazione che proprio nella forma privatistica del soggetto agente aveva individuato la modalità più agevole di espletamento delle attività pubbliche.

Questa prima impostazione era forse frutto della superficialità di un legislatore che non si era sforzato di immaginare una soluzione specificamente funzionale al contenimento dei costi delle società partecipate e si era pertanto limitato ad un mero "copia e incolla" di quanto già previsto per gli enti controllanti.

Ist. Fed. Quad., 2011, 10; G. BELLINI, *Modalità di selezione del personale nelle società partecipate: limiti assunzionali e di costo del lavoro*, in *Il giurista del lavoro*, 2014, 3, 30; C. GOLINO, *Il ruolo della spending review e il lavoro pubblico*, in *Lav. nelle p.a.*, 2013, 407.

¹⁶³ P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 239.

¹⁶⁴ Su cui G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche*, cit., 235.

6.1. Il “doppio canale” di attuazione del principio di contenimento dei costi.

A poco più di quattro anni di distanza dalla sua entrata in vigore, il testo della norma veniva sostituito dapprima dall'art. 1, comma 557, l. 147/2013 (legge di stabilità 2014) e, a brevissima distanza, dall'art. 4, comma 12-*bis*, d.l. 66/2014 (c.d. decreto IRPEF), convertito con modificazioni dalla l. 89/2014¹⁶⁵.

In esito ai menzionati interventi, si sanciva che le società a partecipazione pubblica locale, totale o di controllo, dovevano attenersi al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine, si imponeva all'ente controllante l'emanazione di un proprio atto d'indirizzo per la definizione di specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto doveva operare. Le controllate erano, poi, tenute a recepire tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, gli stessi dovevano essere recepiti in sede di contrattazione di secondo livello¹⁶⁶.

La disposizione affermava, dunque, un principio generale: quello della riduzione dei costi del personale, da attuarsi tanto attraverso il contenimento delle voci retributive, quanto ponendo limiti alle nuove assunzioni¹⁶⁷.

Si modificava anzitutto l'ambito di applicazione della disposizione¹⁶⁸: destinatarie della nuova disciplina erano infatti le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, unitamente alle aziende speciali e alle istituzioni, con radicale semplificazione dell'elemento soggettivo della disciplina previgente¹⁶⁹.

Per la concretizzazione del principio di riduzione dei costi, la disposizione prevedeva un doppio canale di intervento¹⁷⁰.

¹⁶⁵ G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 708, definisce quella del comma 2 *bis* una “storia travagliata”; così anche F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori*, cit., p. 13.

¹⁶⁶ Corte dei Conti, sez. Liguria, parere n. 1/2014: “quest’ultima norma si inserisce all’interno di quella rigorosa azione di contenimento della spesa pubblica ormai intrapresa da anni (iniziata, precisamente, con l’art. 9 l. 122/2010) e volta a conseguire gli obiettivi di riduzione del debito fissati dal Governo, che, in linea con gli accordi assunti con le Autorità europee, estende alle società partecipate un divieto di contenuto analogo a quello già previsto per gli enti locali al fine di perfezionare, completandola, l’opera di congelamento della dinamica retributiva del pubblico impiego, cristallizzando così le spese di personale”.

Si vedano anche Corte dei Conti, sez. Lombardia, pareri n. 22 e 28 del 2014; Corte dei Conti, sez. Liguria, parere n. 15/2014; Corte dei Conti, sez. Lazio, parere n. 143/2013.

¹⁶⁷ Corte dei Conti, sez. Campania, deliberazione n. 254/2014.

¹⁶⁸ F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori*, cit., p. 16; P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 241. La medesima disciplina, peraltro, in forza dell’art. 3-*bis*, d.l. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. 148/2011, si applica anche alle società affidatarie *in house*, tenute al rispetto dei vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall’ente locale controllante ai sensi dell’articolo 18, comma 2-*bis*, del decreto-legge 112 del 2008.

¹⁶⁹ Che, si ricorda, parlava di: “a) società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, b) società che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, c) società che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall’Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell’articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, 311”.

¹⁷⁰ Si ricorda altresì che l’art. 3, comma 5, d.l. 90/2014, ha imposto alle le regioni e gli enti locali sottoposti al patto di stabilità interno di coordinare le politiche assunzionali dei soggetti di cui all’articolo 18, comma 2-*bis*, d.l. 112/2008, al fine di garantire anche per i medesimi soggetti una graduale riduzione della percentuale tra spese di personale e spese correnti, fermo restando quanto previsto dal medesimo articolo 18, comma 2-*bis*.

In primo luogo, doveva essere lo stesso ente controllante a definire, con un atto di indirizzo¹⁷¹ evidentemente vincolante, i criteri specifici e le modalità di effettiva attuazione del contenimento dei costi, da formularsi tenendo conto tanto delle disposizioni che stabilivano divieti o limitazioni all'assunzione di personale, quanto del "settore di operatività"¹⁷² della società controllata. Il meccanismo della mera estensione delle regole previste per l'ente controllante veniva così sostituito dalla scelta di affidare proprio a tale ente il compito di definire le concrete modalità di attuazione del contenimento dei costi, avendo quali parametri di riferimento i vincoli che esso stesso era tenuto a rispettare – e che potevano magari essere funzionali anche alla realtà della società partecipata –, ma anche il settore di operatività e, quindi, la natura dell'attività svolta dalla controllata¹⁷³. Se ciò comportava un indubbio aumento del livello di discrezionalità in capo all'ente¹⁷⁴, nondimeno il legislatore dimostrava l'esigenza di modulare le modalità di controllo dei costi in base alla specificità di ciascuna realtà aziendale e alle finalità da essa perseguite.

In secondo luogo (ed ecco il secondo canale di concretizzazione del principio di contenimento dei costi), le società controllate avrebbero dovuto far propri, mediante provvedimenti interni, gli indirizzi formulati dall'ente socio. Non solo: la norma imponeva che i medesimi indirizzi di provenienza dall'ente dovessero essere recepiti in sede di contrattazione di secondo livello¹⁷⁵.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, si è posto con tutta evidenza il problema del contemporaneo della disciplina descritta con la natura privatistica non solo del contratto individuale di lavoro stipulato con i dipendenti, ma anche dei contratti collettivi applicati¹⁷⁶. Infatti, proprio tale natura impediva di ritenere immediatamente possibile il recepimento automatico del contenuto degli atti di indirizzo degli enti controllanti, peraltro estranei – almeno formalmente – alla negoziazione dei rinnovi contrattuali dell'ente controllato, nella contrattazione di secondo livello.

Tutt'al più, si poteva ritenere che fosse la società controllata a doversi muovere, nell'ambito della negoziazione, nel senso indicato dall'ente controllante, con l'auspicio che l'accordo finale fosse tale da tenere conto, con il consenso della controparte sindacale, proprio delle indicazioni da

¹⁷¹ F. MORETTI, *Regime assunzionale*, cit., 245; G. FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche*, cit., 709

¹⁷² Corte dei Conti, sez. Toscana, deliberazione n. 1/2015: *"la raccolta rifiuti rientra certamente nel novero delle attività essenziali dell'ente poiché indirizzata a garantire l'igiene e la sanità pubblica. La peculiarità del servizio, con i suoi risvolti di utilità, è dunque tale da poter essere opportunamente considerata dall'ente richiedente in relazione all'inciso - 'tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera' - di cui all'art. 4, comma 12-bis, D.L. 66/2014"*. In dottrina, F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori*, cit., p. 17; F. MORETTI, *Regime assunzionale*, cit., 245; P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 241.

¹⁷³ Corte dei Conti, sez. Campania, deliberazione n. 254 cit.: *"ben più pregnante di quanto fino ad oggi predisposto in tema di riduzione dei costi del personale dei soggetti partecipati dagli enti pubblici, obbligando sia gli uni che gli altri (controllanti e controllati) ad una seria valutazione della propria situazione economico-finanziaria, nonché delle reali e concrete necessità che a ciascuno di essi fanno capo, facendo emergere la responsabilità di ciascuno nel caso di mancata attuazione delle misure che conformino i propri costi in maniera coerente con la qualità dei servizi prestati"*.

¹⁷⁴ F. MORETTI, *Regime assunzionale*, cit., 245; P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 242.

¹⁷⁵ L'inciso *"fermo restando il contratto nazionale in vigore al 1° gennaio 2014"* è stato soppresso ad opera dell'art. 3, comma 5-*quinquies*, d.l. 90/2014, come convertito dalla legge 114/2014.

¹⁷⁶ Sul punto: Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 147/2012; Corte dei Conti, sez. Abruzzo, parere n. 45/2014; Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 22/2014; P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 244-245.

questa fornite (indicazioni che – si ribadisce – erano vincolanti per la società partecipata, ma certamente non per le altre parti collettive¹⁷⁷).

6.2. La nuova disciplina in materia di contenimento dei costi del personale.

Il delicato tema del contenimento dei costi delle società partecipate con riferimento agli oneri per il personale ha trovato nuova definizione nell'art. 19, commi 5, 6 e 7, d. lgs. 175/2016.

Il legislatore del 2016 ha mantenuto quello che si è definito un “doppio canale” di attuazione della finalità di risparmio. Infatti, la prima norma in materia – art. 19, comma 5 – si rivolge alle amministrazioni pubbliche socie, sulle quali grava l'onere di fissare, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, circa il complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni.

Ciò tenuto conto di quanto stabilito all'art. 25, che contiene la disciplina transitoria di cui si darà conto in appresso, e anche di tutte le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni medesime, divieti o limitazioni all'assunzione di personale.

Rimane, pertanto, l'incarico agli enti controllanti di definire gli obiettivi di risparmio *anche*, e quindi non solo, in materia di personale, per le società controllate. Scompare, invece, il riferimento agli “atti di indirizzo” dell'ente controllante. Quanto al riferimento al “settore di operatività” delle società controllate, espunto dalla norma nella versione codificata con il d. lgs. 175/2016, esso è stato ripristinato ad opera dell'art. 12, comma 1, lett. a), d. lgs. 100/2017, che ha reintrodotto nel testo della disposizione il sintagma “*tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera*” in chiusura del comma 5, art. 19, d. lgs. 175/2016.

Con riferimento al secondo canale di definizione del risparmio, si afferma al comma 6 del medesimo articolo che le società a controllo pubblico debbono garantire il concreto perseguimento degli obiettivi fissati dagli enti soci, tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello.

Anche in questo caso, il legislatore ha mantenuto l'obbligo delle società controllate di recepire le indicazioni degli enti controllanti, con un'importante novità quanto al successivo passaggio, eventuale, di recepimento in sede di contrattazione di secondo livello. Infatti, proprio la consapevolezza della natura privata del contratto collettivo applicato alle società partecipate e la conseguente impossibilità, sul piano tecnico-giuridico, di vincolarne il contenuto ad atti di provenienza della sola parte datoriale o degli enti controllanti di quest'ultima, ha giustificato l'inserimento dell'inciso “*ove possibile*”. Il legislatore sembrerebbe *invitare* le parti a far propri gli obiettivi di risparmio fissati dalle amministrazioni controllanti e recepiti dai soggetti controllati, riconoscendo la non vincolatività di tale invito attraverso l'auspicio che il recepimento avvenga solo laddove possibile.

¹⁷⁷ Secondo P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 247: “è da ritenere che il legislatore abbia indicato uno spazio aperto per la contrattazione collettiva di secondo livello, con il principale obiettivo di operare, mediante gli strumenti negoziali, una riduzione degli oneri retributivi”.

Infine, si prevede che i provvedimenti, tanto delle amministrazioni pubbliche quanto delle società controllate, così come gli eventuali contratti stipulati, trovino adeguata pubblicità sui siti istituzionali sia della società sia delle pubbliche amministrazioni socie. Le conseguenze sanzionatorie, in caso di inadempimento degli obblighi pubblicitari, sono le stesse della violazione dell'obbligo di pubblicità delle procedure di reclutamento del personale¹⁷⁸. Peraltro, dette sanzioni riguardano le sole società controllate: resta pertanto priva di sanzione la violazione di tale obbligo da parte delle amministrazioni controllanti.

7. Vicende societarie e procedure di mobilità.

7.1. Le procedure di "reinternalizzazione".

La riforma del 2016 ha inciso su un ultimo aspetto della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica: quello delle conseguenze sui rapporti di lavoro delle vicende societarie. Ancora una volta, l'intervento si innesta sul panorama normativo previgente, riordinandolo e in parte modificandolo¹⁷⁹.

L'attenzione del legislatore del 2016 si è concentrata, in particolare, sulle vicende di "re-internalizzazione" nelle amministrazioni pubbliche delle funzioni e dei servizi in precedenza esternalizzati mediante affidamento a società controllate.

Il fenomeno e la disciplina relativa non sono certo nuovi. Se, infatti, l'esternalizzazione di servizi e funzioni aveva goduto di ampio consenso negli anni Novanta del secolo scorso (il legislatore dell'epoca avendovi visto un formidabile strumento di efficienza e riduzione delle spese), l'insuccesso di tale politica ha invertito, almeno parzialmente, il senso di marcia, con un ritorno alla gestione interna delle funzioni e dei servizi in un primo momento affidati a privati.

Il percorso è certamente insidioso. Non a caso, in più occasioni la Corte costituzionale ha censurato le disposizioni di legge che prevedevano il passaggio automatico dei dipendenti delle società partecipate agli enti che ne detenevano il controllo¹⁸⁰. Tale automatismo costituiva, infatti, una palese violazione dell'art. 97 Cost. e, in particolare, della regola che condiziona l'acquisto dello *status* di dipendente pubblico all'esperimento di un concorso¹⁸¹.

Se la previgente normativa, di cui all'art. 1, comma 563, ultimo periodo, l. 147/2013¹⁸², vietava radicalmente il passaggio diretto di personale dalle società controllate alle pubbliche amministrazioni controllanti, oggi la reinternalizzazione di personale da parte degli enti controllanti trova puntuale disciplina nel comma 8 dell'art. 19, d. lgs. 175/2016, come integrato dall'art. 12, comma 1, lett. b), d. lgs. 100/2017, nel rispetto del principio della concorsualità dell'accesso alla P.A.

¹⁷⁸ Cfr. paragrafo n. 3.

¹⁷⁹ P. CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni, e tutele dei lavoratori*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., 136; M.G. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente torni a svolgere attività prima trasferite*, in *Lav. nella p.a.*, 2009, 667.

¹⁸⁰ Da ultimo con la sentenza 30 gennaio 2015, n. 7, in *Foro It.*, 2015, I, 2281. Si vedano anche Corte Cost., 23 luglio 2013, n. 227, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, 96; Corte Cost., 1 luglio 2013, n. 167, in *Foro it.*, 2014, I, 1385.

¹⁸¹ Corte Cost., 14 luglio 2009, n. 215, in *Lav. Giur.*, 2009, 1217.

¹⁸² Il quale recitava "la mobilità non può comunque avvenire tra le società di cui al presente comma e le pubbliche amministrazioni".

Le nuove norme prevedono, infatti, che le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo in società, in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, affidati alle società stesse, debbono procedere, prima di effettuare nuove assunzioni, al riassorbimento dei lavoratori già dipendenti a tempo indeterminato di amministrazioni pubbliche¹⁸³, successivamente transitati alle dipendenze della società interessata dal processo di reinternalizzazione, mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità di cui all'art. 30, d. lgs. 165/2001¹⁸⁴, in ogni caso nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale.

Si impone, pertanto, un vincolo di priorità in capo alle amministrazioni controllanti che, nelle ipotesi di reinternalizzazione di funzioni o servizi affidati in precedenza a proprie società controllate, dovranno riassorbire i lavoratori che, assunti presso una prima amministrazione pubblica mediante concorso¹⁸⁵, siano transitati poi – nella fase logicamente anteriore di *esternalizzazione* del servizio – nelle società controllate.

Tale procedimento di riassorbimento va condotto ai sensi della complessa disciplina di cui all'art. 30, d. lgs. 165/2001, che regola il c.d. passaggio diretto di personale tra amministrazioni pubbliche diverse e non si pone in contrasto con l'art. 97 Cost., dal momento che l'obbligo di riassorbimento preventivo si riferisce ai soli lavoratori originariamente assunti da pubbliche amministrazioni e, quindi, già selezionati tramite concorso e solo successivamente transitati nelle controllate.

Quanto ai limiti di carattere quantitativo, la prima versione della disposizione ha specificato che il riassorbimento del personale può essere disposto solo nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione controllante interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili. Con la modifica apportata dal d. lgs. 100/2017, si è tuttavia introdotta una importante eccezione: la spesa per il riassorbimento del personale già in precedenza dipendente dalle stesse amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo indeterminato non rileva, infatti, nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili e, per gli enti territoriali, anche del parametro di cui all'art. 1, comma 557-*quater*, l. 296/2006¹⁸⁶, a condizione che venga fornita dimostrazione – che deve essere certificata dal parere dell'organo di revisione economico-finanziaria –, che le esternalizzazioni siano state effettuate nel rispetto degli adempimenti previsti dall'art. 6-*bis*, d. lgs. 165/2001¹⁸⁷, e, in particolare, a condizione che:

¹⁸³ Soluzione già avallata da Corte dei Conti, sez. Sardegna, n. 109/2010. Sul punto P. SORDI, *Dismissione di partecipazioni, affidamento di servizi pubblici e interessi dei lavoratori*, cit.

¹⁸⁴ M. ESPOSITO, R. SANTAGATA, *La mobilità del personale tra "autonomia negoziale" ed "evidenza pubblica"*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 339; A. RICCOBONO, *La mobilità del lavoratore alle dipendenze della P.A. dalla "riforma Brunetta" alla "spending review"*, in *Lav. nella p.a.*, 2012, 6, 1073; S. MAINARDI, D. CASALE, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Torino, 2004, 726.

¹⁸⁵ D. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, cit., 24.

¹⁸⁶ Tale articolo recita: "ai fini dell'applicazione del comma 557, a decorrere dall'anno 2014 gli enti assicurano, nell'ambito della programmazione triennale dei fabbisogni di personale, il contenimento delle spese di personale con riferimento al valore medio del triennio precedente alla data di entrata in vigore della presente disposizione".

¹⁸⁷ L'articolo, rubricato "Misure in materia di organizzazione e razionalizzazione della spesa per il funzionamento delle pubbliche amministrazioni", prevede:

"1. Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, ad acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale [e di dotazione organica].

- a) in corrispondenza del trasferimento alla società della funzione sia stato trasferito anche il personale corrispondente alla funzione medesima, con le correlate risorse stipendiali;
- b) la dotazione organica dell'ente sia stata corrispondentemente ridotta e tale contingente di personale non sia stato sostituito;
- c) siano state adottate le necessarie misure di riduzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa;
- d) l'aggregato di spesa complessiva del personale soggetto ai vincoli di contenimento sia stato ridotto in misura corrispondente alla spesa del personale trasferito alla società.

7.2. Le procedure di mobilità tra società a partecipazione pubblica.

Diversa è, o meglio era, la disciplina del passaggio di personale tra società controllate.

Con riferimento a questa ipotesi la legge di stabilità 2014 (art. 1, commi 563-564, l. 147/2013) aveva previsto una complessa procedura finalizzata alla mobilità del personale tra società a partecipazione pubblica¹⁸⁸. In particolare, il comma 563 aveva previsto che le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni ex art. 1, comma 2, d. lgs. 165/2001 o da loro enti strumentali¹⁸⁹ avessero la facoltà di stipulare un accordo tra di esse al fine di realizzare processi di mobilità del personale, senza la necessità del consenso dei lavoratori coinvolti e nel rispetto degli atti di indirizzo degli enti controllanti adottati ai sensi del successivo comma 564.

La norma imponeva la previa informativa alle rappresentanze sindacali operanti presso la società e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato, con applicazione dei soli commi 1 e 3 dell'art. 2112 cod. civ.¹⁹⁰ Si vietava espressamente la mobilità inversa, ossia il passaggio dalle società controllate alle pubbliche amministrazioni (le operazioni di reinter-nalizzazione cui è oggi dedicata apposita normativa).

La disciplina di cui ai commi 563 e 564 è stata abrogata dall'art. 28, lettera t), d. lgs. 175/2016. Ne deriva una conseguenza importante: in mancanza di una norma specifica di eccezione rispetto al

2. Le amministrazioni interessate dai processi di cui al presente articolo provvedono al congelamento dei posti e alla temporanea riduzione dei fondi della contrattazione in misura corrispondente, fermi restando i processi di riallocazione e di mobilità del personale.
3. I collegi dei revisori dei conti e gli organi di controllo interno delle amministrazioni che attivano i processi di cui al comma 1 vigilano sull'applicazione del presente articolo, dando evidenza, nei propri verbali, dei risparmi derivanti dall'adozione dei provvedimenti in materia di organizzazione e di personale, anche ai fini della valutazione del personale con incarico dirigenziale di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286".

¹⁸⁸ P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 249, ne evidenzia la vicinanza con la procedura di cui agli art. 4 e 24, l. 223/1991.

¹⁸⁹ Ad esclusione di quelle emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e delle società dalle stesse controllate.

¹⁹⁰ Trattasi delle disposizioni secondo cui, in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano; il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

La scelta di limitare il riferimento ai soli commi 1 e 3 è stata ritenuta discutibile dalla dottrina, che ha criticato l'esclusione della responsabilità solidale tra cedente e cessionario. Così P. ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 249.

regime generale del trasferimento d'azienda tra privati, i passaggi di personale tra aziende controllate dovranno ricadere nell'ambito della disciplina dell'art. 2112 cod. civ., nella sua interezza, risultando subordinate all'applicazione integrale della disciplina privatistica in materia.

7.3. La gestione delle eccedenze di personale.

Sempre la legge di stabilità del 2014 aveva introdotto una procedura di gestione delle eccedenze, prevedendo, ai commi da 565 a 568-*ter*¹⁹¹, che le società pubbliche che avessero rilevato eccedenze di personale¹⁹², o nelle quali l'incidenza delle spese per il personale fosse pari o superiore al 50% delle spese correnti, fossero tenute all'esperimento di una particolare procedura. Questa si apriva con l'invio alle rappresentanze sindacali operanti presso la società e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato di un'informativa preventiva circa il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali dei lavoratori in eccedenza¹⁹³. Entro dieci giorni dal ricevimento dell'informativa, spettava all'ente controllante di riallocare totalmente o parzialmente il personale in eccedenza: o nell'ambito della stessa società, mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro, o presso altre società controllate dal medesimo ente o dai suoi enti strumentali; il tutto con le stesse modalità già previste per il passaggio di personale tra società pubbliche sopra descritto (comma 563). Sia gli enti controllanti sia le società partecipate potevano altresì concludere accordi collettivi con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, finalizzati alla realizzazione di forme di trasferimento in mobilità dei dipendenti in esubero presso altre società dello stesso tipo operanti anche al di fuori del territorio della Regione ove avessero sede le società interessate dalle eccedenze. In ogni caso, concluse le procedure, gli stessi lavoratori potevano presentare istanza alle società di cui erano dipendenti o alla stessa amministrazione controllante per chiedere di essere ricollocati, in via subordinata, in una qualifica inferiore nell'ambito della stessa società o in altra società.

Questa tortuosa disciplina delle eccedenze di personale è stata abrogata dall'articolo 28, lettera t), d. lgs. 175/2016.

L'art. 19, co. 9, di tale decreto prevede – in seguito alla modifica apportata dall'art. 12, comma 1, lett. c), d. lgs. 100/2017, un regime transitorio secondo cui le disposizioni di cui all'art. 1, commi 565-568, l. 147/2013 continuano ad applicarsi fino alla data di pubblicazione del decreto di cui all'art. 25, comma 1, d. lgs. 175/2016 e comunque non oltre il 31 dicembre 2017.

Lo stesso art. 25, di cui si darà conto nel seguente paragrafo, contiene a sua volta delle disposizioni di carattere transitorio, come reso esplicito dalla rubrica della disposizione.

Salva, dunque, l'applicazione temporanea di tale normativa, ci si può fin d'ora domandare quale sarà il regime normativo ordinario che troverà applicazione al termine della complessa operazione di ricognizione e gestione delle eccedenze disciplinate dal d. lgs. 175/2016.

¹⁹¹ La legge 147/2013, commi 563-568, reintroduceva in tema di mobilità del personale delle società partecipate le medesime disposizioni precedentemente contenute nel d.l. 101/2013, poi cancellate in sede di conversione ad opera della legge 125/2013.

¹⁹² *"La questione della riallocazione del personale è, infatti, centrale ai fini del buon esito delle operazioni di dismissione/alienazione degli organismi partecipati, nella prassi frenate per i riflessi occupazionali che ne conseguono. D'altra parte, è pacifico che la soluzione al problema non può essere trovata nel riassorbimento del personale in esubero nei ruoli dell'Ente partecipante"*, così Corte dei Conti, sez. Autonomie, deliberazione n. 9/2015. Sul punto, F. MORETTI, *Regime assunzionale*, cit., 245.

¹⁹³ Tali informazioni sono comunicate anche alla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della funzione pubblica.

Nel silenzio del legislatore, la risposta potrebbe essere la medesima già fornita con riferimento ai trasferimenti di personale tra società controllate: in mancanza di una norma di eccezione rispetto alla disciplina generale, le eccedenze di personale andranno gestite ai sensi della l. 223/1991, risultando subordinate all'applicazione integrale della disciplina privatistica in materia.

8. Norme transitorie in materia di personale: eccedenze di personale e vincoli di assunzione.

L'art. 25, d. lgs. 175/2016, detta una disciplina transitoria dedicata alle società a controllo pubblico, fatta eccezione per quelle a prevalente capitale privato di cui all'art. 17 del medesimo decreto, che producono servizi di interesse generale e che nei tre esercizi precedenti abbiano prodotto un risultato positivo.

Ai sensi del predetto art. 25, entro il 30 settembre 2017, le società a controllo pubblico debbono effettuare una ricognizione del personale in servizio, al fine di individuare eventuali eccedenze, anche in relazione a quanto previsto dall'art. 24 (in tema di *"Revisione straordinaria delle partecipazioni"*).

L'elenco del personale eccedente, con la puntuale indicazione dei profili posseduti, è poi trasmesso alla Regione nel cui territorio la società ha la sede legale. Tale trasmissione dovrà avvenire secondo modalità stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (da emanarsi di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze e previa intesa in sede di Conferenza unificata). Sulla base di tali comunicazioni, le Regioni formeranno e gestiranno un elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti e agevoleranno processi di mobilità in ambito regionale, con modalità che saranno definite dal medesimo decreto ministeriale.

Decorso ulteriori sei mesi dalla predetta scadenza – e, quindi, al 30 marzo 2018 –, le Regioni trasmetteranno gli elenchi dei lavoratori dichiarati eccedenti e non ancora ricollocati all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL). A questa spetterà il compito di gestire l'elenco generale dei lavoratori dichiarati eccedenti e non ricollocati.

È inoltre previsto che, dalla data di entrata in vigore del decreto ministeriale fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non potranno procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato, se non attingendo, con le modalità definite dal predetto decreto attuativo, agli elenchi regionali e a quello gestito dall'ANPAL¹⁹⁴. Solo ove sia *"indispensabile"* l'assunzione di personale con profilo infungibile inerente a specifiche competenze, che non sia disponibile negli elenchi predetti, le Regioni, entro il 30 marzo 2018, potranno autorizzare, eccezionalmente, l'avvio delle procedure di assunzione di cui all'art. 19. Dopo la scadenza del suddetto termine, competente ad accordare tale autorizzazione sarà l'ANPAL¹⁹⁵.

In caso di violazione della predetta disciplina transitoria, i rapporti di lavoro instaurati sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono *"grave irregolarità"* tale da legittimare la denuncia al tribunale la condotta della società ai sensi del 2409 cod. civ. e dell'art 13, d. lgs. 175/2016.

¹⁹⁴ D. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, cit., 15.

¹⁹⁵ Una parziale eccezione a tale regime è prevista per le società controllate dallo Stato, per cui l'autorizzazione all'avvio delle procedure ex art. 19 è accordata, in ogni caso, dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Si segnala, infine, che, per conciliare le finalità di riduzione del numero della società partecipate dalle amministrazioni pubbliche con l'esigenza di ricollocazione del personale coinvolto, l'art. 24, comma 9, d. lgs. 175/2016, ha previsto che, in occasione della prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento in favore della società a controllo pubblico interessata da tali processi, il rapporto di lavoro del personale già impiegato nell'appalto o nella concessione continui con il subentrante nell'appalto o nella concessione ai sensi dell'articolo 2112 cod. civ.

I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro*

Riccardo Del Punta

1. Un diritto tutto “fondamentale”.	57
2. Un diritto che resiste (ma non senza difficoltà).	58
3. La resistibile ascesa dei diritti fondamentali europei.	61
4. Eppur fondamentali restano.	66
Riferimenti bibliografici.	67

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 333/2017.

1. Un diritto tutto “fondamentale”.

Per inquadrare correttamente la prospettiva suggerita dal titolo è opportuno domandarsi, anzitutto, in quali circostanze e sulla base di quali dinamiche culturali il discorso giuslavoristico ha introiettato il tema dei diritti fondamentali. Quella che tocca descrivere, *more solito*, è una situazione sfalsata rispetto al diritto privato; senza voler riproporre, con questo, l'esauito (per me) *topos* della “diversità” del diritto del lavoro.

Affrontando il tema dall'ottica del giusprivatista, Andrea Zoppini ha parlato di una risorgenza dei diritti fondamentali (anzi, in quel contesto, soprattutto delle libertà fondamentali, a cominciare da quelle di circolazione nelle loro varie declinazioni) nel diritto privato, come conseguenza della maggiore facilità di applicazione diretta, nell'ordinamento interno, dei diritti primari di fonte UE rispetto a quelli di fonte costituzionale¹⁹⁶. Una vera *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, a parere di Zoppini, è emersa soltanto con la dimensione europea di tali diritti.

Non credo, però, che sia possibile estendere tale giudizio al diritto del lavoro, nella misura in cui esso ha saldamente basato la propria identità su un *fondamento costituzionale*, per saggiare la cui solidità è sufficiente provare a collegare con una linea articoli come l'1 (con la sua perdurante forza suggestiva e mediatica), il 2 (per il riferimento alle formazioni sociali), il 3 (con il formidabile uno-due dei suoi commi), il 4, il 35, il 36, il 38, e infine il 41 secondo comma, in specie a fronte di una libertà economica (41 primo comma) espunta dal novero dei principi fondamentali.

La celebrata ispirazione laburista della Costituzione, con il suo pieno riconoscimento, per stare alla nota classificazione marshalliana, dei diritti cd. di terza generazione, i diritti sociali dopo quelli civili e politici, è stata quindi, sin dagli anni '60 e '70 del secolo scorso, ma con i motori che avevano cominciato a scaldarsi sin dagli anni '50 (basti evocare il nome di Ugo Natoli), la leva principale di sviluppo della materia, ed anche – per riprendere lo spunto di poco fa - l'alimento della narrazione della “diversità” della condizione del lavoratore subordinato rispetto ad altre condizioni di, non importa se equivalente, debolezza economico-sociale.

In questo modo, tra l'altro, una materia dal DNA così poco positivista come il diritto del lavoro ha sostanzialmente provato a positivizzare i (e quindi, anche a smettere di discutere dei) propri fondamenti valoriali, con la non celata speranza di sottrarli agli incerti della politica e quindi niente di meno che al processo della storia, e di farli assurgere, per dirla immancabilmente con Luigi Ferrajoli, alla sfera dell'“indecidibile”¹⁹⁷. Di ciò è una spia anche la frequenza di discorsi originalistici, basati sull'evocazione dell'autorità dei “padri fondatori”¹⁹⁸.

¹⁹⁶ V. Zoppini, 2016.

¹⁹⁷ V., ad es., Ferrajoli, 2001, 19.

¹⁹⁸ Va aggiunto che di questa latente destoricizzazione il giuslavorista social-tipico si è, per lungo tempo, quasi non avveduto, rassicurato com'era dal proprio storicismo progressista, insomma dal proprio fondo hegel-marxista rinfocolato dal costituzionalismo sociale del Novecento (per lo sviluppo di questo spunto v., se vuoi, Del Punta, 2013). Tuttavia questo atteggiamento è divenuto sempre meno sostenibile quando, per il potente effetto sistemico dei processi di innovazione tecnologica e di globalizzazione, nonché dei vari “post-” che, anche a prescindere da quei processi, hanno cominciato a mutare irreversibilmente lo scenario di fondo, il diritto del lavoro è entrato in quel vortice di trasformazione, che campeggia anche nel titolo di questo contributo.

A partire da una base così potente, che faceva assurgere il diritto del lavoro, lontano dalle frustrazioni di matrice giusprivatistica del diritto “secondo”, addirittura a “primo” diritto di attuazione costituzionale, era impossibile che le norme costituzionali non si diffondessero a macchia d’olio anche sul piano applicativo, con il decisivo concorso della giurisprudenza. È risaputo, del resto, che l’avanzata della cd. legalità costituzionale, a scapito della più prevedibile legalità ordinaria, ha notevolmente potenziato il ruolo del giudice-interprete¹⁹⁹.

La penetrazione interpretativa delle norme costituzionali è avvenuta, come pure è noto, per varie vie. Anzitutto tramite dirette affermazioni di precettività di tali norme, nelle quali sono state ravvisate delle vere e proprie “regole”, per usare la terminologia dworkiniana: l’antesignana di questi indirizzi è stata la giurisprudenza sulla retribuzione “sufficiente” ex art. 36, comma 1.

Ma gli esempi potrebbero continuare, perché spesso anche norme catalogabili come di “principio”, come il principio di eguaglianza ex art. 3, comma 1, anche al di là delle implicazioni che sono state poi recepite dalla legislazione ordinaria in tema di divieti di discriminazione, o il principio di difesa della libertà, sicurezza e dignità umana ex art. 41, comma 2, sono state oggetto, in qualche modo, di applicazioni dirette²⁰⁰. E dove non sono arrivate queste, ha cominciato ad essere utilizzato, anche se non sempre con ragionamenti stringenti e quindi col rischio di una preponderanza non mediata delle opzioni di valore dell’interprete, lo strumento dell’interpretazione conforme²⁰¹.

Per riportare questa lenta ma progressiva evoluzione nel cono del tema in discussione, si può concludere che sino a questo punto la materia ha potuto esimersi dal tematizzare i diritti fondamentali, semplicemente perché si è concepita, tutta, senza gerarchie assiologiche né giuridiche interne, come “fondamentale”. Il che trovava un riscontro concreto, ad esempio, nell’attribuzione a tutte le norme lavoristiche, salvo eccezioni che poi, da palla di neve, sono divenute valanga, della forza giuridica dell’inderogabilità *in peius*²⁰².

2. Un diritto che resiste (ma non senza difficoltà).

Un primo passaggio difficile si è però consumato già con la legge n. 146/1990 sugli scioperi nei servizi pubblici essenziali (molto importante anche dal punto di vista sistematico, per la sua focalizzazione sul “contenuto essenziale” dei “diritti della persona, costituzionalmente tutelati”), in occasione della quale il diritto del lavoro ha dovuto fare i conti con l’esistenza di altri diritti fondamentali come quelli degli utenti dei servizi pubblici essenziali. Ma, sino a questo punto, si trattava di conflitti *inter-rights*, cioè appartenenti a sfere diverse²⁰³, per quanto si osservasse spesso, per auto-rassicurazione, che gli utenti dei servizi pubblici erano soprattutto lavoratori.

¹⁹⁹ V. Caretti, 2016, spec. 27-28 (cui *adde*, sulla tematica complessiva, Caretti, 2011).

²⁰⁰ Per un’applicazione, nell’ambito di una pronuncia interpretativa di rigetto, dell’art. 41, comma 2, Cost., v. Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103, dalla quale uscì l’affermazione dell’esistenza di un principio di parità di trattamento nel diritto del lavoro, che ballò, peraltro, per una sola stagione.

²⁰¹ In tema, e su molto altro, v. il ricco volume di Bronzini-Cosio, 2017, spec. 41-144.

²⁰² Su questo classico assetto della materia v., per tutti, De Luca Tamajo, 1976.

²⁰³ Per questa concettualizzazione, nel quadro di un’analisi critica della complessa teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli, v. Pino, 2010.

Il difficile (il peggio, dirà qualche storicista ferito) doveva ancora venire. Quando, negli anni '90 e soprattutto 2000 (gli anni del Libro bianco e del Decreto Biagi²⁰⁴), si è diffuso il verbo della flessibilità e dunque è iniziato il processo di trasformazione del diritto del lavoro, l'enfasi sulla Costituzione e/o sui diritti fondamentali è, per molti versi, cresciuta, giacché la Carta ha cominciato ad essere vissuta come fronte di resistenza di fronte all'avanzata dei barbari, cioè dell'economia neo-liberista. Un'avanzata che minacciava di rovesciare quella preminenza del sociale sull'economico, nella quale ha sempre trovato alimento l'orgoglio costituzionale di un ampio e influente filone culturale²⁰⁵.

Nel contempo, il quadro è andato complicandosi anche dal punto di vista concettuale e valoriale, e conseguentemente politico. Ciò in quanto le riforme del diritto del lavoro di segno flessibilizzante hanno cominciato ad essere giustificate non soltanto con l'urgenza di consentire al sistema delle imprese di resistere alla tempesta della globalizzazione, ma anche con l'imperativo di difesa dei livelli di occupazione minacciati dalla competizione globale e dalla correlata riduzione strutturale dei tassi di crescita, oltre che dalle zavorre della situazione italiana, dall'alto debito alla bassa produttività.

La *job creation* ha cominciato a fare aggio, e per taluni - ecco la novità potenzialmente dirompente - anche ad entrare in conflitto, con la *job protection* (rammento, su tutte, le provocazioni di Pietro Ichino²⁰⁶, che si sono fatte forti di un utilizzo aggressivo, per le abitudini della materia, delle categorie economiche, ad es. di modelli come quello *insider-outsider*). E in questo caso si trattava, con implicazioni politiche molto più delicate, di un conflitto *intra-rights*, cioè tra diritti appartenenti alla medesima sfera, in sostanza tra i diritti dei lavoratori già occupati e il diritto al lavoro (art. 4) delle persone al di fuori del circuito occupazionale.

Si pensi al dibattito sull'art. 18, protrattosi per anni sino al doppio *vulnus* della Riforma Fornero del 2012 e del "contratto a tutele crescenti" del 2015: un dibattito nel quale il regime di tutela reale è stato preso di mira da una critica economica, alla fine vincente, secondo la quale la presenza di garanzie forti in uscita aveva un effetto depressivo sui livelli occupazionali.

Non mi interessa qui se questo argomento, come è noto controverso, fosse fondato o meno. Di certo, esso non era irricevibile, essendo il lavoro un bene del quale chiunque, a cominciare ovviamente dal giuslavorista, deve avere la massima cura. L'argomento sfidava, altresì, lo storicismo progressista del discorso di materia, inducendolo a ripiegare su una difesa, anche eticizzante ma naturalmente non solo²⁰⁷, dell'identità minacciata.

²⁰⁴ Che ho descritto, dalla visuale della dottrina, in Del Punta, 2008.

²⁰⁵ Il sentimento comune al quale è stato così riassunto, come meglio non si potrebbe, da Rodotà, 2013, 48: "Oggi il riferimento sempre più intenso ai diritti fondamentali, piuttosto che l'effetto di una prepotenza ideologica, è il frutto dell'angoscioso bisogno di aggrapparsi a un dato istituzionale forte in un tempo in cui un nuovo "diritto naturale", quello delle leggi economiche, tende ad assorbire l'intero spazio della regolazione".

²⁰⁶ V., ad es., Ichino, 1996.

²⁰⁷ Ne è testimonianza la ricchezza dei contributi che *Lavoro e diritto*, in occasione del suo trentennale nel 2016, ha raccolto a partire dallo spunto tematico dell'autonomia o della subordinazione del diritto del lavoro, rispetto al pensiero economico più o meno unico. Si v., per tutti, Mariucci, 2016, discusso da Del Punta-Caruso, 2016.

Dibattiti come quello che ho citato, a parte l'assomigliare a un dialogo tra reciproche sordità specie nella versione giuristi/economisti, sono stati però rivelatori, perché hanno fatto emergere, per dirla in breve, che la Costituzione è molto ma non tutto, insomma che essa apre, e ovviamente orienta, il farsi del diritto ma non lo chiude, ridimensionando molto, in corrispondenza, l'area dell'"indecidibile" ferrajoliano. Ciò essenzialmente per tre motivi²⁰⁸:

a) perché i principi costituzionali debbono essere interpretati, e l'interpretazione torna ad esporli, sia pure entro limiti, alla politica e alla storia;

b) perché possono esserci principi, *ergo* diritti fondamentali, in potenziale conflitto tra loro, a dispetto di quelle che Giampiero Pino ha chiamato posizioni ireniste o comunque coerentiste²⁰⁹ (che hanno un campione nel già menzionato Ferrajoli, ma che al fondo hanno caratterizzato la maggior parte della dottrina giuslavoristica), il che costringe non tanto a sceglierne uno a scapito di un altro, quanto a cercare un bilanciamento tra essi (come ha appunto fatto, a livello legislativo, la legge n. 146/1990);

c) *last but not least*, ed è questo un aspetto quasi sempre trascurato dai teorici del diritto, perché possono esservi principi che non si realizzano in forza di meri tratti di penna normativi, ma che richiedono politiche, e dunque una selezione dei mezzi atti a perseguire dati fini; e su tale selezione di politiche, che spetta a sua volta alla politica, auspicabilmente orientata dalle scienze sociali, la Costituzione ha poco, se non nulla, da dire.

Tutti questi fenomeni hanno fatto sì che, se pure la Costituzione è naturalmente rimasta, almeno nel campo del diritto del lavoro, il primo serbatoio dei diritti sociali fondamentali, dal quale i giudici hanno continuato ad attingere in particolare tramite lo strumento multi-uso dell'interpretazione conforme, la sua forza propulsiva si è in qualche modo, se non esaurita, ridotta.

Essa, in particolare, non si è sinora rivelata in grado di incidere, se non per aspetti non centrali o di fronte a norme vistosamente fuori fase²¹⁰, sul processo fondamentale di trasformazione in atto sin dagli inizi del secolo²¹¹, e del quale il *Jobs Act* ha rappresentato la più recente e radicale tappa, cioè sull'apertura del diritto del rapporto di lavoro all'istanza di flessibilità e sulla ridislocazione delle tutele dalla protezione del lavoratore nel rapporto a quella nel mercato del lavoro.

Non rammento sentenze di decisivo rilievo a tale riguardo. In particolare, per restare sul tema più discusso, si è confermato (ma risultava già dalla pregressa giurisprudenza²¹²) che la tutela ripristinatoria-reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo è priva di un radicamento costituzionale.

²⁰⁸ Che ho già avuto modo di porre in evidenza in precedenti scritti, anche nel confronto con le diverse opinioni di autorevoli colleghi, come in particolare Maria Vittoria Ballestrero.

²⁰⁹ V. Pino, 2010.

²¹⁰ Ve n'è stata persino una (l'art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, inserita dal d.l. n. 112/2008) che, nell'ansia di porre un argine al contenzioso sui contratti a termine delle Poste, si era preoccupata soltanto di incidere sulle controversie in corso: ovviamente Corte cost., n. 214/2009, non è stata d'accordo.

²¹¹ Cioè da prima che venisse lanciata a livello europeo la parola d'ordine della *flexicurity* (su cui v. *infra*, nel testo). Uno dei maggiori teorizzatori di questo mutamento della filosofia di protezione è stato Marco Biagi (ad es., 2001). Si v. anche, con una costante presenza istituzionale, Treu, 2001.

²¹² V. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46.

Vedremo se accadrà o no lo stesso con il *Jobs Act*, la cui maggiore radicalità lo espone di più al rischio di censure di legittimità, peraltro soprattutto sotto il profilo del principio di eguaglianza e del correlato sindacato di ragionevolezza (si pensi a formule come quella dell'“insussistenza del fatto materiale” ai fini della selezione del regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare ingiustificato, oppure al fatto stesso della disparità di trattamento tra lavoratori a seconda, non più soltanto della dimensione dell'impresa, ma della loro data di assunzione), che resta comunque diverso ed a maglie più larghe rispetto al profilo inerente alla natura “fondamentale” dei diritti in gioco. Saranno probabilmente esplorati, peraltro, anche punti di attacco diversi e più diretti, ad esempio incentrati su una lettura “forte” (sebbene, a mio avviso, forzata), dell'art. 4 Cost.²¹³.

Per adesso, comunque, per dirlo con un giudizio riassuntivo, ma senza con ciò sottintendere che il *Jobs Act* sia tutto rapportabile a tale semplificante formula (per quanto esso ampli, indubbiamente, gli spazi di esercizio dei più importanti poteri datoriali), l'impressione di fondo è che il neo-liberismo, almeno sin quando non varca certi limiti, e si preoccupa di introdurre compensazioni sistemiche (è il caso dello scambio fra tutele nel rapporto e nel mercato), non entri in irreparabile contrasto con l'ordine costituzionale²¹⁴. Ma mi riservo di integrare questo discorso più avanti, alla luce di uno sguardo allargato all'ordinamento europeo.

In effetti, forse anche per il relativo indebolirsi dell'ancoraggio costituzionale a fronte della profondità dei processi di riforma in atto, molti interpreti hanno cominciato a guardare con maggiore attenzione, unita a speranza, all'Europa. Ma, anche lì, si sono trovati di fronte ad uno scenario che, da forse illusoriamente semplice, si è presto fatto complicato.

3. La resistibile ascesa dei diritti fondamentali europei.

In un primo tempo, e soprattutto dopo l'Accordo sulla Politica Sociale di Maastricht, quando il diritto CE, dopo i vagiti degli anni '70 e i progressi istituzionali degli anni '70, era sembrato scollarsi di dosso il marchio d'infamia della “frigidità sociale”²¹⁵, gli interpreti avevano cominciato a credere nell'“armonizzazione nel progresso”²¹⁶.

Ciò, nel campo specifico, attraverso lo strumento principe delle direttive, in relazione alle quali, a dispetto degli intrinseci limiti di efficacia negli ordinamenti nazionali, si è provato in qualche modo a trasporre a livello europeo quella logica di tutela, fondata su prescrizioni minime, sulla quale si erano già edificati i diritti del lavoro nazionali²¹⁷.

²¹³ L'argomento sarà ripreso nel prossimo paragrafo, a proposito dell'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali.

²¹⁴ Una maggiore capacità di impatto, ma sempre grazie all'arma del sindacato sulla ragionevolezza, la Corte costituzionale l'ha semmai dimostrata in tema di riforme previdenziali, non meno al centro dell'attenzione di questi anni, in relazione al quale, accanto a numerose pronunce che hanno preso atto della discrezionalità legislativa in materia, altre si sono poste in funzione di contrasto (come la discussa Corte cost., 30 aprile 2015, n. 70, FI, 2015, I, 1855, che ha dichiarato illegittima una norma della l. n. 214/2011 in tema di pensioni).

²¹⁵ Per una ricostruzione storiografica alquanto diversa (ma a mio avviso non persuasiva), ispirata all'idea che la missione sociale fosse iscritta nel DNA fondativo della Comunità Europea, v. Giubboni, 2003.

²¹⁶ Anche se Massimo D'Antona, 1996, 22, avvertiva che il processo di integrazione avrebbe potuto avere come esito una più pragmatica “armonizzazione funzionalista”, piuttosto che una più ambiziosamente “coesiva”.

²¹⁷ V., ad es., Sciarra, 2006a.

Quello della “cattiva trasposizione” è così divenuto (ad es. in tema di normativa antidiscriminatoria o di diritti dei lavoratori nel trasferimento tra imprese) un *topos* ricorrente di una dottrina rassicurata dalla possibilità di utilizzare la leva comunitaria per un innalzamento o un consolidamento dei livelli di protezione. Di pari frequenza ha cominciato a essere il richiamo alle direttive come canoni di interpretazione.

Questa diffusione orizzontale della normativa CE, poi UE, ha trovato un'importante sponda in quelle sentenze della Corte di Giustizia che, lavorando su materiali spuri, hanno avviato un'opera di faticosa ma progressiva enucleazione di diritti fondamentali di dimensione europea²¹⁸.

A forzare troppo questa giurisprudenza ne sono venute, peraltro, anche delusioni per il fronte più radicalmente progressista. Quando le direttive hanno iniziato ad inoltrarsi negli spinosi territori delle tipologie flessibili (come la n. 99/70/CE sul contratto a tempo determinato, palestra di molte esercitazioni giurisprudenziali), e un legislatore nazionale di orientamento revisionista ha approfittato dell'occasione offerta dalla trasposizione interna per introdurre misure di flessibilizzazione (il d.lgs. n. 368/2001), v'è chi ha provato a utilizzare la clausola di non regresso, contenuta (con varie formulazioni) in molte direttive, come linea del Piave nei confronti di mutamenti peggiorativi della legislazione nazionale²¹⁹. Una tesi però sopra le righe, che difatti non ha trovato vere sponde nella Corte di Giustizia.

Era quindi diffusa la consapevolezza che il pur importante apporto dato da questa prima fase di giurisprudenza comunitaria non fosse sufficiente, da cui l'impegno di un importante filone della dottrina in favore di una costituzionalizzazione dei diritti sociali su scala europea²²⁰.

È anche da questo movimento, come è noto, che è venuta la Carta europea dei diritti sociali fondamentali, che anni dopo, col Trattato di Lisbona, sarebbe riuscita a entrare nel nuovo Trattato europeo (art. 6, comma 1, TUE). Ma sin dalla sua adozione in quel di Nizza la Carta è divenuta un secondo riferimento imprescindibile, accanto alle Costituzioni, per la tematica dei diritti fondamentali.

È interessante ricordare, tuttavia, che quando è uscita essa è stata oggetto, nella letteratura giurislavoristica, di commenti dottrinali di diverso segno, i quali hanno tradito, talora, una punta di delusione, se non di dissenso. Ciò in quanto i suoi contenuti, improntati a un misurato liberalismo sociale (senza, per intendersi, l'art. 3 comma 2)²²¹, rivelavano, per palati forgiati sulla Costituzione italiana, qualche timidezza o reticenza di troppo; al punto che questi critici si mostravano rassicurati, specularmente, dalla clausola di salvaguardia dei contro-limiti costituzionali, prevista dall'art. 53 della Carta europea.

Esemplare, al riguardo, la posizione di Stefano Rodotà, da un lato volta ad enfatizzare l'importanza della Carta, in particolare per la solenne sottolineatura del valore della dignità della persona, ma

²¹⁸ V. Roccella, 1997, e, con un respiro di ricerca europeo, Sciarra, 2001.

²¹⁹ V., ad es., Carabelli – Leccese, 2004.

²²⁰ V., ad es., Sciarra, 2006b; Veneziani, 2004.

²²¹ Per questa lettura della Carta debbo ancora rimandare, per economia di esposizione, a Del Punta, 2001.

dall'altro lato impegnata a ridurre al massimo, grazie alle risorse di una risaputa maestria argomentativa, la distanza tra alcuni principi del documento e le più avanzate frontiere della Costituzione repubblicana²²².

Nell'insieme, comunque, la Carta europea non ha aggiunto molto ad un patrimonio di diritti che, almeno nell'ordinamento italiano, era già cospicuo.

Non molto, ma qualcosa, ed anche di importante, sì.

Merita una menzione, anzitutto, il diritto al lavoro, nel senso apparentemente sotto tono, ma in realtà più importante di alate proclamazioni, di diritto a poter contare su servizi che favoriscano il collocamento al lavoro, che si può facilmente dedurre dall'art. 29 della Carta, e che è parte dominante delle attuali politiche del lavoro europee, rivolte a rafforzare l'*employability* delle persone ed a proteggerle nelle transizioni di mercato.

Ma, soprattutto, e per restare nel cuore dell'attualità politica, mentre la Costituzione italiana tace sul tema del licenziamento, come è naturale data l'epoca della sua elaborazione, l'art. 30 della Carta attribuisce ad ogni lavoratore "il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alla legislazione e prassi nazionali".

La presenza di questo limite²²³ ha escluso, dal novero delle possibili scelte del legislatore del 2015, quella della sostituzione dell'attuale sistema, incentrato sul controllo giudiziale sulla giustificazione del licenziamento, con un meccanismo prevedente l'erogazione di un'indennità (di importo tendenzialmente ridotto) a fronte di ciascun licenziamento disposto per ragioni economiche, a prescindere dall'accertamento del carattere non giustificato dello stesso. Ciò, sebbene questa diversa soluzione sia rientrata in qualche misura dalla finestra, mediante il cavallo di Troia rappresentato dall'incentivazione molto spinta (grazie ad un bonus fiscale) nei riguardi della conciliazione della lite.

Il che però non significa, a mio parere, che l'art. 30 offra argomenti per una contestazione del superamento, ormai quasi del tutto realizzato col d.lgs. n. 23/2015 (dopo la soluzione compromissoria dell'art. 18, l. n. 300/1970, come novellato dalla Riforma Fornero del 2012), della tutela ripristinatoria/reintegratoria. Ciò in quanto la scelta del regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato è comunque lasciata agli ordinamenti nazionali.

Resta spazio, però, per un sindacato sull'idoneità dissuasiva dei rimedi previsti, e in particolare sull'adequatezza degli importi indennitari accordati al lavoratore illegittimamente licenziato, in specie se con bassa anzianità di servizio. È probabile che eventuali ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale aggrediranno questo profilo.

Il rilievo dell'art. 30, come *aliquid novi* portato dalla Carta europea rispetto alla Costituzione, non può essere certamente sottovalutato, data la centralità politica del tema dei licenziamenti nel processo di trasformazione del diritto del lavoro, che rappresenta la prospettiva di questo contributo.

²²² V. Rodotà, 2013, spec. 28 ss.

²²³ Più che di quello derivante dal pur ancora più incisivo art. 24 della Carta sociale europea, che è complessivamente finita in un singolare dimenticatoio.

Ciò nonostante, resto dell'idea che l'assunzione della Carta europea a livello del Trattato non abbia, nel complesso e almeno allo stato, significativamente rafforzato il patrimonio dei diritti sociali fondamentali legati al lavoro.

Ma ciò non tanto per via di applicazioni rigorose dell'art. 51, comma 1, della Carta stessa, che ne limita l'applicazione all'attuazione del diritto dell'Unione. Infatti, a parte che la "protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del rapporto di lavoro" rientra tra le materie nelle quali, per l'art. 153, comma 1, TFUE, è previsto che l'Unione sostenga e completi l'azione degli Stati membri, mi parrebbe paradossale dimenticare che tutte le riforme strutturali discusse in questi anni hanno un diretto addentellato europeo (anche se qui sto parlando non tanto dell'Europa dei Trattati e dei diritti, quanto di quella dell'economia e dell'austerità, sulla quale tornerò tra poco). Mi sento di desumerne che, in linea di massima, la Carta europea dovrebbe poter fungere da contro-limite in questa ampia zona di riforme, senza delimitazioni troppo zelanti del suo possibile campo di operatività.

La questione mi pare, invece, di contenuto dei diritti fondamentali proclamati a livello europeo, che per un ordinamento con una solida base costituzionale come il nostro restano importanti a livello di conquiste storiche, ma non supportano, alla fine dei giochi, il tentativo di ravvisare nella Carta una super-clausola di non regresso.

Del resto, anche la dottrina che maggiormente insiste sul valore dei diritti fondamentali, piuttosto che "sporcarsi le mani" con riflessioni sul contenuto dei medesimi, tende spesso ad enfatizzarne la portata complessiva, ideologica nel senso anche bello del termine, non di rado additandoli come simboli di resistenza della persona di fronte all'avanzata della logica economica capitalistica.

Il già evocato e da poco compianto Stefano Rodotà, ad esempio, ha scritto pagine bellissime sulla dignità, incluso un suggestivo collegamento tra il principio dignità e quello di sufficienza della retribuzione, nel nome di una "nuova antropologia", ma non direi che le sue parole aiutino a penetrare davvero la dimensione problematica, e qualche volta tragica, del tema dei diritti fondamentali²²⁴.

Sullo sfondo di questo tipo di approccio continua a giocare un ruolo la negazione, à la Ferrajoli, della possibilità stessa di un conflitto tra diritti fondamentali: un punto circa il quale mi sembrano da accogliere le puntualizzazioni critiche di Giampiero Pino²²⁵.

In ogni caso, le considerazioni svolte trovano riscontro in una giurisprudenza che ha sin qui fatto, dei principi e dei diritti della Carta europea dei diritti fondamentali, un impiego alquanto cauto. Pertanto anche in questo caso, come già in rapporto alla Costituzione, ritengo che la maxi-riforma del diritto del lavoro adottata dal Governo Renzi dovrebbe riuscire a passare, nel complesso (e pur con i segnalati dubbi in merito ad alcuni aspetti della disciplina del licenziamento), il vaglio di

²²⁴ V. Rodotà, 2013, 179 ss.

²²⁵ V. Pino, 2010.

un sindacato (che potrebbe essere, al limite, anche di costituzionalità per il tramite dell'art. 117, Cost.²²⁶) condotto alla luce della Carta.

A mutare le cose potrebbe essere una generalizzata attribuzione di efficacia diretta orizzontale alle previsioni della Carta europea: ma essa (al di là degli effetti stravolgenti che potrebbe avere sull'ordine giuridico interno) pare riconosciuta, allo stato, soltanto a norme già presenti a livello di Trattato (come quelle che sanciscono la parità di retribuzione tra uomini e donne, o il divieto di discriminazione per età²²⁷), e comunque già coperte in misura soddisfacente dagli ordinamenti nazionali, incluso quello italiano²²⁸. Ciò anche in ragione dell'ostacolo rappresentato dal fatto che pressoché tutte le norme della Carta sono di mero principio, *ergo* non auto-applicative²²⁹.

Last but not least, ad impedire un'espansione in senso forte del raggio di incidenza dei diritti fondamentali milita pure la circostanza, già emersa nella trattazione, che mentre da un lato il processo di armonizzazione normativa nel progresso sembra essersi arrestato a seguito dell'allargamento dell'UE, dall'altro lato le letture più garantistiche del corpo europeo dei diritti fondamentali si presentano in tendenziale antinomia rispetto ad un'altra Europa, con la quale occorre pure fare i conti, anche perché sempre più dominante: quella della prevalenza delle politiche occupazionali sui temi della tutela del lavoro (Strategia di Lussemburgo: 1997), della *flexicurity* e delle riforme strutturali dei sistemi di diritto del lavoro (2006-2008), e più di recente, drammaticamente, del *Fiscal Compact* e dell'austerità.

Nel contesto attuale dell'Europa economica, è realisticamente difficile, pertanto, che l'Europa dei diritti possa espandersi oltre un certo limite, né tantomeno si può pensare che la Corte di Giustizia possa mettersi di traverso rispetto all'impostazione di fondo delle politiche economiche e del lavoro europee²³⁰. Ciò, a maggior ragione, in considerazione del fatto che già nel classico *acquis* comunitario c'è tutta la potenziale carica destrutturante, sui diritti del lavoro nazionali, sprigionabile dalle libertà economiche, e in particolare dalla libertà di prestazione dei servizi²³¹.

²²⁶ Sulla scia dell'indirizzo inaugurato, in riferimento alla CEDU, da Corte cost. n. 348/2007 e n. 348/2007, FI, 2008, I, 39-72.

²²⁷ V.CGUE, 19 gennaio 2010, C-555/07, Kukuldeveci.

²²⁸ Per la negazione di effetti diretti della Carta, in un caso riguardante proprio il diritto del lavoro, v. CGUE, 15 gennaio 2014, C-176/12, Association de médiation sociale: "L'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea, deve essere interpretato nel senso che esso - ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva, come l'art. L. 1111-3 del *Code du travail* francese, sia incompatibile con il diritto dell'Unione - non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale".

²²⁹ Né il quadro muta sostanzialmente se al richiamo della Carta europea aggiungiamo quello della CEDU (senza con ciò entrare nel complicato tema dell'adesione dell'UE alla CEDU), anche perché essa non contiene principi che rechino particolari addizioni di tutela nel campo specifico del lavoro. Inoltre, ma anche qui procedendo senza organicità, le sentenze della Corte di Strasburgo danno luogo, di solito, ad applicazioni misurate del metodo del bilanciamento. Si prenda ad esempio CEDU, IV sez., 12 gennaio 2016, Barbulescu c. Romania, la quale ha affermato che le ingerenze del datore di lavoro negli strumenti informatici in dotazione ai dipendenti sono di massima legittimità alla luce del diritto al rispetto della vita privata ex art. 8, CEDU, purché, come nel caso, preventivamente pubblicizzate e non eccessivamente invasive. Da questa pronuncia, tra l'altro, sembra lecito desumere la compatibilità con la Convenzione del nuovo art. 4 dello Statuto dei diritti dei lavoratori, come riscritto dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015.

²³⁰ In argomento, v. Fontana, 2015.

²³¹ Per un segnale controcorrente di progresso nella delicata materia del distacco transnazionale dei lavoratori, si v. la direttiva 2014/67/UE, che è stata recepita, in Italia, dal d.lgs. n. 136/2016.

Quanto si è osservato, tuttavia, non deve far dimenticare che l'insieme dei diritti fondamentali che possono essere tratti dai principi espressi da Costituzione, Carta europea dei diritti fondamentali e CEDU, resta comunque tale da consentire potenti sincretismi interpretativi che, anche per effetto dei rimandi reciproci tra queste fonti, e tra i corrispondenti orientamenti delle rispettive Corti superiori, si stanno dimostrando in grado di incidere in misura significativa su diversi argomenti, nonché, soprattutto per il tramite dell'interpretazione conforme, sui processi interpretativi del diritto nazionale²³².

Su tale piano, tra l'altro, i ragionamenti a partire dai diritti fondamentali veri o presunti tendono a confondersi, nella giurisprudenza, con quelli semplicemente ispirati alle direttive UE, che anche quando non contengono diritti fondamentali in senso proprio, incidono comunque, in qualche modo dall'alto, sull'interpretazione delle norme interne di recezione (penso a capitoli giurisprudenziali come quelli relativi alla nozione di orario di lavoro o di trasferimento di impresa, nei quali la giurisprudenza europea ha giocato un ruolo decisivo).

4. Eppure fondamentali restano.

La mia conclusione è che, dalla visuale specifica del diritto del lavoro, il tema dei diritti fondamentali assume una connotazione peculiare rispetto ad altre discipline, per ragioni almeno in parte riconducibili al fatto che tale tema si è posto non in un'ottica di penetrazione di nuovi diritti in contesti dai quali essi erano assenti, bensì in una di apprestamento di una *seconda linea difensiva*, una volta sgretolatosi il primo fronte a seguito dei processi di smottamento delle garanzie dovuti all'avanzata della legislazione della flessibilità.

Peraltro, quelle prevedenti diritti ipoteticamente fondamentali sono di solito norme di principio, come tali soggette ad interpretazioni che debbono riscattarne un contenuto spesso vago e indeterminato, nonché passibili di entrare in conflitto con altri principi e quindi esposte, per definizione, alla logica del *bilanciamento*²³³.

Resta improbabile, pertanto, che i diritti in discorso possano frapporre ostacoli insormontabili a normative di riforma anche radicale come quelle attuate, nel recente periodo, in Italia come in altri paesi europei.

Nondimeno, tali diritti restano comunque importanti come argini di fronte agli eccessi di quella legislazione, oltre che come *pro memoria* del dovere di ricercare degli *equilibri sistemici*, come nello scambio, pur certamente problematico, fra tutele nel rapporto e nel mercato, che è all'origine della proposta europea della *flexicurity*.

²³² Va detto, peraltro, che questi sincretismi non risultano sempre persuasivi. Ad es. Cass., Sez. Lav., n. 2210/2006, tra l'altro redatta da un magistrato di riconosciuta competenza sul tema, oltre che serietà, trovandosi a scrutinare la disposizione di legge che esclude gli apprendisti dal computo dell'organico occupazionale ai fini dell'applicazione di varie discipline tra cui quella sulle assunzioni obbligatorie dei lavoratori disabili, ha ritenuto la stessa illegittima in nome del principio di tutela del disabile, figurante in tutte le Carte europee ed internazionali (inclusa la Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti del disabile). Fra il principio e l'implicazione che la sentenza ne ha ricavato non sembra però esservi un nesso stringente, visto che il legislatore domestico ha comunque la facoltà di graduare gli obblighi di assunzione a seconda della consistenza occupazionale dell'impresa, ed ha pure quella di stabilire i criteri di computo di tale consistenza, senza che possa essergli opposto un generico *favor* verso i disabili. E' significativo, di passaggio, che la pronuncia abbia invocato l'art. 26 della Carta europea dei diritti fondamentali come parametro interpretativo, pur riconoscendo che la questione esaminata esula dal campo del diritto UE.

²³³ Salvo che per posizioni come quella già ricordata di Ferrajoli, il quale, negando il conflitto a monte, nega anche il bilanciamento a valle, e ammette, al massimo, una ponderazione rispetto al caso concreto: v. Ferrajoli, 2013, spec. 82 ss.

In questo spirito, si è autorizzati a richiedere (anche se, va ammesso, per adesso più a livello politico che strettamente costituzionale) alla legislazione di riforma la piena coerenza con se stessa: se essa prefigura un modello nuovo di protezione del lavoratore, orientato al rafforzamento della sua posizione nel mercato del lavoro, occorre che tale posizione venga supportata da un'adeguata dotazione di diritti (ad es., alla formazione ed alla riqualificazione professionale), e soprattutto da una rete moderna di servizi per il lavoro.

Quando la Carta dei diritti fondamentali fu adottata, vi furono, per le strade di Nizza, violenti scontri di piazza, che esprimevano una profonda insoddisfazione per la forza sociale del documento. Col senno di poi, invece, e a mio giudizio anche con quello di allora, la Carta può essere considerata un passaggio cruciale (anche se non necessariamente risolutivo) nella difesa del modello sociale europeo in un contesto globale ormai irreversibilmente mutato.

E la dottrina, al riguardo, può fare ancora molto, tanto per concorrere a perfezionare i processi interpretativi in materia, quanto per riflettere, forse con una dose di concretezza maggiore di quella spesa sino ad ora, sull'effettivo contenuto di tali diritti, al fine di sceverare ciò che è fondamentale, ma non può essere fatto automaticamente coincidere con tutto il diritto del lavoro classico, da quello che non lo è.

D'altronde, quando tutto diviene fondamentale, si rischia che nulla finisca con l'esserlo.

Riferimenti bibliografici.

M. Biagi (2001), *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, I, 257-289.

G. Bronzini – R. Cosio, a cura di (2017), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano: Giuffrè.

Carabelli U. – Leccese V. (2004), *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, DLRI, 535-559.

Caretti P. (2011), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino: Giappichelli.

Caretti P. (2016), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Napoli: ESI, 9-42.

D'Antona M. (1996), *Sistema giuridico comunitario*, in Baylos Grau A., Caruso B., D'Antona M., Sciarra, S. (a cura di), Milano: Monduzzi, 3-46.

De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli: Jovene.

Del Punta R. (2001), *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, DRI, 335-346.

Del Punta R. (2008), *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana, Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Milano: Giuffrè, 253-402.

Del Punta R. (2013), *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, LD, 37-57.

Del Punta R.-Caruso B. (2016), *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, LD, 645-678.

Ferrajoli L. (2001), *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari: Laterza.

Ferrajoli L. (2013), *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna: Il Mulino.

Fontana G. (2015), *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in Caruso B. – Fontana G. (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna: Il Mulino, 131-168.

Giubboni S. (2003), *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna: Il Mulino.

Giubboni S. (2016), *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto al lavoro*, in Mezzanotte F. (a cura di), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea e il diritto privato*, Roma: Roma Tre-Press, 179-196.

Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Milano: Mondadori.

Mariucci L. (2016), *Culture e dottrine del giuslavorismo*, LD, 585-644.

Pino G. (2010), *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2, 287-306.

Rocella M. (1997), *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli.

Rodotà S. (2013), *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma: Laterza.

Sciarra S., ed. (2001), *Labour Law in the Courts*, Oxford-Portland: Hart Publishing.

Sciarra S. (2006a), *Norme imperative nazionali e europee: le finalità del diritto del lavoro*, DLRI, 39-69.

Sciarra S. (2006b), *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in Garofalo D. e Ricci M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari: Cacucci, 41-54.

Treu T. (2001), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna: Il Mulino.

Veneziani B. (2004), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. IV, parte V, Milano: Giuffrè, 3803-3878.

Zoppini A. (2016), *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in Mezzanotte F. (a cura di), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea e il diritto privato*, Roma: Roma Tre-Press, 9-40.

La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e *Jobs Act**

Stefano Giubboni – Andrea Colavita

1. Il principio di proporzionalità nel giudizio di legittimità del licenziamento disciplinare.	70
2. Proporzionalità della sanzione e tipizzazione contrattuale degli illeciti.	71
3. La legge Fornero e la rilevanza del principio di proporzionalità nell'interpretazione della nozione di «insussistenza del fatto contestato».	74
4. Il principio di proporzionalità dopo il Jobs Act.	80

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 334/2017.

1. Il principio di proporzionalità nel giudizio di legittimità del licenziamento disciplinare.

In tema di esercizio del potere disciplinare attribuito al datore di lavoro, ha da sempre rivestito una posizione centrale il principio, già contenuto nell'art. 2106 cod. civ., di proporzionalità o adeguatezza della sanzione irrogata rispetto alla gravità del fatto addebitato al lavoratore. L'applicazione del suddetto principio, che presuppone l'esercizio di un potere largamente discrezionale da parte del datore di lavoro, occupa infatti un posto centrale nel procedimento valutativo del giudice chiamato a stabilire in quali casi sia giustificata l'adozione della massima sanzione disciplinare in luogo di una delle sanzioni conservative astrattamente disponibili.

Al riguardo, è affermazione largamente condivisa sia in dottrina che in giurisprudenza che l'adozione della sanzione espulsiva debba essere limitata ai soli casi di maggiore gravità, quelli cioè in cui il fatto sia così grave da ledere in maniera irrimediabile il rapporto fiduciario che costituisce il fondamento del rapporto di lavoro stesso, impedendone la prosecuzione, con la precisazione che la gravità dell'inadempimento deve essere valutata in senso accentuativo rispetto alla regola generale della «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 cod. civ. ⁽²³⁴⁾. Viene così in considerazione ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far presumere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio dell'interesse datoriale che soltanto il recesso dal rapporto sia idoneo a soddisfare in modo efficace.

A tal fine, deve ritenersi determinante l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza ⁽²³⁵⁾. Né, al fine di stabilire l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, rileva la sussistenza di un danno effettivo per il datore di lavoro, occorrendo valutare soltanto se la lesione dell'elemento fiduciario su cui poggia la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare ⁽²³⁶⁾, sicché l'adozione della sanzione espulsiva può essere giustificata, nonostante la tenuità e finanche l'assenza del danno patrimoniale, allorché la condotta addebitata abbia una ripercussione sul rapporto di lavoro tale da porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento, in quanto sintomatica di un certo atteggiarsi del lavoratore rispetto agli obblighi assunti ⁽²³⁷⁾.

Assolutamente univoca è l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale la valutazione del nesso di proporzionalità tra l'illecito disciplinare ed il licenziamento irrogato debba essere condotta alla stregua di un apprezzamento di fatto, da svolgere non in astratto, ma con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso concreto ⁽²³⁸⁾. Più in particolare, al fine di stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento – che, si ripete, deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, ed in particolare di quello fiduciario – occorre valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione

⁽²³⁴⁾ Cfr., tra le molte, Cass. civ., sez. lav., 16.10.2015, n. 21017; Cass. civ., sez. lav., 10.12.2007, n. 25743.

⁽²³⁵⁾ Cfr., *ex pluribus*, Cass. civ., sez. lav., 25.6.2015, n. 13158.

⁽²³⁶⁾ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 26.11.2014, n. 25162.

⁽²³⁷⁾ Cfr., tra le più recenti, Cass. civ., sez. lav., 25.6.2015, n. 12343.

⁽²³⁸⁾ Da ultimo il principio è stato ribadito da Cass. civ., sez. lav., 7.3.2017, n. 5693.

alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze in cui sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, e, dall'altro lato, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui poggia la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare ⁽²³⁹⁾. È quindi necessario effettuare una valutazione sia della gravità dei fatti addebitati al lavoratore, sia della proporzionalità tra i fatti contestati e la sanzione inflitta, tenuto conto di tutti gli specifici elementi oggettivi e soggettivi che definiscono il caso concreto; e ciò, sulla base di un'ampia ricognizione della fattispecie, in cui vengono in rilievo indici diversi, quali le circostanze di tempo e di luogo della condotta, il suo carattere doloso o colposo, il tipo di mansioni affidate al lavoratore, gli eventuali precedenti disciplinari, le probabilità di reiterazione dell'illecito ⁽²⁴⁰⁾.

Ne deriva che il sindacato giurisdizionale in ordine alla legittimità del licenziamento con riferimento al principio di proporzionalità (pacificamente riservato, se congruamente motivato, al giudice di merito) dovrà spingersi ad approfondire, sotto il profilo oggettivo, l'entità della mancanza, il grado di affidamento richiesto in base all'inquadramento ed alle specifiche mansioni esercitate, il pregresso andamento del rapporto, la sua durata, e, sotto il profilo soggettivo, i motivi e le circostanze che hanno animato l'elemento psicologico che ha sorretto la condotta l'eventuale recidiva e la sistematicità del comportamento contestato ⁽²⁴¹⁾, nonché l'eventuale illegittimità del comportamento datoriale di cui la condotta addebitata al lavoratore costituisce la reazione ⁽²⁴²⁾.

È stato altresì precisato che non occorre che l'elemento soggettivo della condotta sia intenzionale o doloso, nelle sue possibili e diverse articolazioni, giacché anche un comportamento colposo, per le sue caratteristiche e nel convergere degli altri indici della fattispecie, può risultare idoneo a determinare una lesione del vincolo fiduciario così grave ed irrimediabile da non consentire l'ulteriore prosecuzione del rapporto ⁽²⁴³⁾.

2. Proporzionalità della sanzione e tipizzazione contrattuale degli illeciti.

Il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione assume profili particolarmente delicati allorché l'illecito disciplinare sia stato tipizzato dalla contrattazione collettiva, nel qual caso si pone il problema se, e fino a che punto, il sindacato del giudice ne sia vincolato. Ed infatti, è opinione largamente condivisa che la contrattazione collettiva costituisca lo strumento privilegiato attraverso il quale, tramite l'individuazione delle specifiche condotte sanzionate, anche di natura privata, possa essere qualificato l'esatto adempimento della prestazione lavorativa. Assai meno certo appare, invece, il margine di autonomia interpretativa attribuita al giudice nel verificare la congruità delle clausole collettive rispetto ai canoni legali che presiedono al licenziamento per motivi disciplinari.

Se appare pacifico che i codici disciplinari contenuti negli accordi collettivi possano qualificare come idonei a determinare il recesso senza preavviso dal rapporto anche condotte che non attingano in senso stretto all'espletamento della prestazione lavorativa (in quanto lesive dell'ob-

⁽²³⁹⁾ Cfr., tra le tante, Cass. civ., sez. lav., 26.11.2014, n. 25162.

⁽²⁴⁰⁾ Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. lav., 1.7.2016, n. 13512.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 23.6.2014, n. 14177.

⁽²⁴²⁾ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 16.6.2001, n. 8173.

⁽²⁴³⁾ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 1.7.2016, n. 13512.

bligo generale di non tradire la fiducia del datore di lavoro e di non alterare il regolare e disciplinato andamento dell'attività aziendale), è opinione comune che essi non possano essere considerati tassativi, e quindi vincolanti per il giudice, il quale ha sempre la possibilità di decidere sulla base dei principi generali che concorrono a qualificare la nozione normativa di giusta causa, anche facendo ricorso al cosiddetto minimo etico, cioè a quello *standard* valutativo diffuso nella realtà sociale che considera sanzionabili anche i comportamenti connotati da particolare gravità in relazione ai fondamentali doveri di civiltà e correttezza, nonché ai valori etici generalmente accettati dalla coscienza sociale ⁽²⁴⁴⁾.

L'elencazione delle ipotesi di giusta causa di licenziamento contenuta nei contratti collettivi, quindi, al contrario di quanto vale per le sanzioni disciplinari con effetto conservativo, ha valenza meramente esemplificativa e non esclude, perciò, la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile, alla sola condizione che tale grave inadempimento o tale grave comportamento abbia fatto venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore ⁽²⁴⁵⁾. D'altra parte, se è vero che la nozione di giusta causa è una nozione legale e che pertanto il giudice non è tendenzialmente vincolato alle previsioni di condotte integranti giusta causa contenute nei contratti collettivi, ciò non esclude, tuttavia, che egli ben possa fare riferimento ai contratti collettivi e alle valutazioni che le parti sociali compiono in ordine alla gravità di determinati comportamenti, del resto rispondenti – in linea di principio – a canoni di normalità sociale. Sicché il giudice può escludere che il comportamento costituisca in concreto una giusta causa di licenziamento, pur essendo qualificato come tale dai contratti collettivi, solo in considerazione delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato ⁽²⁴⁶⁾.

Peraltro, essendo praticamente impossibile che i codici disciplinari possano prevedere una tipizzazione specifica e particolareggiata di tutte le fattispecie punibili, è frequente l'uso di clausole di chiusura o il richiamo di fattispecie piuttosto generiche, spesso neppure accompagnate dalla necessaria esemplificazione, ovvero il ricorso a classificazioni di comportamenti diversificati soltanto in base alla loro gravità (si pensi al caso della insubordinazione del dipendente, in relazione alla quale molti contratti collettivi prevedono la sanzione del licenziamento quando la stessa si presenti grave)⁽²⁴⁷⁾. In giurisprudenza è stato affermato che neppure l'esistenza della clausola di un

⁽²⁴⁴⁾ Di recente, Cass. civ., sez. lav., 11.5.2016, n. 9635, ha ritenuto che fosse passibile di licenziamento l'avere proferito espressioni ingiuriose nei confronti della dirigenza aziendale sebbene il contratto collettivo nazionale di categoria tipizzasse come giusta causa di recesso datoriale solo la condotta insubordinata caratterizzata da aggressione fisica, evidenziando che il giudice, nel valutare la nozione legale di giusta causa, non è vincolato alle previsioni contrattuali ma deve valutare anche le condotte gravemente lesive delle norme etiche del comune vivere civile.

⁽²⁴⁵⁾ Cfr., tra le tante, Cass. civ., sez. lav., 16.3.2004, n. 5372; Cass. civ., sez. lav., 18.8.2004, n. 16260; Cass. civ., sez. lav., 18.2.2011, n. 4060.

⁽²⁴⁶⁾ Cass. civ., sez. lav., 14.2.2005, n. 2906.

⁽²⁴⁷⁾ A proposito della insubordinazione, si ricorda come la sua nozione non sia affatto pacifica, nemmeno nella giurisprudenza di legittimità, essendo rinvenibili due contrapposti orientamenti interpretativi: uno più restrittivo, che la fa coincidere con la sola inosservanza di ordini e direttive impartiti dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 2104, comma 2, cod. civ., ed un altro che la estende sino a ricomprendere ogni altro comportamento animato dall'intenzione di contrastare apertamente i poteri del datore di lavoro, ponendo in pericolo l'efficienza dell'organizzazione aziendale. Da ultimo, nel primo senso si è espressa Cass. civ., sez. lav., 26.4.2016, n. 8236, nel secondo Cass. civ., sez. lav., 11.5.2016, n. 9635 (entrambe pubblicate in *Giur. it.*, 2017, 1, pp. 142 e segg., con nota di M. Nicolosi, *Insubordinazione del lavoratore, licenziamento illegittimo e rimedi esperibili*). La prima sentenza ha escluso che potesse considerarsi come insubordinazione la destinazione del tempo retribuito e dei beni aziendali a scopi personali, con annesso uso di una macchina,

contratto collettivo che preveda un certo fatto quale giusta causa di licenziamento esime il giudice dalla valutazione di proporzionalità fra il provvedimento espulsivo adottato dal datore di lavoro e la gravità del fatto addebitato all'incolpato ⁽²⁴⁸⁾, a meno che si tratti di fattispecie di illecito disciplinare non già formulata con espressioni generiche o elastiche, ma rigidamente predeterminata e che non preveda circostanze attenuanti ⁽²⁴⁹⁾.

Sul tema è peraltro intervenuto una prima volta il legislatore con l'art. 30 della legge n. 183 del 2010 (Collegato lavoro), prescrivendo che *«nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione»*. La norma aveva il chiaro obiettivo di limitare la discrezionalità interpretativa del giudice; senonché, per come è stata formulata, essa non ha statuito la vincolatività delle previsioni disciplinari espresse dall'autonomia collettiva, limitandosi a confermare (in linea con la prevalente giurisprudenza) che esse si configurano quali *standard* sociali di riferimento che il giudice deve tenere in considerazione per riempire concretamente di significato le clausole generali di giusta causa e giustificato motivo, potendosene tuttavia discostare, ove lo ritenga opportuno (e dandone ovviamente congrua motivazione).

Un limite ben più rilevante all'attività ermeneutica del giudice, anche in punto di proporzionalità del licenziamento, è stato invece posto dalla legge n. 92 del 2012, laddove, nel testo novellato dell'art. 18, comma 4, Stat. lav., sono stati previsti l'annullamento del licenziamento e l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata (*i.e.* con conseguenze risarcitorie contenute nel limite delle dodici mensilità), nel caso in cui il giudice accerti che il fatto, pur sussistente, rientri tra le condotte che i codici disciplinari puniscono con la sola sanzione conservativa.

Si è discusso in dottrina se la tutela reintegratoria attenuata possa essere accordata soltanto nel caso di precisa e compiuta tipizzazione contrattuale del fatto come meritevole di sanzione conservativa, o anche (come sembra preferibile) nell'ipotesi in cui il fatto non specificamente tipizzato possa essere ricondotto ad una norma contrattuale generica o elastica ⁽²⁵⁰⁾. I primi interventi

riguardo alla quale non si è ricevuta adeguata formazione; la seconda vi ha invece ricompreso la critica, con modalità esorbitanti i limiti della correttezza formale dei toni e dei contenuti, rivolta ai propri superiori, in quanto suscettibile di pregiudicare l'autorevolezza.

⁽²⁴⁸⁾ Cass. civ., sez. Lav., 4.2.1983, n. 939; Cass. civ., sez. lav., 2.2.1990, n. 690. Più di recente, Cass. civ., sez. lav., 21.6.2012, n. 10337, ha ribadito la non tassatività della elencazione contenute nei contratti collettivi, sicché il giudice dovrà sempre valutare se la previsione contrattuale sia conforme alla nozione legale di giusta causa e se, in ossequio al principio di proporzionalità e ragionevolezza, il fatto addebitato sia tale da legittimare il recesso, tenuto conto delle circostanze del caso. D'altro lato, Cass. civ., sez. lav., 26.11.2013, n. 26397, esaminando il caso di un lavoratore licenziato per avere installato il programma *eMule* per scaricare musica sul computer aziendale, ha ritenuto che tale condotta non meritasse di per sé, e tenuto conto delle circostanze del caso concreto, il licenziamento, evidenziando come, in presenza di clausole della contrattazione collettiva che prevedano genericamente tra i casi in cui è possibile adottare la sanzione espulsiva la violazione delle norme di *policy* aziendale, il giudice sia tenuto ad accertare in concreto la reale gravità delle infrazioni addebitate, nonché il rapporto di proporzionalità tra esse e la sanzione irrogata.

⁽²⁴⁹⁾ Cass. civ., sez. lav., 11.9.2015, n. 17987.

⁽²⁵⁰⁾ In quest'ultimo senso M. Magnani, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Milano, 2012, pp. 3 e segg.; F. Santini, *I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, pp. 1005 e segg.

giurisprudenziali si sono indirizzati verso un'interpretazione estensiva, essendosi ordinata la reintegrazione del lavoratore in casi in cui il licenziamento appariva sproporzionato rispetto ai fatti sanzionati, perché essi non risultavano perfettamente riconducibili alla fattispecie prevista dal contratto collettivo ovvero in presenza di esemplificazioni contrattuali di maggiore gravità rispetto a quella in concreto contestata ⁽²⁵¹⁾.

Di fronte ad una siffatta interpretazione estensiva della norma del 2012, vi è stato chi ha rilevato come, dopo la riscrittura dell'art. 18 da parte della legge Fornero, esista un doppio regime sanzionatorio delle ipotesi di licenziamento illegittimo perché sproporzionato: nel caso in cui la sproporzione sia valutabile *ex ante*, perché il fatto avrebbe dovuto essere colpito con sanzione conservativa, si applica la tutela reintegratoria attenuata; mentre nel caso di sproporzione valutabile soltanto *ex post*, dovuta cioè all'accertamento postumo di una minore intensità dell'elemento soggettivo o alla valutazione di ulteriori elementi circostanziali, si applicherebbe la mera tutela indennitaria prevista dall'art. 18, comma 5 ⁽²⁵²⁾.

3. La legge Fornero e la rilevanza del principio di proporzionalità nell'interpretazione della nozione di «insussistenza del fatto contestato».

Il tema appena trattato non può prescindere dalla illustrazione di una problematica ad esso strettamente connessa. Infatti, fra le tante questioni che le recenti riforme in tema di licenziamento hanno sottoposto all'attenzione degli interpreti, spicca quella relativa alla definizione della nozione normativa della «*insussistenza del fatto contestato*», nozione che, a partire dalla legge Fornero, costituisce uno dei principali elementi discriminanti per la concessione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento disciplinare illegittimo. La problematica è sin troppo nota ed ai fini di questa rassegna giurisprudenziale potrà darsene conto solo in modo molto sintetico.

Prima della legge Fornero, l'art. 18 St. lav. prevedeva per i licenziamenti illegittimi, come ben noto, un'unica tutela, quella reale o reintegratoria, senza distinzione tra le cause della illegittimità ⁽²⁵³⁾. La legge n. 92 del 2012, che ha riformato in maniera incisiva la disposizione statutaria, ha invece introdotto una disciplina assai variegata dei rimedi sanzionatori avverso i licenziamenti illegittimi, limitando la somministrazione giudiziale della reintegrazione ad un novero di ipotesi

⁽²⁵¹⁾ Cfr. Trib. Milano, ord. 20.3.2013 (nella quale, con riferimento ad un caso di apprezzamenti ed atti offensivi rivolti nei confronti di alcune colleghe di lavoro, il giudice ha ritenuto il fatto non meritevole della sanzione espulsiva, evidenziando, tra l'altro, come quest'ultima fosse prevista dal CCNL solo nel caso, di maggiore gravità, di «*diverbio litigioso seguito da vie di fatto*»); Trib. Bologna, ord. 25.9.2012 (anche in questo caso, relativo al dipendente di un Istituto di vigilanza privata al quale era stato addebitato di non avere con sé l'arma in dotazione e di averla lasciata chiusa a chiave in un cassetto all'interno della *control room* riservata al personale, il giudice ha rilevato come l'esemplificazione contrattuale delle condotte passibili di licenziamento prevedesse soltanto casi di ben maggiore gravità).

⁽²⁵²⁾ Così R. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2014, pp. 36 e segg.

⁽²⁵³⁾ Si tacerà qui, esulando la questione dall'oggetto specifico di questa trattazione, del problema della applicabilità o meno del nuovo articolo 18 dello Statuto ai rapporti di lavoro contrattualizzati con le pubbliche amministrazioni, sul quale – *in primis* per l'imperizia tecnica del legislatore del 2012 – è come ben noto fiorito un dibattito variegatissimo, che si sarebbe con ogni probabilità trascinato ancora per anni se non fosse intervenuto – con disposizione che solleverà verosimilmente meno incertezze applicative – l'ultimo organico intervento di riforma del pubblico impiego, realizzato (in attuazione della delega conferita con la legge, cosiddetta Madia, n. 124 del 2015) dal d.lgs. n. 75 del 2017, che all'art. 21 disegna uno speciale sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico, fondato su una specifica combinazione di reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento del danno. Per un riepilogo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sino a tale ultima riforma v., comunque, S. Giubboni, A. Colavita, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in M. Cerreta, M. Riommi (a cura di), *Le riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica*, Torino, 2016, pp. 37 e segg.

che, almeno nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto essere molto limitato. Più in particolare (a parte i casi di licenziamento discriminatorio o intimato per motivo illecito o comunque nullo), la reintegrazione nel posto di lavoro è prevista dall'art. 18, comma 4, soltanto in due ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: quello (del quale si è già parlato) in cui il fatto contestato rientri, sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili, tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, e quello in cui il fatto contestato risulti, appunto, insussistente.

Poiché, come si diceva, in tutte le altre ipotesi di licenziamento illegittimo il novellato art. 18 prevede la sola tutela obbligatoria (e cioè il pagamento di una indennità risarcitoria, che sarà più o meno consistente a seconda delle ragioni della illegittimità, ma che non fa venir meno, a dispetto dell'accertata illegittimità dell'atto di recesso, l'effetto solutorio sul rapporto di lavoro), appare assolutamente evidente come l'esatta definizione della nozione di insussistenza del fatto contestato assuma una cruciale importanza al fine di determinare l'ambito di residua operatività della tutela reale. Ed infatti, all'indomani dell'emanazione della legge n. 92 del 2012 sono emersi, tra i primi commentatori della riforma, due contrapposti orientamenti interpretativi.

Una prima opzione ricostruttiva, più restrittiva, ritiene che l'indagine sulla sussistenza del fatto contestato debba limitarsi all'accertamento dell'esistenza o meno del *fatto materiale* contestato al lavoratore, sicché il giudice dovrebbe limitarsi a verificare se tale fatto esista o meno, come mero accadimento nella realtà fenomenica, nelle sue componenti essenziali della condotta (omissiva o commissiva) del lavoratore, dell'evento pregiudizievole per il datore di lavoro e del nesso di causalità, restando invece del tutto estranea all'indagine qualsiasi ulteriore valutazione di natura giuridica, ivi compresa quella in ordine alla gravità del fatto ⁽²⁵⁴⁾.

La teoria del fatto puramente materiale sembrerebbe avere il pregio di attribuire all'accertamento giudiziario un maggiore grado di oggettività e di certezza, con corrispondente limitazione della discrezionalità del giudice nella costruzione processuale del fatto e nella individuazione della norma applicabile ⁽²⁵⁵⁾, ma in realtà, come è stato subito osservato da più parti ⁽²⁵⁶⁾, nel caso concreto può non essere agevole isolare il fatto materiale dal contesto in cui ha avuto luogo, né essere chiaro, ove si sia in presenza di più fatti contestati e a venire meno sia solo uno di essi, quando debba reputarsi inverato il requisito della insussistenza. Ma soprattutto, la tesi più restrittiva può condurre a conseguenze del tutto inaccettabili e irrazionali, escludendo la reintegrazione nel posto di lavoro anche a fronte di licenziamenti intimati (magari in maniera strumentale e pretestuosa) per fatti che, pur essendo effettivamente accaduti nella loro materialità, non hanno alcun rilievo disciplinare, perché non costituiscono inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (si pensi al lavoratore che la mattina non saluti il proprio superiore o non gli sorrida, oppure che danneggi uno strumento di lavoro in maniera del tutto incolpevole), o che abbiano carattere meramente bagatellare, comportando un inadempimento di minima importanza (si pensi al ritardo di un minuto o all'appropriazione di un bene aziendale di nessun valore venale).

⁽²¹⁾ V. per tutti A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 438 e segg.

⁽²²⁾ Cfr., più recentemente e in generale, P. Rescigno, S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, pp. 33 segg.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr., tra gli altri, C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.* 2012, pp. 569 e segg.; Id., *Le tutele*, in E. Gragnoli (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, volume quinto del *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2017, pp. 726 e segg., spec. pp. 757 e segg.

Si è rilevato da più parti, allora, che la nozione di insussistenza del fatto non può essere disgiunta dalla valutazione di alcuni elementi ulteriori rispetto alla mera condotta materiale posta in essere dal lavoratore, dovendosi l'indagine del giudice necessariamente estendersi alla imputabilità soggettiva del fatto, nonché alla valutazione della sua antigiuridicità e gravità. In altre parole, secondo questa diversa opzione interpretativa, il fatto contestato è insussistente non soltanto quando non esiste nella sua materialità, ma anche quando non esiste come *fatto giuridicamente rilevante*, cioè quando, pur essendosi verificato, non costituisce inadempimento agli obblighi contrattuali. È stato efficacemente affermato che ciò che conta i fini dell'esclusione della tutela reale è l'esistenza non del semplice «fatto-comportamento», ma del «fatto-inadempimento» ⁽²⁵⁷⁾. In quest'ottica, anche la valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'inadempimento seguita ad essere compresa nel giudizio diretto all'accertamento della sussistenza del fatto contestato ⁽²⁵⁸⁾.

La teoria del fatto giuridico è stata immediatamente sposata da una delle prime pronunce di merito intervenute sulla norma statutaria novellata. Con ordinanza del 15 ottobre 2012 ⁽²⁵⁹⁾, infatti, il Tribunale di Bologna ha affermato come la norma in questione, facendo riferimento al «fatto», abbia inteso riferirsi al fatto globalmente accertato, nell'*unicum* delle sue componenti oggettive e soggettive, da valutarsi anche in relazione alla sua gravità, tanto che il giudice ha poi applicato la sanzione reintegratoria in considerazione della scarsa rilevanza offensiva e del modestissimo peso disciplinare dell'episodio (di non grave insubordinazione nei confronti di un superiore gerarchico) nella specie contestato.

Tale indirizzo è stato poi seguito da altre pronunce dei giudici del lavoro, tanto da presentarsi, già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, come assolutamente prevalente nella giurisprudenza di merito ⁽²⁶⁰⁾. Una temporanea – e diremmo estemporanea – deviazione dalla ricordata linea esegetica è stata segnata dalla Suprema Corte, la quale, intervenuta per la prima volta sulla interpretazione del novellato art. 18, comma 4, St. lav., ha affermato, in un *obiter dictum* del tutto avulso dal contenuto decisorio della sentenza, che, ai fini della reintegrazione, occorre distinguere tra l'esistenza del fatto e la sua qualificazione, sicché la verifica sul fondamento della causale del

⁽²⁵⁷⁾ Così F. Rusconi, *Chiarimenti della cassazione su licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto*, in www.avvrusconi.it, 7.11.2016.

⁽²⁵⁸⁾ È stato rilevato che la proporzionalità non costituisce una condizione esterna di legittimità dell'atto di recesso, entrando nello schema causale dello stesso (in tal senso G. Fontana, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pp. 273 e segg.).

⁽²⁵⁹⁾ Trib. Bologna, sez. lav., 15.10.2012.

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. Trib. Ravenna, sez. lav., 18.3.2013, il quale ha ribadito che il fatto contestato va inteso con riferimento non solo alla sua componente oggettiva (fatto materiale) ma anche a quella soggettiva (fatto giuridico), comprensiva della valutazione in ordine al dolo o alla colpa del lavoratore ed alla proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione, precisando che il giudizio di proporzionalità tra infrazione e sanzione ai sensi dell'art. 2106 cod. civ. mantiene il suo valore essenziale nella scelta della tutela da applicare anche quando il fatto tipico sussista, ma non sia grave (in assenza di una precisa tipizzazione da parte dei contratti collettivi e del codice disciplinare). Vedi anche Trib. Genova, ord. 24.3.2015, il quale ha rilevato come il legislatore non abbia inteso identificare il «fatto contestato» con il comportamento nella sua materialità, a prescindere dalle componenti che ne configurano non solo la gravità, ma, prima ancora, l'antigiuridicità. Sulla stessa linea, anche Trib. Milano 30.1.2013 e Trib. Taranto 3.6.2013. Vedi, invece, Trib. Tivoli, ord. 14.11.2014, che pur ritenendo sproporzionato il licenziamento intimato ad un lavoratore che aveva effettuato una vendita commerciale a prezzi scontati in difetto della prescritta autorizzazione aziendale, gli ha accordato la sola tutela indennitaria prevista dall'art. 18, comma 5, ritenendo che la tutela reintegratoria possa essere concessa soltanto nel caso di accertamento della insussistenza del fatto storico contestato, laddove il giudizio di proporzionalità attiene ad una fase logicamente successiva rispetto ad esso.

licenziamento si deve esaurire nell'accertamento della sussistenza/insussistenza del fatto contestato, da intendersi quale fatto materiale, senza margine alcuno per valutazioni di tipo discrezionale, espungendo così dall'applicazione della tutela reale ogni apprezzamento attinente al profilo della proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto alla gravità del comportamento addebitato ⁽²⁶¹⁾.

La decisione del 2014, tuttavia, è rimasta sostanzialmente isolata. Nemmeno un anno dopo, infatti, i giudici di legittimità sono nuovamente intervenuti sulla questione che ci interessa per riprendere e condividere la tesi che nella giurisprudenza di merito era emersa come maggioritaria, quella cioè secondo la quale il fatto contestato non sussiste anche quando sia privo del carattere di illiceità, perché la completa irrilevanza giuridica di un fatto equivale alla sua insussistenza materiale, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria ⁽²⁶²⁾. La sentenza, dunque, sposa la teoria del fatto giuridico, precisando, tuttavia, come sia rimasta estranea alla valutazione del caso di specie la diversa questione della proporzionalità tra il fatto sussistente, ma di modesta illiceità, rispetto alla sanzione espulsiva.

A tale orientamento, favorevole ad un'interpretazione più estensiva del concetto di «insussistenza del fatto contestato», può ascriversi anche un'altra sentenza, alla prima immediatamente successiva, nella quale la Suprema Corte – dopo avere dichiarato inammissibile la pretesa del lavoratore di ricondurre i fatti contestati ad una diversa (e a lui più favorevole) previsione disciplinare del contratto collettivo di settore, atteso che tale fattispecie non era stata contestata ed era pertanto da considerarsi estranea al tema disputato nel processo – ha ritenuto, tuttavia, di dover accogliere il ricorso, accordando al lavoratore la reintegrazione nel posto di lavoro, essendo mancato, nell'indagine del giudice del merito, l'accertamento dei fatti costituenti quel «*grave nocumento materiale o morale*» all'azienda, che costituiva uno degli elementi costitutivi della fattispecie disciplinare delineata nella norma del contratto collettivo contestata ⁽²⁶³⁾. Secondo i giudici di legittimità, pertanto, ci si troverebbe di fronte all'ipotesi delineata dall'art. 18, comma 4, Stat. lav., anche qualora sia assente il grave nocumento per l'azienda, poiché, in quel caso, la fattispecie di illecito sarebbe realizzata solo in parte, risultando così inesistente.

L'orientamento delle due sentenze del 2015 è stato da ultimo confermato da una ulteriore pronuncia, nella quale la Suprema Corte ha ribadito che la tutela reintegratoria va accordata anche nell'ipotesi di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità ⁽²⁶⁴⁾. In sintesi, dalle più recenti pronunce della Corte di Cassazione si desume il principio in base al quale l'assenza di

⁽²⁶¹⁾ Cass. civ., sez. lav., 6.11.2014, n. 23669, in *Giur. it.*, 2014, 12, pp. 2788 e segg., con nota di L. Fiorillo.

⁽²⁶²⁾ Cass. civ., sez. lav., 13.10.2015, n. 20540, in *Lav. giur.*, 2016, 4, pp. 377 e segg., con nota di F. Di Martino. In questa sentenza la Cassazione ha esaminato un caso in cui la Corte territoriale aveva dichiarato la illegittimità del licenziamento per difetto del requisito della immediatezza della contestazione con riferimento ad alcuni dei fatti di cui alla lettera d'inculpazione disciplinare e, con riferimento agli altri, per mancanza di rilievo giuridico, perché espressivi di atteggiamenti semmai contrari alle regole della compostezza e degli usi mondani, siccome dettati da acredine per l'interruzione non consensuale di una relazione personale, e comunque non di tale rilievo da incidere negativamente sullo svolgimento dell'attività aziendale. I giudici di legittimità hanno condiviso tale qualifica, precisando che l'assenza di giuridico rilievo dei singoli fatti può essere apprezzata solo nel contesto complessivo, anche di stato psicologico, in cui versava la lavoratrice.

⁽²⁶³⁾ Cass. civ., sez. lav., 13.10.2015, n. 20545. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte al dipendente era stato contestato di aver inserito, nel sito internet e nel profilo *Facebook* di una sua impresa di ristorazione, quale recapito, i numeri di telefono cellulare e di fax a lui assegnati per ragioni di servizio, nonché di avere indicato la società datrice di lavoro tra i clienti dei servizi di ristorazione.

⁽²⁶⁴⁾ Cass. civ., sez. lavoro, 20.9.2016, n. 18418.

illiceità di un fatto materiale, pur sussistente, deve essere ricondotta all'ipotesi, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela reale.

Peraltro, ancora più di recente il dibattito sul punto si è arricchito di un ulteriore contributo della Corte nomofilattica. La Suprema Corte, infatti, ha così statuito: «*L'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18 Stat. lav., come modificato dalla legge n. 92 del 2012, art. 1, comma 42, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché (anche) in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità (Cass. n. 20540/15). Con la successiva Cass. n. 18418/16 si è al riguardo chiarito che l'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotto all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela cd. reale. Nella specie la sentenza impugnata ha accertato la sostanziale non illiceità dei fatti addebitati, e tale accertamento non ha formato oggetto di adeguata censura ad opera della ricorrente. Deve peraltro chiarirsi che non può ritenersi relegato nell'ambito del giudizio di proporzionalità qualunque fatto (accertato) teoricamente censurabile ma in concreto privo del requisito di anti-giuridicità, non potendo ammettersi che per tale via possa essere sempre soggetto alla sola tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare nullo o sostanzialmente inapprezzabile»⁽²⁶⁵⁾.*

Si è voluto riprodurre testualmente tale passaggio della motivazione della sentenza perché la Corte fornisce importanti chiarimenti concettuali ai fini della fissazione della porosa linea di confine tra insussistenza del fatto giuridico scrutinabile *ex ante* e sproporzione della sanzione disciplinare valutabile soltanto *ex post*. Infatti, nella prima parte della motivazione i giudici di legittimità richiamano gli ultimi due precedenti giurisprudenziali sopra riportati, ribadendo, nella sostanza, il seguente schema logico-giuridico: se il fatto contestato (pur esistente nella sua materialità) neppure astrattamente, ed in base ad una valutazione *ex ante*, risulti di gravità tale da integrare gli estremi della giusta causa di licenziamento, esso sarebbe (giuridicamente) inesistente e quindi meritevole di tutela reintegratoria; viceversa, se sia astrattamente idoneo ad integrare gli estremi della giusta causa, ma – valutato *a posteriori* ed alla luce di tutte le circostanze del caso concreto – non risulti di gravità tale da esse sanzionato con il licenziamento, si enterebbe nell'ambito del giudizio di proporzionalità in senso stretto e, quindi, della tutela puramente indennitaria. Nell'ultimo capoverso della parte motiva, però, la Corte parrebbe estendere ulteriormente l'ambito della tutela reale, ricomprendendovi anche quei fatti che, in base alla valutazione di proporzionalità condotta in concreto (e quindi *ex post*), risultino «*di rilievo disciplinare nullo o sostanzialmente inapprezzabile*».

Al riguardo, non sembra inutile evidenziare come nella più recente giurisprudenza della Suprema Corte sia rinvenibile una tendenza ad un ulteriore ampliamento della nozione di «fatto contestato», e quindi del residuo perimetro della tutela reintegratoria, anche con riferimento alla fattispecie della tardiva contestazione dell'addebito. Infatti, i giudici di legittimità hanno di recente

⁽²⁶⁵⁾ Cass. civ., sez. lav., 31.5.2017, n. 13799.

ritenuto insussistente, ai sensi del novellato art. 18, anche il fatto non tempestivamente contestato ex art. 7 Stat. lav., evidenziando come la violazione del principio di tempestività della contestazione dell'addebito disciplinare dia luogo ad una violazione formale o procedurale a carattere talmente radicale, coinvolgendo i diritti di difesa del lavoratore, da impedire che il giudice possa accertare la sussistenza o meno del fatto, e quindi valutarne la commissione effettiva, anche a fini delle scelte tra i vari regimi sanzionatori. In altre parole, poiché la norma parla di insussistenza del «fatto contestato» (e quindi contestato regolarmente), a maggior ragione la locuzione normativa non può che riguardare anche l'ipotesi in cui il fatto sia stato contestato in maniera abnorme, sicché il fatto è *tanquam non esset* e quindi, appunto, insussistente ⁽²⁶⁶⁾. In tal modo la nozione di «fatto contestato» verrebbe ad essere ulteriormente dilatata.

In realtà, quest'ultimo arresto si pone in contrasto con un altro indirizzo interpretativo della Corte di Cassazione, la quale aveva già avuto modo di affermare che la violazione del principio di immediatezza della contestazione è causa di illegittimità del licenziamento disciplinare, ma non comporta la reintegrazione del lavoratore (perché non rientra in alcuna delle previsioni dell'art. 18 Stat. lav., come modificato dalla legge n. 92 del 2012), ma una tutela limitata al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva ⁽²⁶⁷⁾. L'insussistenza del fatto contestato, con la conseguente applicazione della tutela reintegratoria, viene ravvisata dai giudici di legittimità nella diversa fattispecie di radicale difetto di contestazione dell'infrazione, in considerazione del fatto che ciò determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano, dovendosi ritenere assolutamente privo di giustificazione un licenziamento disciplinare adottato senza alcuna contestazione di addebito ⁽²⁶⁸⁾.

Da ultimo, la stessa Sezione lavoro della Corte di Cassazione ha avuto modo di rilevare l'esistenza dei due contrastanti orientamenti appena menzionati: da un lato, quello che ritiene che la tardività della contestazione, collocandosi sul diverso piano di conformazione al principio generale di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro, non attenga sotto alcun profilo alla nozione dell'insussistenza del fatto contestato, comunque ricorrente nella sua essenza ontologica (e ciò indipendentemente dalla sua accezione in senso materiale o giuridico); dall'altro lato, l'orientamento (cui può ricondursi la sentenza n. 2513/2017) secondo il quale la contestazione intempestiva, indipendentemente dalla sussistenza della condotta, ne dimostra l'irrilevanza ai fini della prosecuzione del rapporto (laddove la valutazione di irrilevanza proviene dallo stesso datore di lavoro, il quale, pur consapevole dell'illecito tenuto dal lavoratore, non ritiene necessario richiedere giustificazioni, così dimostrando, per fatto concludente, che l'inadempimento non è tale da impedire la prosecuzione del rapporto), con l'ulteriore conseguenza che la contestazione tardiva deve ritenersi irregolare non soltanto sotto il profilo procedimentale, ma anche sotto quello sostanziale della non gravità dell'inadempimento.

In considerazione dell'esistenza di tale contrasto, i giudici di legittimità hanno rimesso la relativa questione di diritto alla decisione delle Sezioni Unite ⁽²⁶⁹⁾.

⁽²⁶⁶⁾ Cass. civ., sez. lav., 31.1.2017, n. 2513.

⁽²⁶⁷⁾ Cass. civ., sez. lav., 9.7.2015, n. 14324.

⁽²⁶⁸⁾ Cass. civ., sez. lav., 14.12.2016, n. 25745.

⁽²⁶⁹⁾ Ordinanza interlocutoria 21.4.2017, n. 10159.

4. Il principio di proporzionalità dopo il Jobs Act.

I più recenti approdi giurisprudenziali non possono essere letti senza considerare l'ulteriore riforma legislativa intervenuta in materia di licenziamenti proprio mentre si stava dipanando il dibattito interpretativo sul novellato art. 18 St. lav. Infatti, il processo di progressiva riduzione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi è stato portato alle sue più drastiche conseguenze dal cosiddetto *Jobs Act* e, segnatamente, dalla disciplina sul (*soi-disant*) contratto a tutele crescenti.

Come è noto, l'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 (oltre ad avere ridotto l'entità dell'indennità risarcitoria spettante al lavoratore allorché risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo o giusta causa) ha anche ristretto ulteriormente l'ambito di applicabilità della tutela reintegratoria, stabilendo espressamente che il giudice possa annullare il licenziamento solo quando sia *direttamente dimostrata in giudizio* l'insussistenza del fatto *materiale* contestato al lavoratore, con l'ulteriore precisazione che resta estranea a tale giudizio ogni valutazione circa la *proporzionalità* del licenziamento. Dalla valutazione del giudice circa la possibile applicazione della tutela reale è inoltre scomparso qualsiasi riferimento alle fattispecie disciplinari tipizzate dalla contrattazione collettiva.

Evidentemente il legislatore del *Jobs Act*, constatato che nel dibattito in corso la teoria del fatto giuridico stava diventando prevalente nell'esegesi giurisprudenziale, ha voluto immediatamente contrastare tale interpretazione, ribadendo con una baldanza senza precedenti nella storia legislativa dei licenziamenti la linea di fondo della propria politica del diritto del lavoro ⁽²⁷⁰⁾: la limitazione della discrezionalità del giudice nella scelta dei rimedi sanzionatori applicabili, al fine di rendere più contenuti e prevedibili per il datore di lavoro i costi del licenziamento illegittimo. La scelta legislativa di aggiungere alla locuzione «fatto contestato» l'aggettivo «materiale» e l'esplicita espunzione di ogni valutazione circa la rispondenza del licenziamento al principio di proporzionalità (scelta che sembra suggerita proprio dalla estemporanea motivazione della sentenza della Suprema Corte n. 23669/2014, sopra richiamata) è certamente animata dalla ambizione di porre fine alla *querelle* interpretativa suscitata dal nuovo articolo 18, facendo pendere definitivamente la bilancia in favore della teoria del fatto materiale. Dubitiamo fortemente, però, che l'esito di questa autentica *hýbris* legislativa possa essere effettivamente questo.

Innanzitutto, non bisogna dimenticare che la novella (con scelta essa stessa assai discutibile sul piano del rispetto del criterio di ragionevolezza del diverso regime sanzionatorio applicabile) riguarderà soltanto i licenziamenti irrogati ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, sicché l'art. 18 St. lav. seguirà ad applicarsi – nei termini via via precisati dalla giurisprudenza – a tutti i rapporti di lavoro costituiti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015.

Inoltre, già si è levata in dottrina la voce di chi sottolinea come l'aggettivo «materiale» non valga di per sé ad escludere che il fatto contestato debba comunque seguire ad essere qualificato

⁽³⁷⁾ Mette da ultimo bene in evidenza la discontinuità rispetto ai paradigmi ricevuti di tale formulazione legislativa – che in nome di un rozzo riduzionismo economicistico coltiva la pretesa di espungere dalla discrezionalità applicativa del giudice sia la valutazione complessiva dell'illecito disciplinare come fatto giuridico, sia la proporzionalità della sanzione rispetto all'inadempimento – P. Loi, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016, pp. 206 e segg., traendone le doverose conseguenze sul piano della illegittimità costituzionale (v. anche *infra*, note 41 e 42 e testo corrispondente).

come inadempimento agli obblighi contrattuali, connotazione questa tipicamente giuridica, sicché la modifica legislativa non inficerebbe le conclusioni già raggiunte in tema di applicabilità dell'art. 18, comma 4, St. lav. ⁽²⁷¹⁾. Ne deriverebbe che la tutela reintegratoria debba tuttora essere applicata in tutti i casi in cui il fatto contestato, pur esistente, non sia qualificabile come inadempimento, non sia stato commesso dal lavoratore incolpato o non sia allo stesso imputabile ⁽²⁷²⁾. D'altra parte, è stato esattamente rilevato come la *ratio decidendi* del più recente approdo giurisprudenziale sopra riferito riposi sull'assunto che la completa irrilevanza giuridica del fatto equivalga alla sua insussistenza materiale; e tale postura interpretativa è senz'altro riferibile anche al regime di tutela introdotto dal *Jobs Act* ⁽²⁷³⁾.

In altre parole, seguendo questa linea interpretativa, se il fatto contestato deve essere necessariamente costituito da una condotta idonea ad integrare una delle causali estintive previste dall'ordinamento (giusta causa o giustificato motivo), e se per giungere ad integrare tali estremi esso deve rappresentare un inadempimento talmente grave da non consentire in concreto la prosecuzione del rapporto, la valutazione *ex ante* della proporzionalità della reazione datoriale finisce per essere un passaggio necessario ed imprescindibile del giudizio sulla gravità del fatto, dal momento che l'inadempimento che non possa essere considerato, neppure astrattamente, così grave da meritare l'irrogazione della sanzione espulsiva non è neppure idoneo ad integrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo; sicché il fatto contestato non potrebbe ritenersi neppure sussistente, con la conseguente applicazione della tutela reintegratoria. Al contrario, se il fatto sia astrattamente meritevole di licenziamento, ed integri pertanto gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, ma il giudice valuti che in concreto (e cioè tenendo conto di tutte le circostanze, oggettive e soggettive, nelle quali la condotta è stata posta in essere) avrebbe dovuto essere punito con una sanzione meno grave, allora potrà essere applicata la sola tutela indennitaria (nella misura prevista dal d.lgs. n. 23 del 2015).

In conclusione, alla luce della riforma del *Jobs Act*, anche se l'inadeguatezza del licenziamento irrogato rispetto alla gravità del fatto (sussistente) contestato non costituirà più motivo per conseguire la tutela reintegratoria, vi sono margini ampi, che l'ingenuo legislatore non ha ben considerato, affinché il giudizio di proporzionalità rimanga parte integrante del processo di definizione della fattispecie di illecito disciplinare ai fini di stabilire la *sussistenza* del fatto (cioè la sussistenza di un fatto che possa costituire grave negazione dei doveri derivanti dal rapporto di lavoro, non consentendone la prosecuzione ed integrando, quindi, gli estremi della giusta causa di licenziamento).

⁽²⁷¹⁾ G. Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei Lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pp. 350 e segg.

⁽²⁷²⁾ V., pur tra i commentatori di massima favorevoli alla linea di politica del diritto del *Jobs Act*, C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, pp. 29 e segg.

⁽²⁷³⁾ M. De Luca, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, in *Lavoro giur.*, 2015, pp. 1180 e segg., nel quale l'autore evidenzia come le due più recenti riforme legislative non abbiano intaccato il principio in forza del quale il licenziamento è legittimo soltanto se intimato per giusta causa o giustificato motivo, sicché il fatto, comunque interpretato, deve essere sempre essere selezionato tra quelli che abbiano in sé gli elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo, pervenendosi altrimenti all'inaccettabile conclusione che la tutela reintegratoria venga ad essere negata nei casi in cui sia stato addotto, quale motivo di licenziamento, un fatto sussistente ma lecito, con il che risulterebbe di fatto legittimata la recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro.

È del tutto evidente come una tale conclusione sia idonea a depotenziare la portata innovativa della riforma del 2015, tradendo in certo senso le intenzioni restrittive che hanno animato il legislatore storico. Ma è del pari evidente come una diversa opzione esegetica – più aderente alla lettera del d.lgs. n. 23 del 2015 – entri irrimediabilmente in contrasto con i principi costituzionali, interni ed europei ⁽²⁷⁴⁾. Che poi è quanto ha (giustamente) ritenuto il giudice del lavoro di Roma nella recentissima ordinanza del 26 luglio 2017, con la quale ha rimesso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, lettera c), legge n. 183 del 2014 e degli artt. 2, 4 e 10, d.lgs. n. 23 del 2015, per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, comma 1, Cost., «letti autonomamente ed anche in correlazione fra loro» ⁽²⁷⁵⁾.

⁽²⁷⁴⁾ Cfr. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1 del 2015.

⁽⁴²⁾ Tribunale di Roma, III sez. lav., nella persona del giudice Maria Giulia Cosentino, ord. 26.7.2017.

Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*

Michele Tiraboschi

1. Posizione del problema.	84
2. Il c.d. «lavoro agile»: inquadramento giuridico della fattispecie.	89
2.1. <i>Segue</i> : profili terminologici e questioni definitorie.	90
2.2. <i>Segue</i> : l'ambigua linea di confine e differenziazione tra lavoro agile e telelavoro tracciata dalla legge 22 maggio 2017, n. 81.	92
2.3. <i>Segue</i> : le indicazioni provenienti dalla comparazione giuridica. In particolare: il caso francese.	96
2.4. <i>Segue</i> : il lavoro agile come un altro modo di chiamare il telelavoro subordinato.	97
3. Le finalità (dichiarate e non) della disciplina di regolazione del lavoro agile tra articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81 e interventi anticipatori della contrattazione collettiva.	99
4. Il lavoro agile come risposta alle rigidità normative e sindacali del telelavoro?	104
5. Il nodo irrisolto della persistente centralità della categoria giuridica della subordinazione per regolare il lavoro che cambia.	108
6. Osservatorio ADAPT sullo <i>Smart Working</i> : elenco dei contratti aziendali di disciplina del “lavoro agile” sottoscritti prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge 22 maggio 2017, n. 81.	117

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 335/2017

1. Posizione del problema.

Non si può forse propriamente dire – come invece accaduto in passato per altre forme di organizzazione flessibile dei tempi di lavoro ⁽²⁷⁶⁾ – che la contrattazione collettiva abbia anticipato il legislatore nella regolazione delle ipotesi di prestazioni di lavoro dipendente svolte, almeno in parte, al di fuori dei locali aziendali attraverso il supporto della strumentazione offerta dalla *Information and Communications Technology* (ICT). Vero è tuttavia che, a seguito della presentazione in Parlamento dei primi progetti di legge di regolazione della materia ⁽²⁷⁷⁾, la contrattazione collettiva ha iniziato a interessarsi del c.d. lavoro agile ⁽²⁷⁸⁾, con previsioni di carattere prevalentemente sperimentale, in attesa di chiarimenti legislativi dati come imminenti e che invece hanno subito una significativa dilatazione, rispetto ai tempi inizialmente prospettati, prima di giungere alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge 22 maggio 2017, n. 81. Il dato non sorprende. Ed infatti, come puntualmente evidenziato già nel corso del 2015 dal Servizio Studi della Camera dei deputati, «forme flessibili e semplificate di lavoro da remoto possono essere liberamente patuite nell'ambito della disciplina contrattuale (collettiva e individuale) del rapporto di lavoro, a prescindere da una espressa previsione normativa» ⁽²⁷⁹⁾. Un intervento legislativo, per contro, si renderebbe necessario «unicamente nella misura in cui si intenda derogare a norme imperative di legge (come nel caso della sicurezza sul lavoro) o si vogliano prevedere specifici incentivi per le prestazioni lavorative rese secondo tali modalità» ⁽²⁸⁰⁾.

Sebbene ancora piuttosto limitati, quantomeno da un punto di vista quantitativo, gli accordi aziendali in materia di lavoro agile sono in costante crescita dal 2014 a oggi e offrono non pochi spunti interpretativi ai fini di una corretta e completa ricostruzione della fattispecie almeno per

⁽²⁷⁶⁾ Il riferimento è alla fattispecie del lavoro a tempo parziale, introdotta e regolata diffusamente nel nostro ordinamento con i rinnovi del 1983 dei principali contratti nazionali di categoria, prima di essere disciplinata dal legislatore con l'articolo 5 della legge 19 dicembre 1984, n. 863, di conversione, con modifiche, del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, *Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali*, emanato in attuazione degli impegni tra Governo e parti sociali definiti nel c.d. «Protocollo Scotti» del 22 gennaio 1984. In tema si veda la puntuale ricognizione della ricca casistica contrattuale di riferimento del tempo contenuta in F. Borgogelli, *Il part-time tra legge e contrattazione collettiva: una prima verifica delle soluzioni contrattuali*, in *RGL*, 1986, I, pp. 133-164. Vedi anche, più in generale e per tutti, M. Brollo, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Jovene, 1991 e P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, II, Giuffrè, 1985, pp. 368-400.

⁽²⁷⁷⁾ Si veda il disegno di legge di iniziativa dei deputati Mosca, Ascani e altri contenente *Disposizioni per la promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro*, presentato alla Camera dei deputati il 29 gennaio 2014. A questa proposta hanno fatto seguito, più recentemente, il disegno di legge di iniziativa del Ministro del lavoro Poletti, comunicato alla Presidenza del Senato l'8 febbraio 2016, relativo a *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato* e il disegno di legge di iniziativa dei senatori Sacconi, D'Ascola e altri contenente disposizioni per l'*Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale*, presentato al Senato il 3 febbraio 2016.

⁽²⁷⁸⁾ Rappresenta una eccezione il pionieristico accordo sul lavoro a distanza declinato nelle modalità del telelavoro e del «(...) lavoro agile quale ulteriore traguardo di un processo che mira a migliorare il *work life balance*» tra Nestlé Italia Spa, Nestlé Spacci Srl e il coordinamento nazionale delle RSU di Nestlé Italia sottoscritto presso la sede di Assolombarda il 12 ottobre 2012 e dunque ben prima della presentazione in Parlamento di un disegno di legge di regolazione della materia.

⁽²⁷⁹⁾ Camera dei deputati – Servizio Studi, *Disposizioni per la promozione dello smart working A.C. 2014*, Dossier n. 364 - Schede di lettura 3 novembre 2015, qui p. 2.

⁽²⁸⁰⁾ *Ibidem*.

chi si ponga nella prospettiva del c.d. «diritto delle relazioni industriali» ⁽²⁸¹⁾ e cioè nella dimensione giuridica di regolazione dei rapporti individuali di lavoro offerta (anche) dall'ordinamento intersindacale e segnatamente dai prodotti della autonomia collettiva ⁽²⁸²⁾.

Allo stato gli interventi della contrattazione collettiva – nazionale e soprattutto aziendale – sono prevalentemente concentrati nel settore alimentare (Barilla, Ferrero, Nestlé, Parmalat, San Pellergrino), in quello energetico (A2A, ENEL, ENI, GDF Suez Energia Italia, Petronas Lubricants Italy, Snam) e in quello bancario-assicurativo (Axa, Banca Popolare Etica, Banca del Piemonte, BNP Paribas, Cariparma, Crédit Agricole, Intesa San Paolo, Reale Mutua Assicurazioni, Unicredit, Zurich). Interventi della contrattazione collettiva non mancano poi in alcune aziende altamente tecnologizzate (Gruppo Telespazio/e-Geos, Siemens, Schneider Electric) anche se, in questi casi, prevalgono ancora iniziative unilaterali, tendenzialmente rivolte ai soli profili professionali più qualificati ⁽²⁸³⁾ e disciplinate, al più, attraverso regolamenti interni (Fastweb, Microsoft, Plantronics, Tetra Pack, Tim, Unilever, Vodafone, Whirlpool) ⁽²⁸⁴⁾.

L'Osservatorio ADAPT sullo Smart Working ⁽²⁸⁵⁾ segnala in particolare, alla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge 22 maggio 2017, n. 81 ⁽²⁸⁶⁾, la presenza di sei accordi nazionali di categoria sugli oltre ottocento censiti dal CNEL ⁽²⁸⁷⁾ e di almeno ventiquattro accordi aziendali

⁽²⁸¹⁾ Per una prima definizione del «diritto delle relazioni industriali» si veda l'editoriale di avvio della omonima rivista *Diritto delle Relazioni Industriali* (Giuffrè Editore) a firma di Luciano Spagnolo Vigorita (n. 1/1991). Per un più recente tentativo definitorio rinvio a M. Tiraboschi, *Teoria e pratica dei contratti di lavoro*, ADAPT University Press, 2017, p. 27.

⁽²⁸²⁾ D'obbligo il rinvio a G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960, *passim* e qui, rispettivamente, p. 5 e pp. 13-14 dove si parla della autonomia collettiva in termini di «una delle chiavi di volta del sistema dei rapporti di lavoro» ovviamente previo «inquadramento nell'ambito del diritto positivo statale degli istituti del nuovo diritto emerso dall'autonomia di gruppo».

⁽²⁸³⁾ Mancano in Italia studi di monitoraggio sul lavoro da remoto. Le poche informazioni disponibili sulle prassi aziendali sembrano tuttavia confermare quanto documentato da studi di altri Paesi e cioè che il lavoro a distanza per il tramite di strumenti telematici sia ammesso soprattutto per la forza lavoro maggiormente qualificata. Cfr. da ultimo, per gli Stati Uniti, l'*American Time Use Survey (2016 Results)* realizzata nel 2017 dal Bureau of Labour Statistic del Dipartimento del lavoro che è netta sul punto.

⁽²⁸⁴⁾ Regolamenti interni che poi possono anche confluire in intese collettive. È questo, per esempio, il caso di Tim che, dopo una sperimentazione unilaterale su circa 9.000 dipendenti, ha disciplinato il lavoro agile mediante una intesa separata, valida anche per le aziende del gruppo ma senza l'adesione della Cgil, sottoscritta in data 20 luglio 2017 tra Tim e le segreterie nazionali Fisl-Cisl, Uilcom-Uil, Ugl TLC unitamente ai propri coordinamenti nazionali RSU. Come si legge in un comunicato del 25 luglio 2017, il rifiuto della Slc-Cgil è stato giustificato in ragione di «un generale arretramento delle condizioni dei lavoratori nelle modalità di esecuzione della prestazione in *smart working* (giorni, ticket pasto, ecc.), cui si aggiungono le rilevanti implicazioni in termini di controllo a distanza alla luce delle note modifiche introdotte alla materia dal *Jobs Act*».

⁽²⁸⁵⁾ A livello di documentazione si rinvia alla sezione «smart working» della banca dati del sito www.farecontrattazione.it, che raccoglie oltre 1.500 contratti di secondo livello (in prevalenza aziendali) e circa 100 contratti nazionali di categoria e i cui principali contenuti sono resi pubblici tramite il rapporto annuale ADAPT sulla contrattazione collettiva. Cfr., da ultimo, *La contrattazione collettiva in Italia nel 2016*, ADAPT University Press, 2017.

⁽²⁸⁶⁾ Gazzetta Ufficiale n. 135 del 13 giugno 2017.

⁽²⁸⁷⁾ Cfr. l'accordo di rinnovo del 5 febbraio 2016 del CCNL dell'industria alimentare, valido per il quadriennio 2016-2019, sottoscritto dalle (numerose) rappresentanze datoriali del settore, coordinate da Federalimentare, e da Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil con la previsione di un nuovo articolo espressamente dedicato al lavoro agile, nonché l'ipotesi di accordo per il rinnovo del CCNL area alimentazione-panificazione sottoscritto il 23 febbraio 2017 tra CNA, Confartigianato, Casa Artigiani, CLAAI e Flai-Cgil, Fai-Cisl, Uila-Uil e anche il verbale di accordo per il rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dipendenti dalla piccola e media industria alimentare sottoscritto il 16 settembre 2016 tra Unionalimentari, Confapi e dalla Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil. Si vedano altresì, sebbene in forma meno articolata, l'articolo 5-bis in materia di lavoro agile/*smart working* della ipotesi di accordo per il rinnovo del CCNL energia e petrolio sottoscritto il 25 gennaio 2017 tra Confindustria energia e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec-Uil, l'accordo per il rinnovo del CCNL per le attività minerarie sottoscritto il 15 febbraio 2017 tra Assomineraria e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec-Uil, nonché l'ipotesi di accordo per il rinnovo del CCNL per la piccola e media industria manifatturiera metalmeccanica sottoscritto il 22 luglio

(²⁸⁸) che disciplinano in modo più o meno organico e sistematico, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 1322, comma 1, del Codice Civile in materia di autonomia negoziale privata (²⁸⁹), questo modello di organizzazione del lavoro. Analoga indagine compiuta a gennaio 2016, in vista dell'avvio del dibattito parlamentare sulla regolazione della fattispecie, ne aveva individuati soltanto otto e tutti a livello aziendale (²⁹⁰). Quanto basta per giustificare uno studio espressamente dedicato all'inquadramento giuridico del nascente fenomeno del lavoro agile dalla prospettiva di quel peculiare formante dell'ordinamento posto dal diritto del lavoro che è offerto dai "prodotti" del sistema di relazioni industriali (²⁹¹).

L'analisi della contrattazione collettiva si rivela tuttavia di particolare importanza, almeno in questa fase di prima regolazione del lavoro agile da parte del legislatore, anche per altri e certo non secondari motivi. Non tanto e non solo in termini di contributo alla diffusione delle buone prassi già esistenti, nella prospettiva di una incentivazione e promozione del suo utilizzo secondo quanto del resto già previsto – almeno a livello normativo – a partire dalla legge di stabilità per il 2016 attraverso le misure di detassazione del salario di produttività (²⁹²). Importa piuttosto pervenire, anche grazie alla analisi dei contratti collettivi sin qui sottoscritti, alla esatta messa a fuoco del perimetro normativo di operatività del «lavoro agile» di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81, e dei connessi aspetti definitori e di struttura, *in primis* rispetto alla fattispecie del «telelavoro».

2016 tra Confimi e Fim-Cisl, Uilm-Uil che contiene robuste linee-guida per l'applicazione del lavoro agile. Parlano di lavoro agile o *smart working*, ma in termini meramente programmatici o comunque rinviando per la sua compiuta regolamentazione alla approvazione dei disegni di legge in discussione in Parlamento, anche il nuovo articolo 5, Sezione IV, Titolo III, dell'accordo di rinnovo del 26 novembre 2016 tra Federmeccanica, Assisat e Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil, l'articolo 19-ter del verbale di accordo del 12 maggio 2016 per il rinnovo del CCNL tra Federculture e FP-Cgil, Cisl-FP, Uil-FPL, Uil-PA e l'accordo di rinnovo del CCNL per gli addetti all'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori abrasivi, lubrificanti e GPL sottoscritto il 15 ottobre 2015 tra Federchimica, Farindustria e Filcem-Cgil, Femca-Cisl, Uilcem-Uil.

(²⁸⁸) Sono in realtà cinquanta i contratti aziendali, stipulati prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge 22 maggio 2017, n. 81 e contenuti nella banca dati ADAPT, che parlano di lavoro agile o *smart working*. Tra questi, tuttavia, solo la metà si pone oltre le dichiarazioni di intenti o di natura programmatica, occupandosi effettivamente di disciplinare in modo compiuto la fattispecie. Vedi elencati in ordine di sottoscrizione nel § 6 del presente contributo.

(²⁸⁹) Va infatti subito evidenziato che, con riferimento al lavoro agile, non stiamo parlando di una nuova tipologia contrattuale, inquadrabile ai sensi dell'articolo 1322, comma 2, del Codice Civile in assenza di una normativa statutale di riferimento, quanto di una specifica modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato come tale liberamente determinabile dalle parti contrattuali nei limiti imposti da norme inderogabili di legge e/o di contratto collettivo. Vedi ora inequivocabilmente l'articolo 18, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81.

(²⁹⁰) Cfr. E. Dagnino, P. Tomassetti, C. Tourres, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva oggi*, ADAPT Working Paper, n. 2/2016.

(²⁹¹) Per il concetto di formante nell'ambito della riflessione giuridica è d'obbligo il rinvio, nella letteratura italiana, a R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, 1990, p. 58 e ss. Nell'ambito della riflessione più propriamente giuslavoristica, per la valorizzazione del diritto vivente rappresentato dal materiale contrattuale offerto dai sistemi di relazioni industriali, d'obbligo il rinvio a Gino Giugni e in particolare, tra i tanti contributi in materia, al suo studio su *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderurgica e mineraria*, Giuffrè, 1964. L'espressione «ordinamento posto dal diritto del lavoro» è utilizzata nel testo nella classica accezione proposta da L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, 1978, qui pp. 35-36, e cioè con riferimento al lavoro nella impresa quale campo «istituzionale» di applicazione del diritto del lavoro «nel quale è possibile individuare e disciplinare tutti i vari elementi del rapporto nella loro specifica ed integrale forma di attuazione».

(²⁹²) Cfr., sul punto, l'articolo 1, commi 182-191, della legge n. 208/2015 (c.d. legge di stabilità per il 2016) che ha disposto una imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali e comunali pari al 10 per cento, entro il limite di importo complessivo di 2.000 euro lordi, per i premi di risultato di ammontare variabile la cui corresponsione sia legata ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione. Come precisato dall'articolo 2, comma 2, del decreto 25 marzo 2016 del Ministero del lavoro di concerto con il Ministero dell'economia tra le misure soggette a detassazione rientra espressamente anche il lavoro agile «quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato». In tema cfr. M. Menegotto, *Produttività, sistemi di incentivazione e lavoro agile*, in *Quaderni di Giurisprudenza del Lavoro di Confindustria Bergamo*, n. 2/2016, pp. 69-76. Vedi ora l'articolo 18, comma 4, della legge 22 maggio 2017, n. 81.

Tutto ciò tenendo peraltro presente sin da ora (ma vedi *amplius infra*, § 2.1) che la contrattazione collettiva utilizza talvolta diverse espressioni parlando, più genericamente, di forme flessibili di organizzazione dei tempi di lavoro per il tramite delle moderne strumentazioni tecnologiche e anche, sulla scorta della terminologia adottata dal primo disegno di legge di regolazione della materia ⁽²⁹³⁾, di *smart working*.

In relazione poi alle già ricordate osservazioni del Servizio Studi della Camera dei deputati, rispetto alle reali finalità e ai vincoli di un intervento legislativo in materia (*infra*, § 3), rileva nondimeno indagare come si sia sin qui mossa l'autonomia privata collettiva rispetto a quelle norme imperative di legge che, sino ad oggi, hanno presidiato il lavoro da remoto contribuendo non poco, almeno secondo una linea di pensiero radicata tra esperti ed operatori (*infra*, § 4), a ostacolare la diffusione anche nel nostro Paese di forme di telelavoro. Ciò a maggior ragione se si considera che le materie sensibili toccate dalla legge 22 maggio 2017, n. 81 – come gli orari di lavoro e la tutela della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro – trovano una specifica regolamentazione in alcune direttive comunitarie che, per quanto obsolete a causa dell'impatto della più recente evoluzione tecnologica sui modi di fare impresa e organizzare il lavoro ⁽²⁹⁴⁾, risultano come tali fuori dalla disponibilità non solo della contrattazione collettiva ma, prima ancora, dello stesso legislatore nazionale. E questo pur nella consapevolezza – maturata da tempo nel dibattito giuslavoristico che si è sviluppato attorno al difficile rapporto tra diritto del lavoro e innovazione tecnologica ⁽²⁹⁵⁾ – dell'inesorabile impatto di una nuova "grande trasformazione" ⁽²⁹⁶⁾ sul quadro regolatorio del lavoro, al punto da frantumare definitivamente – nel lavoro da remoto prima ancora che in altri modelli di organizzazione del lavoro ⁽²⁹⁷⁾ – le c.d. "regole aristoteliche" del diritto del lavoro e cioè «l'unità di luogo-lavoro (il lavoro nei locali dell'impresa), di tempo-lavoro (il lavoro nell'arco di una sequenza temporale unica), di azione-lavoro (un'attività mono professionale)» ⁽²⁹⁸⁾.

Una precisa avvertenza, in questa prospettiva, si trova in un attento documento elaborato dall'ufficio studi e dalla segreteria nazionale della Fiom-Cgil ⁽²⁹⁹⁾ che, nell'interrogarsi sulla reale necessità di un intervento legislativo in materia di lavoro agile, pone una serie di questioni giuridiche di

⁽²⁹³⁾ Si veda il già ricordato disegno di legge di iniziativa dei deputati Mosca, Ascani e altri contenente *Disposizioni per la promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro*, presentato alla Camera dei deputati il 29 gennaio 2014.

⁽²⁹⁴⁾ Rispetto al punto di maggiore criticità, quello della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, la normativa comunitaria risulta in effetti modellata sulla realtà della grande e media impresa industriale e con assetti organizzativi del lavoro di tipo tradizionale. Cfr., per tutti, F. Focareta, *La sicurezza sul lavoro dopo il decreto legislativo n. 626 del 1994*, in *DRI*, n. 1/1995, qui p. 10. Sulla necessità di ripensare radicalmente i concetti di salute e sicurezza e le relative regole giuridiche di tutela del lavoratore vedi M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 3/2016, qui p. 659.

⁽²⁹⁵⁾ Si veda, per tutti, U. Romagnoli, «Noi e loro»: *diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in *RTDPC*, 196, pp. 377-388.

⁽²⁹⁶⁾ Il riferimento nel testo è al noto studio di K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Einaudi, 1974 sui cui vedi ora F. Seghezzi, *La nuova grande trasformazione del lavoro: alla ricerca di una identità del lavoro che cambia*, in E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), *La nuova grande trasformazione*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 62/2016, pp. 14-17.

⁽²⁹⁷⁾ Cfr. B. Veneziani, *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, in *DLRI*, 1987, qui p. 54. Nella stessa prospettiva cfr. anche S. Craipeau, *Télétravail: le travail fluide*, in *Quaderni*, n. 71, Hiver 2009-2010, qui p. 117.

⁽²⁹⁸⁾ Così già B. Veneziani, *Le nuove forme di lavoro*, in R. Blanpain, M. Biagi (a cura di), *Diritto del lavoro e relazioni industriali nei Paesi industrializzati ad economia di mercato. Profili comparati. I. Diritto del lavoro*, Maggioli, 1991, pp. 107-139. Vedi anche M.G. Garofalo, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *DLRI*, 2008, p. 22.

⁽²⁹⁹⁾ Cfr. E. Como, R. Turi, *Smart working: ne avevamo proprio bisogno? Come cambia il telelavoro*, Ufficio studi Fiom nazionale e Segreteria nazionale Fiom, febbraio 2016.

non poco peso che paiono sin qui essere sfuggite al legislatore italiano e, almeno in parte, anche ai primi commentatori della legge. È invero difficile sostenere in sede di riflessione scientifica che, con la legge 22 maggio 2017, n. 81, il legislatore si sia scientemente posto l'obiettivo di «liberare le aziende dai “lacci e laccioli” del vecchio telelavoro, svuotandolo di diritti e tutele» ⁽³⁰⁰⁾. Vero è, tuttavia, che l'analisi giuridica non può non affrontare in profondità – con adeguata argomentazione tecnica e una accurata analisi di sistema – il nodo sollevato dal documento della Fiom-Cgil quantomeno con riferimento alle normative in tema di salute e sicurezza, orari di lavoro e controllo della prestazione resa a distanza. Normative che, anche a prescindere dal nodo della sovrapposizione tra forme di lavoro agile e telelavoro (*infra*, § 2.2), vengono ora messe alla prova da una oggettiva dilatazione delle nozioni di «ambiente di lavoro» e «tempo di lavoro». Le prospettive di un impiego sempre più massiccio e pervasivo di tecnologie di nuova generazione impongono, in effetti, l'avvio di una riflessione più meditata e di merito sulla fattispecie del lavoro agile ⁽³⁰¹⁾ rispetto a quanto avvenuto nel dibattito pubblico ⁽³⁰²⁾ e ben oltre la visione, decisamente ottimistica, che ci consegna la legge 22 maggio 2017, n. 81 ⁽³⁰³⁾, e cioè di un intervento *win-win* per lavoratori e imprese capace di ingenerare di per sé – al pari delle altre iniziative di welfare aziendale ⁽³⁰⁴⁾ – un incremento della produttività del lavoro e una migliore conciliazione tra tempi di vita e di lavoro.

Obiettivo del presente studio è dunque quello di contribuire, mediante lo studio della contrattazione collettiva che ha sin qui disciplinato la materia ⁽³⁰⁵⁾, a una più precisa analisi dei profili giuridici e di struttura del lavoro agile, a partire dagli aspetti definitivi e dalla differenziazione (più dichiarata che reale) rispetto alla fattispecie del telelavoro. Ciò consentirà anche di valutare più compiutamente – in attesa dei primi contributi di carattere sistematico ⁽³⁰⁶⁾ e degli inevitabili

⁽³⁰⁰⁾ Ancora E. Como, R. Turi, *Smart working: ne avevamo proprio bisogno?*, cit.

⁽³⁰¹⁾ In dottrina cfr., per una condivisibile impostazione del problema con specifico riferimento agli aspetti di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, pp. 1-29. In termini più generali si veda anche F. Malzani, *La qualità del lavoro nelle politiche per l'impiego e nella contrattazione decentrata*, in WP CSDL “Massimo D’Antona”.IT – 313/2016, spec. pp. 16-21 (e p. 19 per la citazione) che evidenzia talune criticità della nuova normativa in materia di lavoro agile anche rispetto alla «rimodulazione dei tempi e dei luoghi della prestazione, nell'interesse dell'azienda e del lavoratore», in chiave di politiche di reale conciliazione vita e lavoro.

⁽³⁰²⁾ Grazie a iniziative di largo successo come *La settimana del lavoro agile* promossa dal comune di Milano, la cui prima edizione si è tenuta il 6 febbraio 2014, e l'esercizio di co-progettazione legislativa in modalità aperta e condivisa promosso dal blog *La 27 ora* del *Corriere della Sera* (<http://27esimaora.corriere.it>), nel mese di dicembre 2013, con riferimento alla bozza originaria del già richiamato disegno di legge Mosca (*supra*, nota 2).

⁽³⁰³⁾ Si veda, in particolare, l'articolo 18, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81.

⁽³⁰⁴⁾ Per l'invito a sviluppare, sul tema del welfare aziendale, «un approccio realistico e disincantato» cfr. A. Perulli, *La contrattazione collettiva aziendale e il welfare aziendale: caratteristiche e limiti di un modello troppo enfaticizzato*, in G. Zilio Grandi (a cura di), *Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del Jobs Act*, Nota di Ricerca n. 1/2017 - Università Ca' Foscari, Venezia, qui p. 24. Nella ampia e multiforme letteratura in materia si veda anche, per tutti, A. Tursi, *Il «welfare aziendale»: profili istituzionali*, in *RPS*, 2012, pp. 213-238 cui *adde* B. Caruso, *“The bright side of the moon”: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *RIDL*, 2016, qui spec. pp. 185-187.

⁽³⁰⁵⁾ Vero è che, come già accennato nel testo, le aziende che hanno sperimentato forme di lavoro agile sono decisamente più numerose rispetto a quelle che lo hanno introdotto per via contrattuale posto che, in non pochi casi, risultano prassi aziendali non formalizzate o comunque disciplinate unicamente per via unilaterale non di rado mediante la definizione di precise policy aziendali come peraltro raccomandato da Assolombarda, *Indicazioni per la gestione degli aspetti di salute e sicurezza legati al “Lavoro Agile/Smart-Working”*, dispensa n. 1/2015.

⁽³⁰⁶⁾ Non risultano, allo stato, interventi dottrinali di taglio teorico-ricostruttivo che prendano le mosse dalla fattispecie del lavoro agile. Nella letteratura sociologica cfr. G. Chiaro, G. Prati, M. Zocca, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *Sociologia del lavoro*, n. 138/2015, pp. 69-87. Per un primo tentativo di inquadramento giuridico della materia cfr. invece, se vuoi, i contributi

assestamenti giurisprudenziali – i reali spazi di operatività della disciplina contenuta nella legge 22 maggio 2007, n. 81 ⁽³⁰⁷⁾, nonché di evidenziare alcune palesi lacune o incongruenze del nuovo quadro normativo che, già in fase di elaborazione delle prime proposte legislative, non poco hanno sviato gli interventi anticipatori della autonomia collettiva al punto di spingerla su terreni decisamente scivolosi e a forte rischio di contenzioso.

2. Il c.d. «lavoro agile»: inquadramento giuridico della fattispecie.

Impostato in questi termini il problema, punto di partenza della nostra analisi sulla contrattazione collettiva non può che essere il profilo definitorio della fattispecie con riferimento a tutte quelle prestazioni di lavoro subordinato che siano svolte, almeno in parte, al di fuori dei locali aziendali e, di regola, mediante il ricorso a strumenti telematici e informatici.

La scelta di delimitare il campo di indagine alle sole prestazioni di lavoro dipendente è imposta dalla previsione di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81, dove si parla espressamente – ed esclusivamente ⁽³⁰⁸⁾ – di lavoro agile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti». Vero è, tuttavia, che questa precisa opzione legislativa si spiega (anche) in funzione del vuoto normativo determinato dall'articolo 52 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, con l'abrogazione della disciplina in materia di collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto di cui agli articoli da 61 a 69-bis del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 ⁽³⁰⁹⁾. Sarebbe in effetti risultato difficile per il legislatore del *Jobs Act*, in assenza di successivi aggiustamenti e correttivi, ribadire la centralità della fattispecie del lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 – tanto più se nella forma del tempo indeterminato ⁽³¹⁰⁾ – in una dimensione del lavoro sempre meno scandita da orari e luoghi di lavoro ⁽³¹¹⁾ e, per contro, sempre più caratterizzata da una dimensione collaborativa ⁽³¹²⁾ dove mestieri, competenze e professionalità vengono in rilievo in funzione di obiettivi e progetti. Ed è proprio per questo motivo che la nuova disciplina del lavoro agile, come giustamente evidenziato

raccolti in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 50/2016.

⁽³⁰⁷⁾ Per gli aspetti operativi e le principali criticità giuridiche allo stato identificabili nella disciplina legale di nuovo conio cfr. E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, ADAPT University Press, 2017.

⁽³⁰⁸⁾ Diversamente il già ricordato disegno di legge di iniziativa dei senatori Sacconi e D'Ascola del 3 febbraio 2016 parlava di lavoro agile in relazione indifferentemente a «forme di lavoro autonomo o subordinato rese (...) in funzione di progetti e obiettivi o a risultato».

⁽³⁰⁹⁾ Non è un caso che l'articolo 18, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81 parli di lavoro agile in termini di «forme di organizzazione del lavoro per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro» evocando, anche testualmente, la previsione, ora abrogata, di cui all' articolo 61 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

⁽³¹⁰⁾ Cfr. l'articolo 1 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, che indica nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato «la forma comune di rapporto di lavoro».

⁽³¹¹⁾ Cfr., per tutti, il già ricordato rapporto ILO-Eurofound, *Working anytime, anywhere. The effect on the world of work*, cit. Cfr. altresì C. Degryse, *Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets*, European Trade Union Institute, Working Paper 2016.02, e J. Popma, *The Janus face of the 'New Ways of Work'. Rise, risks and regulation of nomadic work*, European Trade Union Institute, Working Paper 2013.07.

⁽³¹²⁾ Si veda, per l'impostazione del problema, F. Seghezzi, *La nuova grande trasformazione – Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, ADAPT University Press, 2017, spec. pp. 186-189 dove si mostra come il paradigma di Industria 4.0 sembri muoversi più verso processi a integrazione orizzontale sia verso l'esterno sia relativamente alla relazione tra lavoratori e *management* nella direzione di una *collaborative community*.

in dottrina ⁽³¹³⁾, rappresenta ora un ulteriore tassello per chi sia impegnato a ricondurre a sistema i sempre più eterogenei frammenti normativi di regolazione del lavoro nel contesto di un modo di fare impresa in via di profonda trasformazione (in tema vedi *amplius infra*, § 5).

Affronteremo nelle note conclusive di questo studio (*infra*, § 5) la valutazione della funzionalità di una categoria tipica del Novecento industriale, come quella del lavoro subordinato, per inquadrare giuridicamente le diverse forme di lavoro agile nell'era della c.d. digitalizzazione. Possiamo comunque già anticipare che la centralità ordinamentale del lavoro dipendente è sì enfaticamente ribadita nell'intero impianto del *Jobs Act* ⁽³¹⁴⁾, ma al prezzo di piegarne ora, proprio grazie alla legge 22 maggio 2017, n. 81, le modalità esecutive distintive in funzione di logiche di risultato e autodeterminazione, proprie della opposta categoria del lavoro autonomo ⁽³¹⁵⁾, con l'obiettivo di assicurare maggiore flessibilità alle dinamiche giuridiche che presidiano la prestazione di lavoro subordinato e forse anche la condivisione di almeno parte del rischio tipico di impresa ⁽³¹⁶⁾ che la normativa del diritto del lavoro ha tradizionalmente posto in capo al solo datore di lavoro.

2.1. *Segue: profili terminologici e questioni definitorie.*

Rispetto ai limiti della nostra indagine rilevano per contro, in primo luogo, taluni imprescindibili chiarimenti terminologici e concettuali che hanno finito per interessare, rispetto alle proposte di legge presentate in Parlamento, anche l'Accademia della Crusca ⁽³¹⁷⁾, inducendola ad accogliere con favore – ma anche con non poca approssimazione tecnica e una certa dose di sciovinismo – l'utilizzo della espressione «lavoro agile» rispetto al forestierismo dello «smart working». Non si possono infatti non rilevare le molte imprecisioni contenute nel documento del Gruppo Incipit della Accademia della Crusca con riferimento al disegno di legge n. 2233/2016 di iniziativa del Ministro del lavoro Poletti, da cui è poi scaturita la legge 22 maggio 2017, n. 81. Per prima cosa nel documento si parla del lavoro agile nei termini di «una nuova forma di tele-lavoro» e ciò in contrasto alle intenzioni dichiarate del progetto di legge governativo che si propone di differenziare nettamente, anche a livello di disciplina applicabile, le due fattispecie. Si afferma poi «che l'italiano “lavoro agile” sia un perfetto equivalente» della espressione *smart working*, là dove è

⁽³¹³⁾ Cfr. G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, 2017.

⁽³¹⁴⁾ Non solo in funzione del combinato disposto degli articoli 1 e 2 del decreto legislativo n. 81/2015 (cfr., per tutti, O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 266/2015, spec. p. 2) ma anche nell'impianto del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150 in materia di politiche attive, ancora impernate sulla vecchia concezione del passaggio da «posto» a «posto». Difende questa impostazione “tradizionale” M. Del Conte, *Premesse e prospettive del Jobs Act*, in *DRI*, 2015, pp. 939-960. Per una diversa impostazione interpretativa, legata ai cambiamenti che attraversano il mondo del lavoro e alla teorica dei c.d. mercati transizionali del lavoro, cfr. L. Casano, *Limiti e prospettive del decreto legislativo n. 150/2015 nel contesto della nuova geografia del lavoro*, in *DRI*, 2017.

⁽³¹⁵⁾ Il punto è affrontato, seppure in termini di prima approssimazione, da A. Donini, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, spec. pp. 82-84.

⁽³¹⁶⁾ Si pensi, tra gli altri, ai profili di tutela della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro che l'articolo 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, intenderebbe gestire mediante un rafforzato onere di cooperazione in capo al prestatore di lavoro e per il tramite di una semplice informativa scritta sui rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, quasi come se il decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (c.d. Testo Unico di sicurezza e salute sul lavoro) non dovesse trovare applicazione. Vedi *infra*, § 3.

⁽³¹⁷⁾ Accademia della Crusca – Gruppo Incipit, *Accogliamo con piacere il “lavoro agile”*, Firenze, 1° febbraio 2016.

tuttavia noto che la parola inglese *smart* abbia ben altro significato e traduzione ⁽³¹⁸⁾ e, piuttosto che richiamare in modo semplicistico il vecchio tema della conciliazione vita e lavoro, si ricollegli al nascente dibattito sulla “fabbrica intelligente” e alle dinamiche di Industria 4.0 ⁽³¹⁹⁾ e del lavoro tramite piattaforme e sistemi interconnessi ⁽³²⁰⁾.

Più ancora rileva poi, attraverso l’analisi definitoria, l’individuazione degli esatti confini della fattispecie rispetto ad analoghi modelli organizzativi del lavoro da remoto e, con essi, l’ambito di reale operatività della legge 22 maggio 2017, n. 81 così come definito al comma 1 dell’articolo 18. Per quanto sottovalutate, o forse anche date per ininfluenti dal legislatore, tutte da valutare sono, in effetti, le interferenze e anche talune evidenti sovrapposizioni non solo con la disciplina legale ⁽³²¹⁾ e contrattuale vigente in materia di telelavoro ⁽³²²⁾ ma anche, come si è accennato in precedenza (§ 1), con le discipline di derivazione comunitaria ⁽³²³⁾ in materia di orario di lavoro e di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, nonché a ben vedere anche in tema di privacy e controlli a distanza dei lavoratori.

In questa direzione di analisi si segnala, su tutti, il CCNL dell’industria alimentare ⁽³²⁴⁾. Dopo aver individuato nel telelavoro «una modalità di prestazione lavorativa effettuata presso il proprio domicilio o in luogo diverso e distante rispetto alla sede aziendale, *ma comunque fisso*, con il prevalente supporto di strumenti telematici» (corsivo nostro), l’accordo del settore alimentare disciplina il lavoro agile nei termini di «una prestazione di lavoro subordinato che si svolge al di fuori dei locali aziendali attraverso il supporto di strumenti telematici, *senza l’obbligo di utilizzare una*

⁽³¹⁸⁾ Cfr. P. Manzella, F. Nespoli, *Le parole del lavoro: agile o smart?*, in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, cit., pp. 23-25.

⁽³¹⁹⁾ È questa la prospettiva in cui si collocava, per esempio, il già richiamato disegno di legge di iniziativa dei senatori Sacconi, D’Ascola e altri contenente disposizioni per l’*Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale*. In tema cfr. F. Seghezzi, M. Tiraboschi, *Il piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *LLI*, 2016, pp. 3-40.

⁽³²⁰⁾ Cfr. World Economic Forum, *The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, cit. e anche CEPS-European Economic and Social Committee, *Impact of Digitalisation and the On-Demand Economy on Labour Markets and the Consequences for Employment and Industrial Relations*, Bruxelles, 2017. Si veda anche il corposo documento finale elaborato dalla Commissione X della Camera dei Deputati, *Indagine conoscitiva su «Industria 4.0»: quale modello applicare al tessuto industriale italiano. Strumenti per favorire la digitalizzazione delle filiere industriali nazionali*, Roma, 30 giugno 2016. In dottrina cfr. i contributi raccolti in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro – Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017.

⁽³²¹⁾ Ci si riferisce al decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70, di regolazione del telelavoro nell’ambito delle pubbliche amministrazioni. In dottrina cfr., per tutti, G. Natullo, *Il telelavoro*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, pp. 611-621.

⁽³²²⁾ Cfr. l’accordo interconfederale del 9 giugno 2004 stipulato tra le organizzazioni nazionali di rappresentanza delle imprese (Confindustria, Confartigianato, Confesercenti, Cna, Confapi, Confservizi, Abi, Agci, Ania, Apla, Casartigiani, Cia, Clai, Coldiretti, Confagricoltura, Confcooperative, Confcommercio, Confinterim, Legacoop, Unci) e le associazioni sindacali più rappresentative (Cgil, Cisl, Uil) per il recepimento in Italia dell’accordo-quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002. In dottrina cfr., per tutti, V. Maio, *Il telelavoro*, in M. Persiani (diretto da), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, 2010, pp. 777-805 e già M. Biagi, T. Treu, *Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano*, in *DRI*, 2002, p. 9 dove si evidenzia che, in «mancanza di una normativa proveniente dall’ordinamento statuale la base regolativa di questa particolare forma di lavoro “a distanza” è rappresentata ad oggi dalla autonomia collettiva».

⁽³²³⁾ Un discorso a parte merita la valutazione della disciplina elaborata in seno alla Organizzazione internazionale del lavoro su cui vedi, nell’ambito del progetto di ricerca coordinato dalla professoressa Lourdes Mella Méndez richiamato in testa al presente studio, il contributo di T. Ushakova, *Los modelos de la acción normativa de la OIT para regular el trabajo a distancia*.

⁽³²⁴⁾ Cfr. l’accordo di rinnovo del 5 febbraio 2016 del CCNL dell’industria alimentare sottoscritto dalle rappresentanze datoriali del settore, coordinate da Federalimentare, e da Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil. Sostanzialmente nei medesimi termini si sono mossi anche gli altri contratti collettivi nazionali di lavoro che hanno sin qui regolato la fattispecie. Vedili richiamati *supra* alla nota 12.

postazione fissa durante il periodo di lavoro fuori dall'azienda pur nel rispetto tassativo della idoneità del luogo quanto agli aspetti relativi alla sicurezza e alla riservatezza dei dati trattati» (corsivo nostro). Nella stessa prospettiva, si collocano numerosi contratti aziendali che manifestano la preoccupazione di differenziare nettamente, in termini definitivi e conseguentemente di disciplina applicabile, il lavoro agile dalla fattispecie del telelavoro ⁽³²⁵⁾. Così l'accordo Cariparma dell'8 marzo 2016 ove le parti firmatarie «si danno atto che lo *“smart working – lavoro agile”* come sopra definito e come disciplinato nel presente accordo non configura una fattispecie di telelavoro ai sensi dell'articolo 36 del vigente CCNL». Esattamente negli stessi termini l'accordo per il Gruppo Intesa Sanpaolo del 10 dicembre 2014 con la precisazione che detta modalità di lavoro, definita di «lavoro flessibile», «non può mai essere prevalente rispetto all'attività lavorativa complessivamente svolta». Più articolato l'accordo Nestlé Italia del 12 ottobre 2012 secondo cui «il lavoro agile si differenzia dal telelavoro in quanto: 1) non deve essere necessariamente svolto da una postazione fissa e predeterminata; 2) non viene svolto stabilmente a distanza, ma in modo non continuativo, sporadico, occasionale ovvero limitato ad un breve periodo di tempo». Del tutto peculiare, poi, è l'accordo AXA del 12 aprile 2016 che riserva l'impiego della espressione lavoro agile allo «svolgimento della prestazione in azienda senza vincoli di orario» e senza obblighi di timbratura in entrata e in uscita, con piena «autonomia nel determinare l'orario di lavoro, purché in accordo col rispettivo responsabile» ferma restando la durata giornaliera e/o settimanale della prestazione lavorativa in termini di legge o contratto collettivo, là dove lo *smart working* viene definito come «forma di organizzazione del lavoro che – avvalendosi di strumenti informatici e telematici – prevede lo svolgimento dell'attività lavorativa in orari non rigidamente definiti, anche al di fuori della propria sede aziendale di lavoro». Ancor più innovativo, in questa prospettiva, è infine l'accordo Siemens del 7 giugno 2017 che, nel delineare le modalità operative dello *smart working*, supera in radice la contrapposizione tra prestazione resa dentro o fuori i locali aziendali per focalizzare l'attenzione semplicemente sulla «connessione informatica alla rete aziendale» e sulla «connessione alle strumentazioni tecnologiche di lavoro (...) contestuale alle fasce orarie di prestazione lavorativa nell'arco della giornata», là dove i dipendenti «saranno tenuti alla presenza presso le sedi aziendali nelle fasce di compresenza definite in accordo con i rispettivi responsabili sulla base delle esigenze aziendali».

2.2. *Segue: l'ambigua linea di confine e differenziazione tra lavoro agile e telelavoro tracciata dalla legge 22 maggio 2017, n. 81.*

La contrattazione collettiva sopra richiamata ha indubbiamente seguito la strada inizialmente tracciata dal disegno di legge Poletti dell'8 febbraio 2016 ⁽³²⁶⁾ e successivamente confermata, pur con qualche lieve modifica, dall'articolo 18, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81, in particolare là dove si precisa che nel lavoro agile «la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e *in parte all'esterno senza una postazione fissa*, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (corsivo nostro).

⁽³²⁵⁾ Per una analisi di dettaglio della contrattazione aziendale si rinvia a E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, cit., pp. 112-113.

⁽³²⁶⁾ Si veda, in particolare, l'articolo 13, comma 2, del disegno di legge n. 2233/2016.

Di un certo peso interpretativo è indubbiamente il nodo della misurazione e predeterminazione del tempo della prestazione di lavoro agile (*infra*, §§ 3 e 4). In sede definitoria e di inquadramento della fattispecie occorre tuttavia subito soffermarsi, pur con le cautele del caso ⁽³²⁷⁾, sulla natura mobile e non fissa della postazione di lavoro utilizzata all'esterno dei locali aziendali dal lavoratore agile. E questo perché quantomeno implicitamente – e comunque nelle intenzioni del legislatore, come emerge dal dibattito parlamentare che ha condotto alla legge 22 maggio 2017, n. 81 – l'assenza di una postazione fissa pare assurgere ora a elemento distintivo rispetto alla fattispecie del telelavoro ⁽³²⁸⁾ e alla relativa disciplina di legge e contratto collettivo. Eppure, nonostante si tratti oramai di un luogo comune costantemente ripetuto nella stampa specializzata ⁽³²⁹⁾ e rifluito anche in alcuni autorevoli documenti istituzionali ⁽³³⁰⁾, non esiste alcun dato normativo, interno o esterno all'ordinamento giuridico italiano, che induca a individuare nella presenza o meno di una postazione fissa il tratto distintivo tra le due fattispecie.

Inequivocabile, in questo senso, è la definizione contenuta nell'articolo 2 dell'accordo-quadro europeo stipulato in data 16 luglio 2002 da ETUC, UNICE/UEAPME e CEEP secondo cui: «il telelavoro costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene *regolarmente svolta* al di fuori dei locali della stessa» (corsivo nostro). Si discute, in dottrina, sulla natura ed efficacia giuridica degli accordi europei indotti dalle istituzioni comunitarie ⁽³³¹⁾, ma non recepiti da una

⁽³²⁷⁾ Ancora attuale il monito di L. Nogler, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, 1998, pp. 101-139, sui rischi dei processi definitivi del giurista in relazione a materie, come il lavoro da remoto, largamente condizionate dalla incessante evoluzione tecnologica.

⁽³²⁸⁾ Tra i primi commentatori, accolgono acriticamente questa definizione, che differenzierebbe (pur in mancanza di un inequivocabile riferimento normativo a contrario) il lavoro agile dal telelavoro in ragione della assenza di una postazione fissa di lavoro: A. Donini, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, cit., qui p. 78 e p. 89; L. Taschini, *Smart Working: la nuova disciplina del lavoro agile*, in *MGL*, n. 6/2017, qui p. 383; M. Lai, L. Ricciardi, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *DPL*, n. 11/2016, qui pp. 707-708; G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit. Negli stessi termini cfr. V. Pasquarella, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, in *RIDL*, 2017. Sulla definizione di lavoro agile contenuta nell'articolo 13, comma 2, del disegno di legge del febbraio 2016, che in parte si discosta da quello dell'articolo 18, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81, cfr. invece le notazioni critiche di E. Dagnino, *Lavoro agile: una questione definitoria*, in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro – Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, cit., pp. 26-29.

⁽³²⁹⁾ Con la conseguenza di influire non poco sulle prassi operative delle imprese e sul probabile contenzioso che nascerà da questo grossolano equivoco interpretativo destinato a incidere pesantemente sulla normativa effettivamente applicabile. Insistono sull'elemento della postazione fissa: G. Falasca, *Smart working senza postazione fissa*, in *Il Sole 24 Ore* del 13 aprile 2016; E. De Fusco, C. Fazio, *Lo smart working non aspetta la legge*, in *Il Sole 24 Ore* del 24 ottobre 2016; A. Rota Porta, *Lavoro agile, intese dettagliate*, in *Il Sole 24 Ore* del 5 giugno 2017.

⁽³³⁰⁾ Si veda, per esempio, Assolombarda, *Indicazioni per la gestione degli aspetti di salute e sicurezza legati al "Lavoro Agile/Smart-Working"*, cit., che diffusamente relega il telelavoro, in termini distintivi rispetto al lavoro agile, a prestazioni rese da postazione fissa (pp. 11 e 27) se non anche dal solo domicilio del lavoratore (pp. 4 e 11).

⁽³³¹⁾ L'accordo in questione è stato infatti raggiunto in seguito a una formale apertura delle consultazioni da parte della Commissione a norma dell'allora articolo 138 del Trattato CE. L'accordo non è poi confluito in una direttiva, come invece avvenuto per il lavoro a tempo parziale e il lavoro a termine, per espressa decisione delle parti firmatarie come si legge all'articolo 12 della intesa dove si precisa che «in the context of article 139 of the Treaty, this European framework agreement shall be implemented by the members of UNICE/UEAPME, CEEP and ETUC (and the liaison committee EUROCADRES/ CEC) in accordance with the procedures and practices specific to management and labour in the Member States».

direttiva comunitaria, come nel caso dell'accordo del 16 luglio 2002 ⁽³³²⁾. E tuttavia – anche a non voler accedere alla tesi della efficacia giuridica diretta di detti accordi ⁽³³³⁾ o, comunque, a quella di una loro rilevanza giuridica produttiva di effetti obbligatori seppure in termini di *soft law* ⁽³³⁴⁾ – resta il fatto che l'accordo-quadro europeo è stato fedelmente trasposto nel nostro ordinamento, come previsto dall'allora articolo 139, n. 2, del Trattato CE ⁽³³⁵⁾, per il tramite dell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004 ⁽³³⁶⁾ i cui contenuti anche definitivi e di disciplina sono poi stati, a loro volta, replicati e recepiti nei principali contratti collettivi nazionali di categoria entrando così a pieno titolo nel nostro ordinamento giuridico ⁽³³⁷⁾. Non solo. Rileva infatti, quantomeno rispetto a uno dei profili più delicati della fattispecie, la previsione di cui all'articolo 3, comma 10, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 secondo cui, a favore di «tutti i lavoratori subordinati che effettuano una prestazione *continuativa* di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico, *compresi* quelli di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70, e *di cui all'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002*, si applicano le disposizioni di cui al titolo VII, indipendentemente dall'ambito in cui si svolge la prestazione stessa» (corsivo nostro) ⁽³³⁸⁾.

Tratto distintivo della fattispecie giuridica del telelavoro non è pertanto, alla luce delle fonti sopra richiamate, la presenza di una postazione fissa di lavoro quanto la *regolarità* ⁽³³⁹⁾ ovvero la *continuità* della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali per il tramite di un collegamento telematico o informatico ⁽³⁴⁰⁾. E ciò è vero non solo a livello di «fonti» comunitarie ma anche, e inequivocabilmente, di fonti interne, posto che la normativa italiana di salute e sicurezza richiama testualmente, anche in chiave definitoria, l'accordo-quadro europeo del 16 luglio 2002 e non in-

⁽³³²⁾ Con specifico riferimento all'accordo europeo in materia di telelavoro cfr. F. D'Addio, *La controversa natura ed efficacia giuridica della vigente disciplina in materia di telelavoro nel settore privato*, in *DRI*, 2017. In termini generali cfr. G. Casale, *Le fonti*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2015, qui pp. 85-86.

⁽³³³⁾ Cfr. O. Deinert, *Modes of Implementing European Collective Agreements and Their Impact on Collective Autonomy*, in *ILJ*, 2003, p. 234.

⁽³³⁴⁾ In questa prospettiva, con argomentazioni ampie e condivisibili, cfr. B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 87/2011, qui p. 47.

⁽³³⁵⁾ Vedi ora l'articolo 155, n. 2, del Trattato sul funzionamento della Unione Europea (versione consolidata).

⁽³³⁶⁾ Vedi *supra* la nota 47.

⁽³³⁷⁾ Sulla attuazione dell'accordo-quadro del 16 luglio 2002 in Italia cfr. C. Cattabriga, *I rapporti di lavoro speciale*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., qui p. 262.

⁽³³⁸⁾ Cfr. A. Antonucci, *Lavoro a domicilio e telelavoro*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro – Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Giuffrè, 2008, pp. 285-292.

⁽³³⁹⁾ Cfr. ETUC, *Voluntary agreement on telework - ETUC interpretation guide*, 2002, dove si parla di «regolarità dei periodi (es. una volta a settimana, cinque giorni a settimana, una settimana al mese ecc.) a prescindere dall'estensione temporale degli stessi. Se il telelavoro non viene svolto in periodi predeterminati, non si applica la normativa sul telelavoro». Sul punto cfr. M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit., spec. p. 3, nota 7, dove opportunamente si ricorda che la definizione adottata dalle parti sociali si distingue da quella inizialmente proposta dalla Commissione (nel *Report on the implementation of the social partners' Framework Agreement on Telework*, Commission Staff Working Paper, SEC(2008) 2178, Brussels, p. 33.) che richiedeva l'effettuazione a distanza della prestazione per almeno «a considerable proportion of working time».

⁽³⁴⁰⁾ In tema vedi puntualmente M. Miscione, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, in *LG*, 2009, n. 7, spec. p. 664 che riconosce ai concetti di regolarità / continuità della prestazione resa fuori dai locali aziendali per il tramite di una strumentazione informatica o telematica una certa elasticità e l'assenza di «limiti fissi». Cfr. altresì, condivisibilmente, P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, Fano, Aras edizioni, 2014, p. 60, dove si precisa che la *continuità* della prestazione è da intendersi, in questi casi, come sinonimo del requisito di *regolarità*.

vece l'accordo interconfederale del 9 giugno 2004 con cui è stato recepito nel nostro ordinamento. Vero è che il c.d. Testo Unico di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro richiama altresì il decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70 ⁽³⁴¹⁾. E tuttavia anche la definizione ivi contenuta (art. 2) prevede espressamente la possibilità per il dipendente pubblico di eseguire la prestazione di lavoro «in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile, con il prevalente supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce» (corsivo nostro).

Oltre al dubbio ⁽³⁴²⁾ che il legislatore abbia così inteso eludere – se non proprio aggirare – il nodo della applicazione al lavoro agile della normativa di salute e sicurezza di cui al decreto legislativo 8 aprile 2008, n. 81 (*infra*, § 4), rimane in ogni caso l'impressione che il processo legislativo sia rimasto intrappolato da una rappresentazione non solo sbagliata ma anche decisamente vecchia del telelavoro ⁽³⁴³⁾, là dove il "requisito" della postazione fissa di lavoro, più che da parametri normativi di legge o di contratto collettivo, era semmai imposto (ma non in termini preclusivi e neppure rigorosi) dalle tecnologie un tempo disponibili ⁽³⁴⁴⁾.

Del pari, nessun pregio qualificatorio e distintivo, tra il telelavoro e il lavoro agile, può essere riconosciuto alla quantità di ore di lavoro svolte al di fuori dei locali aziendali ⁽³⁴⁵⁾. Il rapporto della Commissione Europea sulla implementazione a livello nazionale dell'accordo-quadro in materia di telelavoro del 16 luglio 2002 ⁽³⁴⁶⁾ è inequivocabile nel rilevare come la definizione contenuta nella intesa non solo «cover the three types of telework identified: teleworking from home, mobile teleworking (via portable communication systems) and work in telework centres (outstations, neighbourhood offices, telecottages)» ma anche «both permanent and alternating telework, i.e. arrangements whereby the worker spends part of his/her working time at the employer's premises and the rest elsewhere». Vero è anzi che – sempre a parere del rapporto della Commissione,

⁽³⁴¹⁾ Regolamento recante disciplina del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, a norma dell'articolo 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, n. 191, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 25 marzo 1999, n. 70.

⁽³⁴²⁾ Avvalorato dal disposto dell'articolo 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81 sui cui vedi quanto già rilevato *supra* alla nota 41.

⁽³⁴³⁾ Cfr. J. Messenger, L. Gschwind, *Three Generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, conference paper for the 17th ILERA World Congress, Cape Town, South Africa, settembre 2015, *passim* e spec. p. 2 del dattiloscritto dove, anche sulla scorta di una ampia letteratura, giustamente insistono sulla necessità di affrontare il tema dell'inquadramento giuridico del telelavoro in una prospettiva storica e interdisciplinare. Cfr. anche S. Craipeau, *Télétravail: le travail fluide*, cit., pp. 107-120.

⁽³⁴⁴⁾ Cfr. ancora J. Messenger, L. Gschwind, *Three Generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, cit., spec. pp. 15-17 che bene evidenziano la persistente modernità e funzionalità della espressione telelavoro quantomeno così come definita, in termini ampi ed elastici, dall'accordo-quadro europeo del 16 luglio 2002. Nella letteratura italiana vedi, in ogni caso, L. Gaeta, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, in *DLRI*, 1995, spec. p. 552 ove già si evidenziavano le ipotesi di «telelavoro mobile, svolto (...) senza una precisa collocazione in un locale» anticipando così l'immagine di quel moderno «argonauta» o «telelavoratore nomade» che ha poi avuto larga eco negli studi internazionali sul lavoro da remoto grazie al successivo contributo di T. Makimoto, D. Manners, *Digital nomad*, Chichester, 1997.

⁽³⁴⁵⁾ Era questa l'impostazione accolta dal disegno di legge Mosca e altri del 2014, recepito dai primi accordi aziendali in materia (Nestlé, Intesa Sanpaolo, Cedacri), che per la fattispecie dello *smart working* disponeva, quale tratto distintivo rispetto al telelavoro, la prevalenza delle ore di lavoro svolte complessivamente in azienda. In questa prospettiva, oltre a quanto segnalato *infra* alla nota 115, si veda anche uno dei primi progetti di legge in materia di telelavoro, il n. 2470 dell'11 ottobre 1996, d'iniziativa dei deputati Sciacca e Nappi, *Norme per lo sviluppo del telelavoro*, il cui articolo 1 parlava di prestazione di lavoro svolta all'esterno dell'impresa «regolarmente e per una quota consistente del tempo di lavoro».

⁽³⁴⁶⁾ European Commission, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework*, Brussels, SEC(2008) 2178, qui p. 34.

e come del resto confermato dai principali studi in materia ⁽³⁴⁷⁾ e dalle evidenze empiriche ⁽³⁴⁸⁾ – l'alternanza tra lavoro in azienda e lavoro da altri luoghi o sedi riguarda da sempre «the largest percentage of teleworkers in most European countries» ⁽³⁴⁹⁾.

2.3. *Segue: le indicazioni provenienti dalla comparazione giuridica. In particolare: il caso francese.*

Basterebbe in ogni caso leggere l'ampia letteratura internazionale in materia ⁽³⁵⁰⁾ per accorgersi che mai il telelavoro è stato relegato, nei diversi ordinamenti giuridici, a prestazioni di lavoro rese esclusivamente da una postazione fissa di lavoro. Lo stesso Jack M. Nilles – indicato unanimemente come il padre del lavoro a distanza – ha del resto sempre evidenziato come il concetto di «telework covers a wide range of possibilities» fino al punto di includere «from the worker who occasionally works at home (our minimum for inclusion is at least one day per month) to those who work at home full-time—and in some cases more than full time» ⁽³⁵¹⁾.

Una conferma di tutto ciò arriva dalla comparazione giuridica. In parallelo alla approvazione della legge 22 maggio 2017, n. 81, anche il legislatore francese, in particolare, ha avvertito l'esigenza di ripensare il quadro regolatorio delle forme di lavoro da remoto per il tramite delle moderne tecnologie della informazione e della conoscenza. Il punto di interesse della esperienza francese ⁽³⁵²⁾, utile anche per comprendere talune delle principali criticità della legge 22 maggio 2017, n. 81 ⁽³⁵³⁾, è che in Francia non si è sentita l'esigenza di inventare una nuova formula o modalità di lavoro, come da noi con la locuzione «lavoro agile», preferendo piuttosto affrontare in modo

⁽³⁴⁷⁾ Cfr., per tutti, J. Messenger, L. Gschwind, *Three Generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, cit., *passim* e spec. p. 13, e ivi ampi cenni alla letteratura internazionale di riferimento.

⁽³⁴⁸⁾ Si vedano i dati raccolti in A. Parent-Thirion, G. Vermeylen, G. van Houten, M. Lyly-Yrjänäinen, I. Biletta, J. Cabrita, *Fifth European Working Conditions Survey*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2012, dove emerge che «20% of all employees in the European Union are teleworkers, with around 15% partial and around 5% total Teleworkers». Cfr. anche L. Duxbury, I. Towers, C. Higgins, J.A. Thomas, *From 9 to 5 to 24 and 7: How Technology Redefined the Work Day*, in W.K. Law, (Ed.), *Information Resources Management: Global Challenges*, Hershey, 2006, pp. 305–332 e M.C. Noonan, J.L. Glass, *The hard truth about telecommuting*, in *Monthly Labor Review*, 2012, pp. 38–45.

⁽³⁴⁹⁾ European Commission, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework*, cit., qui p. 35.

⁽³⁵⁰⁾ Cfr., per tutti, i contributi raccolti in R. Blanpain (ed.), *European Framework Agreements and Telework: Law and Practice, A European and Comparative Study*, Bulletin of Comparative Labour, Kluwer, 2017. Più recentemente: L. Mella Méndez (ed.), *Trabajo A Distancia y Teletrabajo - Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Aranzadi, 2015.

⁽³⁵¹⁾ Cfr. J. M. Nilles, *Telework In the US - Telework America Survey 2000*, International Telework Association and Council, October 2000, qui p. 14. Dello stesso autore si veda altresì il classico studio dal titolo *Telecommunications and Organizational Decentralization*, pubblicato nell'ottobre del 1975 in the *IEEE Transactions on Communications*, volume COM-23, n. 10, pp. 1142–1147. Nella letteratura giuslavoristica cfr. V. Di Martino, L. Wirth, *Telework: A new way of working and living*, in *International Labour Review*, 1990, n. 5, qui p. 530 e anche p. 542 e p. 552, dove si evidenzia che «the term “telework” (or “telecommuting”, “remote work”, “distance work”) has been used to cover a variety of situations. (...) Now telework is increasingly used to refer to different combinations of work in central office, at customer sites, in satellite centres or at home. (...) One model which makes the most of what telework has to offer while simultaneously minimising its disadvantages is a combination of telework at home with work in the main or satellite office».

⁽³⁵²⁾ Diversa l'opzione accolta, sempre recentemente, in Spagna che ha dato luogo a quello che la dottrina spagnola ha definito «il transito dal contratto di lavoro a domicilio al nuovo lavoro a distanza» dove il concetto di telelavoro non è espressamente utilizzato dal legislatore al solo fine di evitare una rapida obsolescenza della nuova formulazione dell'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori a fronte della incessante evoluzione tecnologica. In questo senso cfr. E.M. Sierra Benítez, *La nueva regulación del trabajo a distancia*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2013, n. 1, pp. 7–35.

⁽³⁵³⁾ Sul punto, per considerazioni di maggiore dettaglio sui contenuti dell'accordo tra Medef, CPME, U2P e CFTD, CFE-CGC, CFTC, CGT-FO, CGT si rinvia a E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, cit., pp. 14–17.

diretto i nodi irrisolti della modernizzazione della normativa in materia di telelavoro ⁽³⁵⁴⁾ di cui all'*Accord national interprofessionnel* del 19 luglio 2005, di attuazione dell'accordo-quadro europeo del 16 luglio 2002, così come successivamente disciplinata dagli articoli L1222-9-L1222-11 del *Code du Travail*. E questo perché, appunto, il problema della normativa europea del telelavoro – come da noi quella dell'accordo-quadro sul telelavoro del 9 giugno 2004 – è semplicemente quello di un adeguamento alle tecnologie di nuova generazione, che rendono ora possibili modelli organizzativi del lavoro impensabili solo pochi anni fa ⁽³⁵⁵⁾, e non certo l'elusione di nodi centrali nella relazione di lavoro dipendente come la questione del tempo della prestazione e della tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro che sono ora resi sfumati dalla c.d. economia digitale.

Consapevoli di ciò sono state le stesse parti sociali francesi che, in attuazione della previsione di cui all'articolo 57 della c.d. *Loi Travail* di riforma del mercato del lavoro ⁽³⁵⁶⁾, Medef, CPME e U2P (lato datoriale) e CFTD, CFE-CGC, CFTC, CGT-FO, CGT (lato sindacale), hanno sottoscritto il 23 maggio 2017 una intesa in vista di una possibile – e anzi annunciata ⁽³⁵⁷⁾ – attività di riforma legislativa della materia ⁽³⁵⁸⁾. È del resto paradossale, per fare un solo esempio ⁽³⁵⁹⁾, leggere l'accordo aziendale AXA Italia del 12 aprile 2016 in materia di lavoro agile e l'accordo AXA Francia del 22 novembre 2016 in materia di telelavoro per accorgersi che, al di là delle etichette e delle scelte compiute dalle parti sociali dei diversi Paesi, i due testi si fanno sostanzialmente carico di regolare lo stesso fenomeno e cioè il lavoro da remoto per il tramite di strumenti informatici o telematici.

2.4. *Segue: il lavoro agile come un altro modo di chiamare il telelavoro subordinato.*

All'esito della nostra riflessione sugli aspetti definitivi e di struttura della fattispecie si può pertanto sostenere che nessuna differenza sussista oggi, sul piano giuridico e in termini di disciplina applicabile, tra il telelavoro e il lavoro agile se non in due circostanze del tutto particolari e, a ben vedere, anche marginali in termini di casistica reale: quando la prestazione al di fuori dei locali aziendali sia resa senza il supporto di strumentazioni informatiche o telematiche ⁽³⁶⁰⁾ ovvero

⁽³⁵⁴⁾ Cfr. al riguardo, oltre al *Rapport Mettling* richiamato *infra* alla nota 128, il materiale istruttorio per l'azione di riforma del Governo francese contenuto in C. Jolly, E. Prouet, *L'avenir du travail: quelles redéfinitions de l'emploi, des statuts et des protections?*, Document de travail n° 2016-04, France Stratégie, mars 2016, qui spec. p. 44.

⁽³⁵⁵⁾ Ampia rassegna delle diverse modalità di lavoro mobile o da remoto per il tramite di supporti offerti dalle tecnologie della informazione e della comunicazione in Eurofound, *New forms of employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, spec. il capitolo 6 su *ICT-based mobile work*. Vedi anche il rapporto ILO-Eurofound, *Working anytime, anywhere. The effect on the world of work*, cit.

⁽³⁵⁶⁾ Cfr., sul punto, L. Fauvarque-Gobin, *La conciliazione vita-lavoro nella Loi travail*, in L. Casano, G. Imperatori, C. Tourres (a cura di), *Loi travail: prima analisi e lettura*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 56/2016, qui p. 81.

⁽³⁵⁷⁾ Cfr., mentre si scrive, il *Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social* presentato il 29 giugno 2017 dal Governo Macron dove si evidenzia, tra le altre cose, che «(...) d'autres normes, par ailleurs, sont devenues très décalées avec les pratiques et les attentes des salariés, comme en matière de télétravail par exemple. Il y a lieu de moderniser pour mieux sécuriser les pratiques modernes qui sont déjà entrées dans les mœurs des relations de travail d'aujourd'hui».

⁽³⁵⁸⁾ Cfr. il documento *Conclusions de la concertation sur le «développement du télétravail et du travail à distance»* sottoscritto dalle parti sociali francesi lo scorso 23 maggio 2017 e poi presentato in data 7 giugno 2017 al Ministro del lavoro francese per le valutazioni del caso in sede di (annunciata) riforma del diritto del lavoro. Il documento si può leggere sul sito www.bollettinoadapt.it, Indice A-Z, voce *Lavoro Agile*.

⁽³⁵⁹⁾ Una interessante casistica della contrattazione collettiva aziendale in materia è richiamata nelle *Conclusions de la concertation sur le «développement du télétravail et du travail à distance»* spec. p. 13 e p. 49 per la lista degli accordi presi in esame.

⁽³⁶⁰⁾ Si confronti, al riguardo, la previsione di cui all'articolo 18, comma 2, della legge 22 maggio 2017, n. 81 con l'articolo 2 dell'accordo-quadro europeo.

quando l'alternanza tra lavoro nei locali aziendali ⁽³⁶¹⁾ e lavoro da altri luoghi sia del tutto episodica e cioè occasionale o comunque non programmata. Accanto alla presenza di una sia pur minima strumentazione tecnologica ⁽³⁶²⁾, elemento necessario per integrare la fattispecie del telelavoro è, infatti, la *regolarità* della prestazione lavorativa resa da remoto che non significa certo totalità ⁽³⁶³⁾ quanto piuttosto quella ripetitività o continuità ⁽³⁶⁴⁾ propria di modelli organizzativi del lavoro che prevedono una pianificazione del tempo di lavoro (in giorni per settimana, mese o anno) reso al di fuori dei locali aziendali.

Nonostante alcune innegabili interferenze di sistema con la nuova disciplina delle collaborazioni etero-organizzate dal committente (*infra*, § 5), l'articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81 non ci consegna dunque alcun «sotto-tipo (acrobatico o circense) del lavoro autonomo né del lavoro parasubordinato» ⁽³⁶⁵⁾. E non siamo neppure in presenza, come verificheremo anche successivamente (*infra*, § 5), di una sorta di «telelavoro evoluto» ⁽³⁶⁶⁾. Si tratta invece, più semplicemente, di «un altro modo di chiamare il *telelavoro subordinato*» ⁽³⁶⁷⁾ con tutto quello che inevitabilmente ne consegue in termini di disciplina effettivamente applicabile anche al di là di quella genericamente richiamata dal legislatore.

Resta dunque da domandarsi perché, invece di assecondare e governare gli aspetti evolutivi delle tecnologie e delle forme di telelavoro di nuova generazione, come suggeriscono l'esperienza internazionale e la letteratura di riferimento più autorevole in materia ⁽³⁶⁸⁾, il legislatore italiano abbia inteso percorrere una strada accidentata e del tutto peculiare come quella di tipizzare una nuova e (almeno nelle intenzioni) distinta fattispecie. Vero è, del resto, che in ambito internazio-

⁽³⁶¹⁾ Compresi i c.d. *hub* aziendali che, ai sensi dell'articolo 18, comma 2, della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono da ritenersi fuori dalla fattispecie in esame rendendo superate quelle previsioni dei contratti aziendali, soprattutto del settore bancario e assicurativo, che parlano di lavoro agile con riferimento anche a prestazioni rese da centri aziendali esterni o presso filiali e altre sedi del gruppo.

⁽³⁶²⁾ È infatti sufficiente anche solo la presenza di un telefono cellulare o di un i-Pad. Cfr. J. Messenger, L. Gschwind, *Three Generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, cit., qui p. 3. Cfr. anche, per gli aspetti di evoluzione del moderno telelavoro, S. Craipeau, *Télétravail: le travail fluide*, cit.

⁽³⁶³⁾ Nella letteratura italiana, per l'ammissibilità del telelavoro in alternanza, cfr. per tutti L. Gaeta, *Telelavoro*, in *Treccani-Diritto On Line*, 2015, § 2. Vedi altresì M. Biagi, T. Treu, *Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano*, cit., spec. p. 12 ove si evidenzia che quella in alternanza è del resto la forma di telelavoro più diffusa seppure spesso secondo prassi informali.

⁽³⁶⁴⁾ Cfr. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Telework in the European Union*, Dublin, 2010, p. 3, dove, dopo aver precisato che «while the definition of telework in the European Framework Agreement is broad in order to cover different forms of telework, it remains open to debate for the industrial relations actors in the Member States which type of teleworker meets these criteria and, in particular, what quantity of time the term 'regular basis' refers to» rileva in ogni caso, e giustamente, che «telework on a 'regular basis' could include working away from the employer's premises five days a week as well as one day a week or less, as long as it is performed on a regular basis».

⁽³⁶⁵⁾ Vedi O. Mazzotta, *Lo statuto del lavoratore autonomo ed il lavoro agile*, in *Il Quotidiano Giuridico* del 1° febbraio 2016.

⁽³⁶⁶⁾ Per questa espressione, in un contesto di più ampio respiro e ben oltre la fattispecie del lavoro agile, cfr. P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, in *LLI*, 2015, qui p. 12. Nella contrattazione collettiva, nel senso di intendere il lavoro agile alla stregua di una forma più flessibile e semplificata di telelavoro, vedi l'accordo del 26 gennaio 2017 tra Gruppo Telespazio/e-Geos e Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil nazionali e territoriali, unitamente alle RSU di Telespazio S.p.A. e e-Geos S.p.A.

⁽³⁶⁷⁾ Così, condivisibilmente, ancora O. Mazzotta, *Lo statuto del lavoratore autonomo ed il lavoro agile*, cit. Nello stesso senso vedi anche M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit., p. 4.

⁽³⁶⁸⁾ Cfr., per tutti, J. Messenger, L. Gschwind, *Three Generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, cit., *passim*, che evidenziano le buone ragioni dell'utilizzo dell'espressione telelavoro rispetto al proliferare incontrollato di nuovi termini e neologismi che alimentano confusione e incertezza non solo nella letteratura di riferimento ma anche in punto di disciplina applicabile.

nale e comparato l'impiego della espressione «agile work» è ancora poco diffuso, riferendosi prevalentemente ai modelli organizzativi indotti dalla digitalizzazione del lavoro ⁽³⁶⁹⁾, là dove l'impiego di forme di lavoro da remoto viene ancora oggi ricondotto alla ampia ed elastica nozione di «telework», così come definito all'articolo 2 dell'accordo quadro-europeo del 16 luglio 2002, seppure secondo forme e modalità organizzative tecnologicamente evolute in modo da evitare malintesi nominalistici e confusioni circa la disciplina applicabile ⁽³⁷⁰⁾.

3. Le finalità (dichiarate e non) della disciplina di regolazione del lavoro agile tra articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81 e interventi anticipatori della contrattazione collettiva.

Affrontati e chiariti gli aspetti definitori, resta ora da valutare se telelavoro e lavoro agile si differenzino dal punto di vista delle finalità perseguite, almeno così come formalmente enunciate tanto dal legislatore quanto dalle parti sociali.

L'articolo 18, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81 assegna testualmente alla nuova disciplina del lavoro agile «lo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro». In una direzione analoga si erano già espresse le parti sociali a livello europeo, in linea con una ampia e consolidata letteratura internazionale ⁽³⁷¹⁾, individuando nel telelavoro, «al tempo stesso, un mezzo per le imprese e gli enti pubblici di servizi che consente di modernizzare l'organizzazione del lavoro ed un mezzo per i lavoratori che permette di conciliare l'attività lavorativa con la vita sociale offrendo loro maggiore autonomia nell'assolvimento dei compiti loro affidati» ⁽³⁷²⁾. Poco o nulla cambia, in questa prospettiva, nella più recente evoluzione della contrattazione collettiva nazionale di categoria che assegna tanto al telelavoro quanto al lavoro agile l'obiettivo di «promuovere nuove forme flessibili e semplificate di lavoro», intese quali «nuove forme di organizzazione del lavoro capaci di migliorare la qualità dello stesso e di (...) conciliare l'attività lavorativa con la vita privata dei lavoratori» ⁽³⁷³⁾.

Più interessante, in questa prospettiva d'indagine, è indubbiamente la contrattazione collettiva aziendale che, in relazione al lavoro agile, ha cercato di meglio precisare e specificare sia il concetto di produttività (in termini di maggiore focalizzazione sugli obiettivi, responsabilizzazione sui

⁽³⁶⁹⁾ Cfr., tra i tanti, World Economic Forum, *The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, Geneva, 2016, qui p. 30 e anche Conseil National du Numérique, *Travail emploi numérique - Les nouvelles trajectoires*, Rapport remis à la Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, 2016, qui p. 56.

⁽³⁷⁰⁾ In questa prospettiva cfr. per tutti, e con considerazioni ampiamente condivisibili, J. Messenger, L. Gschwind, *Three Generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, cit.

⁽³⁷¹⁾ In questa prospettiva cfr., da ultimo, ILO-Eurofound, *Working anytime, anywhere. The effect on the world of work*, 2017 che sintetizza lo studio congiunto condotto dalla Organizzazione internazionale del lavoro e dalla Fondazione di Dublino su «telework, ICT/mobile work and its effects on the world of work».

⁽³⁷²⁾ Cfr. l'articolo 1 dell'accordo-quadro europeo del 16 luglio 2002.

⁽³⁷³⁾ In questo senso vedi, tra i tanti, l'accordo di rinnovo del 5 febbraio 2016 del CCNL dell'industria alimentare che introduce un nuovo articolo per il telelavoro e uno per il lavoro agile. Si veda anche, per il lavoro nelle pubbliche amministrazioni e sostanzialmente negli stessi termini, la direttiva del 1° giugno 2017 firmata dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione (c.d. direttiva Madia), recante *Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della l. 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti l'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti*.

risultati, riduzione dell'assenteismo, efficienza organizzativa, cultura della performance, riduzione dei costi aziendali per gli spazi fisici) ⁽³⁷⁴⁾ sia quello di conciliazione vita e lavoro (in termini di miglior benessere per il lavoratore, sostenibilità del lavoro, flessibilità dei tempi di lavoro) non di rado ricondotto dentro il più ampio contenitore del welfare aziendale ⁽³⁷⁵⁾.

Invero, come del resto già segnalato per il telelavoro ⁽³⁷⁶⁾ e nonostante una letteratura anche internazionale di generico favore ⁽³⁷⁷⁾, gli obiettivi di una maggiore produttività e di una migliore conciliazione tra vita e lavoro non sono mai automatici e richiedono anzi il raggiungimento di un delicato equilibrio tra esigenze organizzative ed esigenze della persona il cui raggiungimento può anche essere affidato all'accordo individuale tra le parti ⁽³⁷⁸⁾ ma solo se accompagnato da sapienti interventi di legge o di contratto collettivo utili a individuare i giusti pesi e contrappesi. Cosa che, almeno per una parte della dottrina, pare non essere avvenuta con riferimento alla legge 22 maggio 2017, n. 81 al punto di parlare di «conciliazione ingannevole» ⁽³⁷⁹⁾. Vero è che proprio la più recente evoluzione del lavoro da remoto ha condotto – prima il legislatore francese ⁽³⁸⁰⁾ e a seguire, seppure in termini più deboli, anche quello italiano ⁽³⁸¹⁾ – al riconoscimento di diritti di nuova concezione come il diritto alla disconnessione (*infra*, § 4) che per certi versi, in un mondo costantemente connesso alla rete, pare rappresentare una evoluzione al contrario del vecchio

⁽³⁷⁴⁾ A ben vedere, tuttavia, tra i contratti aziendali presi in considerazione a far data dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge 22 maggio 2017, n. 81, solo l'accordo del 2 maggio 2017 tra Ferrovie dello Stato e Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uiltrasporti, Ugl Taf, Fast Mobilità e OrSA Ferrovie prevede, ai punti 25-28 della intesa e in aggiunta alle rituali dichiarazioni di principio, anche un «monitoraggio dei risultati individuali» della prestazione in lavoro agile (corsivo nostro), accanto alla previsione che «i periodi effettuati in modalità di *smart-working* concorrono al raggiungimento degli obiettivi previsti dal premio di risultato».

⁽³⁷⁵⁾ Per una mappatura, anche sotto questi profili, della contrattazione aziendale, cfr. E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, cit., pp. 109-175 con un focus sui contratti Nestlé, Barilla, Zurich, Snam, Euler Hermes, Cariparma, AXA, ENI, ENEL, Ferrovie dello Stato. Per le connessioni di sistema tra welfare aziendale e lavoro agile vedi B. Caruso, *"The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, cit., qui p. 204.

⁽³⁷⁶⁾ Cfr. S. Craipeau, *Télétravail: le travail fluide*, cit., qui p. 110. Vedi anche O. Cléach, J.L. Metzger, *Le télétravail des cadres: entre suractivité et apprentissage de nouvelles temporalités*, in *Sociologie du Travail*, 2004, pp. 433-450.

⁽³⁷⁷⁾ Si veda, su tutti, J. Moreira Dias, *Smart Working*, in L. Mella Méndez, L. Serrani (a cura di), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, vol. 1, *Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)*, Peter Lang, 2017, pp. 153-184, che non si interroga tuttavia sulle ragioni di una (nuova) disciplina del lavoro agile o *smart working* in luogo di un aggiornamento della normativa (di derivazione comunitaria) del telelavoro.

⁽³⁷⁸⁾ Come fa ora l'articolo 19 della legge 22 maggio 2017, n. 81.

⁽³⁷⁹⁾ Cfr. A.R. Tinti, *La conciliazione ingannevole. A proposito di lavoro «agile» e work-life balance*, in *Il Mulino*, 27 maggio 2016, soprattutto là dove argomenta che attraverso la nuova disciplina «si profila (...) un'idea di conciliazione, presentata come obiettivo condiviso e in quanto tale potente convogliatore di consenso, ma sempre strumentale ad "altro", ridotta a pretesto, se non ad alibi, e per di più con una evidente attenuazione del tasso di solidarietà del sistema».

⁽³⁸⁰⁾ Cfr. L. Fauvarque-Gobin, *La conciliazione vita-lavoro nella Loi travail*, cit., qui p. 80. La previsione di un diritto alla disconnessione, contenuta nella *Loi travail* francese del 2016 e ora nella legge italiana 22 maggio 2017, n. 81, si deve principalmente alla elaborazione di Jean-Emmanuel Ray. Cfr. J.-E. Ray, *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion: le droit à la vie privée au XXI^e siècle*, in *Droit Social*, 2002, pp. 939-944; Id., *Droit du travail et TIC*, in *Droit Social*, 2007, p. 140; Id., *Grande accélération et droit à la déconnexion*, in *Droit Social*, 2016, pp. 912-920.

⁽³⁸¹⁾ Cfr., con riferimento al dibattito parlamentare che ha portato alla previsione del diritto alla disconnessione in Italia, J. Cervilla Garzón, *Avances en Italia y España hacia la regulación del derecho a la desconexión tecnológica y el nuevo trabajo agile*, in L. Mella Méndez, L. Serrani (a cura di), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, cit., spec. pp. 443-448.

obbligo di reperibilità ⁽³⁸²⁾. Una conferma, in ogni caso, che non sempre le moderne tecnologie agevolano un migliore *work-life balance* e che, anzi, modelli organizzativi dove il lavoro è possibile in ogni luogo e a ogni ora portano inevitabilmente a intrecciare e anche a confondere i confini tra vita privata e lavoro alimentando nuovi rischi psicosociali e con essi anche nuove patologie ⁽³⁸³⁾.

Di maggiore interesse, ai fini del nostro lavoro e nei termini già annunciati nella posizione del problema (*supra*, § 1), è la lettura del materiale contrattuale sin qui elaborato dalle parti sociali soprattutto a livello aziendale in termini di regolazione della fattispecie e di disciplina ad essa applicabile. Al di là delle dichiarazioni programmatiche e di rito non manca infatti, anche per questo profilo, una tendenziale conferma di quanto già registrato in sede di aspetti definitivi e terminologici, e cioè l'intento dei soggetti regolatori di eludere o comunque neutralizzare, attraverso l'introduzione del lavoro agile, i principali nodi giuridici della normativa del telelavoro che pure, a legislazione vigente e anche dopo l'approvazione della legge 22 maggio 2017, n. 81, trovano in ogni caso applicazione almeno là dove, come abbiamo provato a dimostrare nei paragrafi che precedono, la prestazione di lavoro avvenga per il tramite di una sia pur minima strumentazione informatica o telematica e si realizzi con carattere di regolarità ovvero di continuità nel senso di ripetitività e pianificazione ⁽³⁸⁴⁾ e non di mera occasionalità o episodicità ⁽³⁸⁵⁾.

Rispetto alla normativa di sicurezza e tutela della salute negli ambienti di lavoro, che non può certo limitarsi alla generica previsione di cui all'articolo 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81 ⁽³⁸⁶⁾, già si è visto che, ai sensi dell'articolo 3, comma 10, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, le previsioni del Testo Unico di sicurezza e salute negli ambienti di lavoro trovano ancora oggi applicazione, con tutele rafforzate ⁽³⁸⁷⁾, a favore di «*tutti i lavoratori subordinati che effettuano una*

⁽³⁸²⁾ Sull'obbligo di reperibilità, «quale istituto complementare alla normale prestazione lavorativa, mediante il quale il lavoratore è a disposizione dell'azienda per assicurare la continuità dei servizi o la funzionalità degli impianti», cfr. M. Quaranta, *Information communication technology e orario di lavoro: flessibilità e controllo sindacale*, in *DRI*, 2004, qui p. 538.

⁽³⁸³⁾ Sul punto cfr., per tutti, J. Popma, *The Janus face of the 'New Ways of Work'. Rise, risks and regulation of nomadic work*, cit., spec. pp. 13-20.

⁽³⁸⁴⁾ Numerosi sono gli accordi finora sottoscritti che prevedono forme di pianificazione quantomeno periodica. Vedi la mappatura contenuta in E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, cit., pp. 123-124.

⁽³⁸⁵⁾ Si vedano gli accordi Nestlé, General Motors e ENEL che, opportunamente, collocano la sperimentazione di lavoro agile lungo i binari della non continuità e della mera occasionalità.

⁽³⁸⁶⁾ Sul punto v. le puntuali argomentazioni di M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit., *passim* e spec. pp. 18-19 dove si ricorda come, nel dibattito parlamentare che ha portato alla legge 22 maggio 2017, n. 81, siano state «respinte le proposte di emendamento che, in adesione al parere espresso da Confindustria in audizione al Senato, precisavano come la consegna dell'informativa consentisse di considerare interamente assolto l'obbligo di sicurezza. Del resto, escludere *tout court* la scelta del luogo dall'area di determinazione organizzativa datoriale, con compromissione della possibilità dei suddetti controlli, rischierebbe o di spingere la responsabilità del datore verso una pericolosa natura oggettiva o alternativamente di estendere oltre l'area dell'abnormalità le ipotesi in cui il comportamento del lavoratore assurga a causa esclusiva dell'evento, fino a ricomprendere anche i casi di condotta imprudente, avventata o disattenta. In ogni caso, con un discutibile abbassamento dello standard di tutela del lavoratore».

⁽³⁸⁷⁾ Per questo gruppo di lavoratori l'articolo 3, comma 10, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 prevede infatti non solo l'applicazione delle disposizioni di cui al Titolo VII, «indipendentemente dall'ambito in cui si svolge la prestazione» ma anche, «nell'ipotesi in cui il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, o per il tramite di terzi» un obbligo di conformità «alle disposizioni di cui al Titolo III» dello stesso decreto legislativo. I lavoratori a distanza sono inoltre «informati dal datore di lavoro circa le politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare in ordine alle esigenze relative ai videoterminali ed applicano correttamente le direttive aziendali di sicurezza». Non solo. Al fine di «verificare la corretta attuazione della normativa in materia di tutela della salute e sicurezza da parte del lavoratore a distanza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti hanno accesso al luogo in cui viene svolto il lavoro nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi, dovendo tale accesso essere subordinato al preavviso e al consenso del lavoratore qualora la prestazione sia svolta presso il suo domicilio. Il lavoratore a distanza

prestazione *continuativa* di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico, *compresi* quelli di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70, e di cui all'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002» (corsivo nostro). La formula dell'articolo 3, comma 10, rinvia dunque a forme di lavoro da remoto per il tramite di strumenti informatici o telematici che vanno oltre il telelavoro inteso in senso stretto e anche tradizionale ⁽³⁸⁸⁾.

Più di un dubbio, anche in presenza di un onere aggiuntivo in capo al prestatore di lavoro di cooperare «all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali» ⁽³⁸⁹⁾, destano pertanto previsioni contrattuali analoghe a quelle dell'accordo Barilla del 2 marzo 2015 che rimettono al prestatore di lavoro la scelta «di un luogo idoneo che consenta il pieno esercizio della propria attività lavorativa in condizioni di (...) sicurezza, anche dal punto di vista dell'integrità fisica secondo quanto previsto dall'art. 2087 c.c.» sul semplice presupposto che «il lavoratore deve prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute e di quella di altre persone presenti nello spazio lavorativo scelto per lo svolgimento della propria attività lavorativa in *smart working*». Lo stesso vale per l'accordo Snam del 26 novembre 2015 e anche per l'accordo Cariparma dell'8 marzo 2016 dove, oltre a porre come onere in capo al lavoratore la scelta e la responsabilità di un ambiente di lavoro idoneo e sicuro, si aggiunge che «la prestazione lavorativa a distanza effettuata in *smart working*-lavoro agile non ha carattere di continuità» e pertanto «alla stessa non si applicano le disposizioni di igiene e sicurezza in materia di telelavoro ai sensi del D.Lgs. 81/2008 e successive modificazioni». Previsione questa di dubbia compatibilità con l'ordinamento giuridico vigente ⁽³⁹⁰⁾ posto che l'accordo Cariparma prevede prestazioni di lavoro

può chiedere ispezioni». Infine, «il datore di lavoro garantisce l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali». Per un tentativo di raccordo tra le previsioni minimaliste della legge 22 maggio 2017, n. 81 e le ben più pregnanti disposizioni contenute nel decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, cfr. M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit. spec. i §§ 3 e 4.

⁽³⁸⁸⁾ Con lungimiranza, rispetto alla fattispecie del lavoro agile di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81, vedi già P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, in A. Antonucci, M. Lepore (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nel lavoro a domicilio e nel telelavoro*, Dossier ADAPT su *Nuovi lavori, nuovi rischi*, 2009, p. 19 dove si affermava: «può peraltro ragionevolmente sostenersi che l'ampiezza dell'art. 3, comma 10, pur non riguardando forme di lavoro a distanza non costituenti "telelavoro", sia da intendere in senso dinamico, tale cioè da consentire di "ospitare" in futuro ulteriori tipologie di telelavoro attualmente non ancora contemplate nell'ordinamento».

⁽³⁸⁹⁾ Così l'articolo 22, comma 2, della legge 22 maggio 2017, n. 81.

⁽³⁹⁰⁾ Può essere che l'accordo Cariparma – al pari di altre intese meno recenti – risenta della originaria proposta di legge di iniziativa dei deputati Mosca, Ascani e altri (*supra*, nota 2) che identificava lo *smart working* in una prestazione di lavoro subordinato svolta al di fuori dei locali aziendali per un orario medio annuale inferiore al 50 per cento dell'orario di lavoro normale con ciò traducendo l'espressione «continuità», contenuta nell'articolo 3, comma 10, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, col concetto di «prevalenza» là dove la normativa europea in materia di telelavoro (accordo-quadro del 16 luglio 2002) parla invece di continuità nel senso di semplice regolarità. In dottrina vedi tuttavia V. Maio, *La tutela della sicurezza, salute e socialità nel telelavoro*, in M. Persiani, M. Lepore (diretto da), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, UTET, 2012, pp. 94-115, secondo cui l'espressione continuità è sinonimo di prevalenza. Più convincente tuttavia, a nostro parere, la posizione di P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori nell'ordinamento italiano ecc.*, cit., spec. p. 19, dove si precisa: «il riferimento dell'art. 3, comma 10, ad una "prestazione continuativa" di lavoro a distanza potrebbe indurre ad escludere dall'ambito della disciplina le ipotesi di lavoro a distanza (*rectius*, di telelavoro) svolte "in alternanza". Sembra tuttavia corretto, in ragione della *ratio* della disposizione – finalizzata a "portare" tutela là dove normalmente non c'è –, interpretare la previsione della continuità in senso elastico, facendo rientrare nell'art. 3, comma 10, tutte le ipotesi di telelavoro non meramente occasionale, a prescindere dal fatto che esso sia svolto anche in forma alternata, come è del resto consentito espressamente».

agile per un massimo di otto giorni al mese secondo un calendario «programmato con cadenza almeno settimanale ed approvato dal responsabile dell'unità organizzativa di appartenenza». Diverso il caso dell'accordo General Motors Powertrain del 6 marzo 2015 che intende assolvere agli obblighi di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori per il tramite di una semplice informativa al lavoratore sui rischi generali e i rischi specifici dello *smart working*, ma questo solo perché l'accordo in questione ammette la prestazione a distanza per un numero limitato di giorni (dieci per anno) e soprattutto in forma del tutto occasionale ed episodica.

Non poche incongruenze si possono poi rilevare con specifico riferimento alla disciplina dei tempi di lavoro, anch'essa di derivazione comunitaria e sempre connessa ai profili di tutela della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro ⁽³⁹¹⁾. L'intento del legislatore e delle parti sociali di escludere l'assimilazione del lavoro agile al telelavoro porta con sé, infatti, la conseguenza di rendere di dubbia applicazione (*infra*, § 4) le ampie deroghe in materia di orario di lavoro previste per la forma classica del telelavoro dall'articolo 17 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, là dove alla prestazione di lavoro agile si impone ora la predeterminazione di una durata massima non solo settimanale ma anche giornaliera. Con la conseguenza di costruire su un terreno particolarmente accidentato la gestione dei tempi di lavoro resi al di fuori dei locali aziendali che, non a caso, nella legge 22 maggio 2017, n. 81 rimangono ambigualmente ancorati alle previsioni del lavoro in azienda. In questo senso si vedano, per esempio, l'accordo Nestlé del 12 ottobre 2012, l'accordo Cedacri del 14 aprile 2016, l'accordo Cariparma dell'8 marzo 2016, l'accordo ENEL del 4 aprile 2017, l'accordo Ferrovie dello Stato del 2 maggio 2017 e l'accordo Intesa Sanpaolo del 10 dicembre 2014 che prevede la reperibilità del lavoratore, di «massima con gli strumenti messi a sua disposizione dall'Azienda (...) durante il proprio orario di lavoro individuale previsto presso l'unità organizzativa di assegnazione per la giornata nel corso della quale viene svolto» il lavoro in modalità agile. Anche nell'accordo Barilla del 2 marzo 2015 «le parti specificano che lo Smart Working non rappresenta una modifica del Regolamento dell'orario di lavoro (dettagliato nel Self Service Presenze), che si intende quindi interamente confermato, così come resta inteso che l'inserimento del dipendente nella condizione di Smart Working non modifica il regime di orario attribuito al lavoratore stesso». Di «correlazione temporale con l'orario normale della struttura di appartenenza», al punto di riconoscere in taluni casi prestazioni di lavoro straordinario se preventivamente autorizzate, parlano l'accordo BNL del 15 luglio 2015, l'accordo Snam del 26 novembre 2015 e l'accordo BNP Paribas del 2 novembre 2015. Altri accordi, come AXA del 12 aprile 2016 e Zurich del 23 settembre 2015, si spingono invece ad affermare «l'assenza di un orario di lavoro», confermando anzi «la piena autonomia nella erogazione della prestazione» pur a fronte di fasce orarie di riferimento. Decisamente più innovativo è infine l'accordo Siemens del 7 giugno 2017 che, una volta fatti salvi i divieti del lavoro notturno e l'obbligo di una preventiva autorizzazione aziendale per il lavoro straordinario, ribalta completamente la concezione dei tempi di esecuzione della prestazione di lavoro, che infatti vengono parametrati non sui luoghi fisici di svolgimento della prestazione ma in funzione della «connessione informatica alla rete aziendale» prevedendo un obbligo di presenza nei locali aziendali solo «nelle fasce di compresenza definite con i rispettivi responsabili sulla base delle esigenze aziendali».

⁽³⁹¹⁾ Cfr., recentemente, S. Buoso, *La dimensione temporale del lavoro tra prevenzione primaria e secondaria*, in *DSL*, 2017, pp. 30-44.

4. Il lavoro agile come risposta alle rigidità normative e sindacali del telelavoro?

L'analisi sin qui condotta sul testo della legge e sui materiali offerti dal sistema di relazioni industriali pare dunque confermare il sospetto che, al di là delle dichiarazioni formali e di rito, uno degli intenti del lavoro agile sia quello di eludere il nodo della disciplina giuridica che presidia, tanto a livello europeo che a livello nazionale, il lavoro da remoto svolto con caratteri di regolarità e continuità per il tramite di una sia pur minimale strumentazione telematica o informatica. È del resto convinzione radicata, tra esperti ed operatori, che il dato normativo e sindacale rappresenti storicamente un fattore inibente lo sviluppo del lavoro da remoto nel nostro Paese ⁽³⁹²⁾. «Alla base del gap italiano rispetto agli altri Paesi europei nella diffusione del telelavoro» – ha più volte affermato il Presidente dell'Osservatorio del Politecnico di Milano sullo *Smart Working* – «vi è una normativa pesante e restrittiva, una visione miope e rigida nelle relazioni industriali e una cultura del lavoro pesantemente gerarchica» ⁽³⁹³⁾.

Non si possono certamente negare oggettivi ritardi culturali del nostro Paese rispetto a logiche manageriali di organizzazione del lavoro di stampo verticistico ancora oggi fortemente strutturate, a livello di strumentazione giuridica e sul lato della verifica dell'adempimento della prestazione di lavoro, in termini di esaltazione dei poteri di comando e controllo (quei poteri che, non a caso, sono stati recentemente liberalizzati, su espressa richiesta delle rappresentanze del mondo delle imprese, con i decreti di attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, il c.d. *Jobs Act*). Una conferma, in questo senso, può essere indirettamente tratta dalla radicale opposizione del mondo datoriale a recenti proposte legislative in materia di autocertificazione delle assenze per malattie brevi che, in linea con la filosofia del lavoro agile ⁽³⁹⁴⁾, risultano improntate a relazioni di lavoro di carattere maggiormente fiduciario e collaborativo con la conseguente piena responsabilizzazione del prestatore di lavoro ⁽³⁹⁵⁾. Se così è non si comprende allora perché il legislatore italiano abbia inteso innestare lo schema del lavoro agile nell'alveo delle sole prestazioni di lavoro dipendente che, per definizione normativa, sono appunto incentrate su dinamiche di comando e controllo ⁽³⁹⁶⁾. Il tutto con una impostazione che ha finito non solo col rigettare fermamente, in

⁽³⁹²⁾ In questi termini R. Landini, *Remote working. L'inquadramento socio-economico dei temi*, in *LG*, 2009, qui pp. 658-659.

⁽³⁹³⁾ In questi termini, nel corso di numerose iniziative pubbliche, il professor Mariano Corso. Vedilo richiamato col virgolettato, tra gli altri, da G. Chiaro, G. Prati, M. Zocca, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, cit., qui p. 77. Vedi altresì, per una più robusta argomentazione, M. Corso, *Smart Working*, in M. Sacconi, E. Massagli (a cura di), *Le relazioni di prossimità nel lavoro 4.0*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 60/2016, pp. 12-35 e spec. p. 13 ove si parla di uno «stridente contrasto con il mondo della normazione del lavoro, sostanzialmente ferma da oltre mezzo secolo e pensata per regolare modelli organizzativi divenuti ormai obsoleti con le tecnologie di nuova generazione».

⁽³⁹⁴⁾ Vedila bene tratteggiata nel contributo dello stesso M. Corso, *Smart Working*, cit.

⁽³⁹⁵⁾ Ci si riferisce, in particolare, al disegno di legge di iniziativa dei senatori Romano, Bencini e altri presentato al Senato della Repubblica il 10 settembre 2015 e recante *Modifiche al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in materia di false attestazioni o certificazioni e controlli sulle assenze*, peraltro confinato al solo settore pubblico. In tema vedi, se vuoi, M. Tiraboschi, *Autocertificazione della malattia: quel ritardo culturale che pesa su lavoratori e imprese*, in *Bollettino ADAPT* del 10 luglio 2017.

⁽³⁹⁶⁾ E ciò pur ben sapendo che l'adozione di modelli di lavoro a distanza rappresenta spesso l'occasione per la "conversione" di rapporti di lavoro subordinato presenti in azienda in forme di collaborazione di tipo autonomo. Cfr. già sul punto J. Visser, N. Ramos Martín, *Expert Report on the Implementation of the Social Partner's Framework Agreement on Telework*, Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies, 2008, qui p. 25 dove precisano anche che: «the reorganisation associated with the introduction of telework sometimes represents an opportunity for firms to encourage employees to change their status and to become selfemployed, although all that has changed is the way in which the work is performed».

sede di dibattito parlamentare, le proposte di estensione del lavoro agile all'area del lavoro autonomo, ma anche, come vedremo, per rendere più rigida la nuova fattispecie rispetto al "vecchio" telelavoro che pure, come da tempo efficacemente argomentato in dottrina ⁽³⁹⁷⁾, altro non rappresenta se non una modalità di organizzazione di qualunque forma di lavoro sia in forma subordinata che in forma autonoma o parasubordinata e persino in forma di impresa.

Sempre in questa prospettiva di analisi, volta a sottolineare i vincoli di una cultura del lavoro ancora gerarchica e fordista, stride non poco ⁽³⁹⁸⁾ la previsione di cui all'articolo 21, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81 secondo cui «l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali», il tutto ovviamente nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300. Il carattere fiduciario e cooperativo che dovrebbe presidiare prestazioni di lavoro rese per il tramite di nuove tecnologie ⁽³⁹⁹⁾ e in funzione di obiettivi condivisi, per di più «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» ⁽⁴⁰⁰⁾, se non esclude in astratto l'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ⁽⁴⁰¹⁾, rende certamente superflua, se non intimamente contraddittoria, la previsione di forme di controllo sulla esecuzione della prestazione piuttosto che sui risultati conseguiti dal lavoratore. Del tutto sfumata risulta per contro, nel testo della legge 22 maggio 2017, n. 81, la previsione di un diritto in capo al prestatore di lavoro alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro che viene infatti affidata al solo accordo tra le parti ⁽⁴⁰²⁾ che, di per sé, non pare un presidio sufficiente rispetto a forme di controllo a distanza anche invasive. Cosa diversa, e certamente più in linea con la filosofia del lavoro agile ⁽⁴⁰³⁾, sarebbe stato affidare alla contrattazione collettiva, aziendale o anche di categoria, il compito di definire, in termini di organizzazione del lavoro e sua sostenibilità, il giusto equilibrio tra reperibilità del prestatore di lavoro e diritto alla disconnessione entro determinati orari di lavoro stabiliti collettivamente ⁽⁴⁰⁴⁾.

⁽³⁹⁷⁾ Cfr., per tutti, L. Gaeta, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, cit. e anche G. Giugni, *È necessario, subito un altro (tele-)statuto*, in *Telèma*, n. II/1995. In chiave comparata vedi anche B. Veneziani, *Le nuove forme di lavoro*, cit., pp. 123-131.

⁽³⁹⁸⁾ E non solo per il fatto, subito rilevato dai primi interventi di commento (cfr. G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit.), di rendere pattizio e concordato quello che, nella fattispecie di cui all'articolo 2094 del Codice Civile, è un potere unilaterale del datore di lavoro.

⁽³⁹⁹⁾ Evidenziava già il punto F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *DLRI*, 1985, spec. pp. 221-222 dove parlava di «meno soggezione e più cooperazione» e anche di «una prestazione lavorativa meno passiva e più attiva».

⁽⁴⁰⁰⁾ Articolo 18, comma 1, legge 22 maggio 2017, n. 81.

⁽⁴⁰¹⁾ Ai sensi dell'articolo 19, comma 1, legge 22 maggio 2017, n. 81, le modalità di esercizio del potere direttivo vanno precisate nell'accordo tra le parti relativo alla modalità di lavoro agile.

⁽⁴⁰²⁾ Articolo 19, comma 1, legge 22 maggio 2017, n. 81.

⁽⁴⁰³⁾ In tema si veda *Transformation numérique et vie au travail*, rapporto del 15 settembre 2015 curato da M. Bruno Mettling per il Ministro del lavoro francese che individuava nella contrattazione collettiva il giusto presidio per l'effettività del diritto alla disconnessione. Cfr. E. Dagnino, *Il Rapport Mettling sulla trasformazione digitale del lavoro: spunti di riflessione e di metodo*, in L. Casano, G. Imperatori, C. Tourres (a cura di), *Loi travail: prima analisi e lettura*, cit., pp. 91-94. Vedi anche F. Jauréguiberry, *Déconnexion volontaire aux technologies de l'information et de la communication*, 2013, che contiene in modalità *open access* un riassunto del rapporto DEVOTIC realizzato per conto della Agence Nationale de Recherche.

⁽⁴⁰⁴⁾ In questo senso si è tempestivamente mosso il sistema di relazioni industriali francese (per una analisi dei primi accordi aziendali in materia vedi ancora il *Rapport Mettling*, qui pp. 21-22) a cui ha fatto seguito la *Loi travail* del 2016 con l'obiettivo di affidare alle parti sociali il compito di negoziare il diritto alla disconnessione e di includere questa tematica nella negoziazione annuale obbligatoria all'interno del capitolo della qualità della vita lavorativa. Cfr. L. Fauvarque-Gobin, *La conciliazione vita-lavoro nella Loi travail*, cit., qui p. 80.

Quanto poi ai vincoli normativi che frenerebbero – almeno a detta degli esperti e, segnatamente, degli ingegneri coinvolti nello sviluppo dello *smart working* a livello aziendale – la modernizzazione dei rapporti di lavoro e il pieno dispiegarsi della nuova rivoluzione industriale, non si tratta di difendere di per sé, e in termini di principio, previsioni normative del passato per il solo fatto di essere caratterizzate da un contenuto inderogabile ⁽⁴⁰⁵⁾. Vero è piuttosto che – in linea con la funzione storica del diritto del lavoro come diritto di tutela ma anche, al tempo stesso, come diritto della produzione – non tutto ciò che è tecnicamente realizzabile può essere per ciò stesso anche giuridicamente possibile ⁽⁴⁰⁶⁾. Compito del diritto del lavoro, anche e forse soprattutto a fronte di nuove forme di appropriazione del valore creato dal lavoro di un essere umano, resta quello di garantire il giusto equilibrio tra le ragioni dello sviluppo e le istanze di tutela della persona che lavora. Anche per questa ragione, tra le tante incongruenze della legge 22 maggio 2017, n. 81, non si comprendono le ragioni ⁽⁴⁰⁷⁾ dello stralcio della previsione, contenuta nel testo originario del disegno di legge governativo ⁽⁴⁰⁸⁾, volta ad affidare alla contrattazione collettiva di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 il compito di «introdurre ulteriori previsioni finalizzate ad agevolare i lavoratori e le imprese che intendono utilizzare la modalità di lavoro agile» (corsivo nostro). E questo pur a fronte di una ampia letteratura ⁽⁴⁰⁹⁾ e di lavori istruttori di un certo rilievo ⁽⁴¹⁰⁾, inequivocabili nell'indicare nella contrattazione collettiva – come anche nelle forme di informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori a livello decentrato e di impresa ⁽⁴¹¹⁾ – lo strumento più adatto per garantire, caso per caso, uno sviluppo ordinato e più aderente alla realtà da regolare delle molteplici ipotesi di lavoro da remoto per il tramite di strumenti telematici e informatici.

Non si può inoltre dimenticare come molti dei vincoli normativi all'impiego di nuove tecnologie siano ancora oggi da imputare, più che al legislatore nazionale, alle fonti comunitarie che presidiano la materia. Ciò vale, a ben vedere, per taluni aspetti centrali e qualificanti dell'intervento del diritto del lavoro come i profili della privacy e dei controlli – oggi solo apparentemente semplificati dalla novella dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori con la previsione di cui all'articolo

⁽⁴⁰⁵⁾ In questi termini, se bene intendo, M. Miscione, *Il «lavoro a distanza» è già attuale*, in *LG*, 2009, n. 7, spec. p. 654 dove rileva: «ci possono essere buone opportunità per il futuro, ma non si possono sorpassare norme inderogabili perché ritenute inutili o incongrue».

⁽⁴⁰⁶⁾ In questi termini vedi, con considerazioni ancora oggi insuperabili, A. Supiot, *Travail, droit et technique*, in *Droit Social*, 2002, qui spec. pp. 13-14.

⁽⁴⁰⁷⁾ Se non forse quella, reclamata da consulenti ed operatori pratici, di neutralizzare lo sbarramento selettivo, nella regolazione della materia, verso contratti collettivi che non siano quelli sottoscritti dai soli attori negoziali comparativamente più rappresentativi. In tema cfr., in generale, P. Tomassetti, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2016, pp. 367-392.

⁽⁴⁰⁸⁾ Cfr. l'articolo 20 del disegno di legge Poletti dell'8 febbraio 2016, cit. *supra* alla nota 2.

⁽⁴⁰⁹⁾ Cfr. già, e per tutti, V. Di Martino, L. Wirth, *Telework: A new way of working and living*, in *International Labour Review*, 1990, n. 5, spec. pp. 545-547 e p. 547 dove si afferma: «collective agreements, because of their greater flexibility, are particularly suited to regulating the labour conditions of teleworkers». Cfr. anche L. Mella Méndez (Ed.), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, cit.

⁽⁴¹⁰⁾ Cfr. il *Rapport Mettling* richiamato *supra* alla nota 128.

⁽⁴¹¹⁾ Cfr. M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 3/2016, pp. 660-661 ove si richiama uno studio della Hans-Böckler-Stiftung basato su 140 accordi conclusi tra datori di lavoro e consigli di fabbrica che «mostra come la questione in merito all'utilizzo degli strumenti digitali e al modo di integrarli nell'organizzazione del lavoro sia una priorità relativamente al tema della partecipazione dei lavoratori».

23, comma 1, del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151 ⁽⁴¹²⁾ – e quelli di salute e sicurezza in ambienti di lavoro – sempre più estesi e anche dilatati in modo virtuale – che impattano anche sulle discipline in materia di tempi di lavoro ⁽⁴¹³⁾ e di assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali ⁽⁴¹⁴⁾. Di alcune criticità pare essere consapevole lo stesso legislatore comunitario che, nei documenti istruttori per la revisione delle direttive sull'orario di lavoro, riconosce come la digitalizzazione conduca «a una crescente frammentazione del lavoro, sia in termini di ubicazione geografica che di tempo» ⁽⁴¹⁵⁾ imponendo di «affrontare le sfide di un'organizzazione del lavoro in evoluzione» ⁽⁴¹⁶⁾.

Resta in ogni caso fuori discussione il fatto che, in materia di tempi di lavoro, i vincoli allo sviluppo del telelavoro fossero più presunti che reali stante la inequivocabile previsione di cui all'articolo 17, comma 5, lett. d), del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 a mente della quale, e «nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori», non trovano applicazione al telelavoro le disposizioni in materia di orario normale di lavoro, durata massima dell'orario di lavoro, lavoro straordinario, riposo giornaliero, pause, durata e organizzazione del lavoro notturno ⁽⁴¹⁷⁾. E ciò perché, «a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata», la durata della prestazione di lavoro «non è misurata o predeterminata» o, comunque, «può essere determinata dai lavoratori stessi» ⁽⁴¹⁸⁾. In termini di soggezione ai poteri datoriali di direzione e controllo, e conseguentemente di adempimento della prestazione da parte del lavoratore, queste previsioni sembrano confermare quella impostazione dottrinale, a nostro giudizio densa di importanti sviluppi teorico-ricostruttivi con riferimento alle tecnologie di nuova generazione, secondo cui il telelavoratore, operando in un luogo diverso da quello della azienda, risulterebbe

⁽⁴¹²⁾ In tema cfr., per tutti, le puntuali considerazioni critiche di E. Dagnino, *Tecnologie e controlli a distanza*, in *DRI*, 2015, pp. 988-1007. Con specifico riferimento alle previsioni di cui all'articolo 21 della legge 22 maggio 2017, n. 81, vedi E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, cit., pp. 55-67.

⁽⁴¹³⁾ Sulla base giuridica delle direttive che si sono succedute in materia di orario di lavoro cfr. V. Fili, *L'organizzazione del lavoro*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., qui spec. pp. 266-285.

⁽⁴¹⁴⁾ Con specifico riferimento alle previsioni di cui all'articolo 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, vedi E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, cit., pp. 82-90.

⁽⁴¹⁵⁾ Cfr. la *Comunicazione interpretativa sulla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro* (2017/C 165/01), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea* del 24 maggio 2017, p. C/165/4, ove si evidenzia che «circa il 30% degli occupati lavora in più sedi, ma solo il 3% delle persone opera in telelavoro da casa ed esiste una percentuale dell'8% di lavoratori esclusivamente mobili grazie ai dispositivi TIC».

⁽⁴¹⁶⁾ *Ibidem*. Per una puntuale analisi delle sfide del lavoro da remoto per il tramite di moderne tecnologie informatiche e telematiche cfr. lo studio congiunto ILO-Eurofound, *Working anytime, anywhere. The effect on the world of work*, cit., spec. pp. 43-56.

⁽⁴¹⁷⁾ Cfr. le disposizioni di cui agli articoli 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66. Sul punto, anche se in una prospettiva interpretativa per certi versi riduttiva rispetto al valore sistematico della previsione di cui all'articolo 17, comma 5, lett. d), rispetto alle forme di lavoro a distanza per il tramite di strumentazioni informatiche e telematiche, cfr. E. Pasqualetto, *Art. 17 - Deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno, durata massima settimanale*, in C. Cester, M.G. Matarolo, M. Tremolada (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro – Commentario al D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Giuffrè, 2003, qui spec. pp. 538-539.

⁽⁴¹⁸⁾ In questi termini cfr. ancora le previsioni di cui all'articolo 17, comma 5, lett. d), del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66.

sottratto al controllo del datore di lavoro per quanto attiene alla dedizione quantitativa e distributiva del lavoro ⁽⁴¹⁹⁾ al punto da rendere ammissibili (anche) forme di compensazione a risultato o cottimo pieno ⁽⁴²⁰⁾.

Non pochi dati testuali della legge 22 maggio 2017, n. 81, portano, per contro, a dubitare circa la piena applicabilità di una previsione elastica e moderna come quella dell'articolo 17, comma 5, lett. d), del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 alla fattispecie del lavoro agile. Rileva in questo senso, in primo luogo, l'articolo 18, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81, là dove espressamente dispone il rispetto dei limiti inderogabili di legge e di contratto collettivo rispetto alla durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale. Rileva poi anche la previsione di cui all'articolo 19, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81, là dove si affida all'accordo tra le parti l'individuazione dei tempi di riposo del lavoratore, che vanno dunque predeterminati in modo inderogabile, stabilendo altresì l'obbligo di disciplinare l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere di direzione e controllo. Il quadro di riferimento normativo del lavoro agile risulta così, se possibile, ancora più complicato e di gran lunga confuso rispetto a quello del telelavoro. Valgono insomma – a maggior ragione oggi più che in passato, stante le nuove previsioni di legge – le considerazioni di chi evidenzia come quello dei controlli del lavoro a distanza sia certamente uno dei nodi «più importanti e delicati, contraddicendo la legislazione sull'orario di lavoro che esenta il telelavoro perché, al contrario, ritenuto incontrollabile» ⁽⁴²¹⁾. La legge 22 maggio 2017, n. 81, non solo non risolve in modo definitivo, ma anzi ostacola ora non poco i tentativi, spesso affidati alla autonomia collettiva, di sciogliere un nodo giuridico decisivo per lo sviluppo del lavoro mobile o da remoto ⁽⁴²²⁾.

5. Il nodo irrisolto della persistente centralità della categoria giuridica della subordinazione per regolare il lavoro che cambia.

Avviandoci alla conclusione della nostra ricerca si può dunque affermare che, ancora una volta, il legislatore e il sistema di contrattazione collettiva del nostro Paese siano giunti in ritardo all'appuntamento con l'innovazione ⁽⁴²³⁾. Non si tratta, a ben vedere, di errori puramente tecnici o di dettaglio. E non rileva solo, in sede di riflessioni conclusive, il tentativo palese di utilizzare l'espediente del (nuovo) lavoro agile per aggirare i problemi giuridici sollevati dal (vecchio) telelavoro

⁽⁴¹⁹⁾ In questi termini cfr. V. Speciale, *Gli obblighi del lavoratore e le conseguenze dell'inadempimento*, in L. Gaeta, P. Pascucci (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, qui p. 82. In questa prospettiva vedi anche P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, vol. II, qui cap. XII, qui § 327 e anche R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova, 4-5 aprile 1986, Giuffrè, 1987, qui p. 33. *Contra*, ma con considerazioni da verificarsi in base al dato legale di riferimento e dunque non valide in termini assoluti o di principio, A. Guarnieri, *Il lavoro a domicilio*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in *Diritto del lavoro – Commentario* diretto da F. Carinci, Utet, 1998, II, qui p. 187.

⁽⁴²⁰⁾ Sul punto vedi P. Pizzi, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro*, in *RGL*, 1997, I, qui p. 220, nota 4.

⁽⁴²¹⁾ Cfr. M. Miscione, *Il «lavoro a distanza» è già attuale*, cit., qui p. 654.

⁽⁴²²⁾ Cfr. M. Manicasteri, *Lavoro agile: come cambia*, in *DPL*, n. 2/2017, spec. p. 91, ove si argomenta nel senso della non applicabilità dell'articolo 17, comma 5, del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 alla fattispecie del lavoro agile. Nello stesso senso, anche se in termini più problematici, M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit., spec. pp. 15-21.

⁽⁴²³⁾ Così già F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, cit., qui p. 211. Vedi anche G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 1986, spec. p. 76 dove si allarga la riflessione al ritardo dello stesso sistema industriale italiano.

(⁴²⁴) e che tuttavia sono ineludibili per ogni forma di lavoro svolta da remoto, per il tramite di strumentazioni informatiche e telematiche, con una certa regolarità e continuità. Il ritardo del diritto del lavoro sta, piuttosto, nel non aver «ripensato se stesso e le sue ragioni» (⁴²⁵), anche solo per riaffermarle su nuove basi oltre le rituali enunciazioni di principio, o, quanto meno, nel non averlo fatto a sufficienza perdendo non poco tempo ed energie nella battaglia, spesso ideologica e di retroguardia, sul tema della flessibilità del lavoro, dalle leggi Treu e Biagi sino al più recente *Jobs Act* (⁴²⁶), in termini di maggiore o minore concessione al libero dispiegarsi dei tradizionali poteri d'impresa. Non può dunque sorprendere la circostanza che «il diritto del lavoro italiano fatichi a prendere atto della nuova realtà tecnologica, collocandosi anzi tra i rami dell'ordinamento giuridico più arretrati rispetto a tale processo di modernizzazione. Esso, globalmente considerato, fotografa ancora per lo più una realtà del lavoro pre-rivoluzione tecnologica, manuale o automatico-meccanico» (⁴²⁷).

Il problema che pone oggi, con le più evolute tecnologie, il lavoro per il tramite di strumentazioni informatiche o telematiche non è del resto più limitato alla semplice possibilità di svolgere il lavoro, in parte o integralmente, al di fuori dei locali aziendali (⁴²⁸). Si tratta, piuttosto, di comprendere appieno e regolare una rivoluzione tecnologica che consente alle persone e ai dispositivi di connettersi alla rete e/o tra di loro (il c.d. «internet delle cose») (⁴²⁹), al punto che l'insistente e ancora insoddisfatta domanda di «flessibilità» interessa, in un più penetrante e invasivo «internet delle persone» (⁴³⁰), «non solo la prestazione lavorativa (nelle sue variabili tempo/modo/spazio/corrispettivo), ma investe ormai gli stessi soggetti e i ruoli giuridico-sociali che interagiscono sul web» (⁴³¹). La digitalizzazione del lavoro cambia profondamente la natura del lavoro, dentro e

(⁴²⁴) In questi termini vedi anche M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit., qui p. 2.

(⁴²⁵) Così già U. Romagnoli, *«Noi e loro»: diritto del lavoro e nuove tecnologie*, cit., p. 382.

(⁴²⁶) Si deve ad Arturo Maresca un tentativo di prendere definitivamente «le distanze dalle asprezze che hanno caratterizzato le varie tappe delle riforme dell'ultimo ventennio» grazie alla organizzazione di un confronto a più voci su *Valori e tecniche delle riforme del lavoro dell'ultimo ventennio (1997/2017): continuità e discontinuità* (Roma, 16 giugno 2017). Per una sintesi della iniziativa si veda M. De Gregorio, *Vent'anni di grandi riforme del lavoro: quali sfide per il giuslavorista di domani?*, in *Bollettino ADAPT* del 26 giugno 2017.

(⁴²⁷) Così, efficacemente, A. Trojsi, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» - Collective Volumes - 3/2014, qui p. 118.

(⁴²⁸) Esemplare, al riguardo, è l'accordo 6 giugno 2017, tra Siemens s.p.a. e Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil e il coordinamento nazionale delle RSU aziendali che pare il più avanzato e innovativo tra gli accordi sin qui sottoscritti in materia di lavoro agile e *smart working* proprio per il modo di intendere il rapporto tra lavoro e tecnologie di nuova generazione.

(⁴²⁹) Vedi già, tra i primi a parlarne in Italia, A. Stanchi, *Il controllo dell'adempimento della prestazione lavorativa, la data privacy e la responsabilità organizzativa dell'impresa*, in *LG*, 2009, qui p. 671. Cfr., più in generale, AA.VV., *The Internet of Things*, MIT Technology Review Business Report, 2014.

(⁴³⁰) Cfr., per tutti, J. Miranda, N. Mäkitalo, J. Garcia-Alonso, J. Berrocal, T. Mikkonen, C. Canal, J.M. Murillo, *From the Internet of Things to the Internet of People*, in *IEEE Internet Computing*, 2015, pp. 40-47.

(⁴³¹) Così: P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, cit., p. 9.

fuori i confini fisici della azienda ⁽⁴³²⁾, mettendo alla prova, oggi molto più che in passato ⁽⁴³³⁾, la tradizionale distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato ⁽⁴³⁴⁾ che pure è ribadita e rafforzata dai decreti attuativi della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (il c.d. *Jobs Act*) ⁽⁴³⁵⁾. Ha pertanto ragione chi, nel tentativo di affrontare in modo sistematico un fenomeno «ancora liquido e sfuggente» come il lavoro sul web, ha subito precisato che «sarebbe probabilmente un po' miope pensare di ridur(lo) ad una forma di telelavoro evoluto» ⁽⁴³⁶⁾.

Fuoriesce dai limiti di questo lavoro discutere, rispetto alle possibilità aperte dalle tecnologie di nuova generazione, in merito ai rischi di quelle che sono state definite le «malsane riforme di un socialismo giuridico di ritorno» e cioè dell'«inutile mito che “un giorno il lavoro divenga la dolce legge del mondo”» ⁽⁴³⁷⁾. Non possiamo tuttavia non constatare la persistente attualità e al tempo stesso taluni limiti di visione e prospettiva, al di là delle singole scelte di merito e di dettaglio normativo, di un programma di politica del diritto volto a «servirsi della multiforme impiegabilità delle nuove tecnologie in modo da risarcire l'uomo che lavora del tempo alienato consentendogli di riappropriarsi di porzioni crescenti del tempo – questo, sì, liberamente gestibile – della sua vita» ⁽⁴³⁸⁾. Perché se è vero che il Novecento industriale e il metodo scientifico di organizzazione del lavoro di stampo tayloristico hanno largamente concorso alla «degradazione del tempo di

⁽⁴³²⁾ Come giustamente rilevano J. Messenger, L. Gschwind, *Three Generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office*, cit. Si è insomma avverata la previsione di T. Makimoto, D. Manners, *Digital nomad*, Chichester, 1997, e cioè «that the work of the future would be neither here nor there, but rather constantly on the move». Nello stesso senso vedi ora J. Morgan, *The Future of Work*, Wiley, 2014, qui spec. pp. 14-15 e, nella letteratura di area ispanofona, J. Raso-Delgue, *La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, n. 1, pp. 73-107. Nella letteratura italiana cfr. già P. Zanelli, *Nuove tecnologie, legge e contrattazione collettiva*, Giuffrè, 1993, spec. p. 51 dove si affermava che «il telelavoro tende a diventare, se non la regola, comunque un fenomeno rilevante nel quadro dei modelli di prestazione».

⁽⁴³³⁾ Senza poter richiamare, in questa sede, i contenuti di un dibattito complesso e che ha registrato numerosi e variegati interventi, ci limitiamo a segnalare, con specifico riferimento ai profili qualificatori già sollevati dal telelavoro, la posizione di R. Flammia, *Telelavoro*, in *MGL*, 1995, p. 639 secondo cui la bipartizione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato mal si adatta al lavoro prestato a distanza per il tramite di strumentazioni telematiche o informatiche. Per una diversa impostazione vedi P. Pizzi, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro*, cit., pp. 219-235.

⁽⁴³⁴⁾ Per l'impostazione del problema cfr., nella letteratura internazionale, M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, cit., spec. pp. 655-663. Cfr. anche G. Valenduc, P. Vendramin, *Work in the Digital Economy: Sorting the Old from the New*, European Trade Union Institute, Working Paper 2016.03, spec. pp. 30-32, dove il c.d. ICT-based mobile work viene collocato in una area intermedia tra autonomia e subordinazione.

⁽⁴³⁵⁾ Cfr., in termini critici, F. Seghezzi, M. Tiraboschi, *Al Jobs Act mancano l'anima e una visione del lavoro che cambia. Ecco perché rileggere oggi la “Grande trasformazione” di Polanyi*, in E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi (a cura di), *La nuova grande trasformazione*, cit., pp. 18-29. Con specifico riferimento al lavoro agile vedi anche, se vuoi, M. Tiraboschi, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, cit., pp. 3-7.

⁽⁴³⁶⁾ Così, in termini più che condivisibili, P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, cit., qui p. 12.

⁽⁴³⁷⁾ In questi termini U. Romagnoli, *«Noi e loro»: diritto del lavoro e nuove tecnologie*, cit., p. 388 richiamando L. Febvre, *Lavoro: evoluzione di un termine e di un'idea*, in *Problemi di metodo storico*, Einaudi, 1976. Per una visione decisamente più ottimistica cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, vol. II, qui cap. XII, dove si argomenta nel senso di «una rivalutazione dell'autonomia individuale del lavoratore, il quale si presenta sempre più sovente come portatore di un proprio peculiare programma di vita e di lavoro non riconducibile al modello standard».

⁽⁴³⁸⁾ Ancora U. Romagnoli, *op. loc. ult. cit.* In tema si veda anche R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, cit., qui pp. 3-6.

lavoro a mera presenza fisica del lavoratore» ⁽⁴³⁹⁾ è anche vero che, nella quarta rivoluzione industriale, se aumentano i rischi di erosione di spazi della vita privata, si pongono al tempo stesso le condizioni perché il lavoratore possa effettivamente riappropriarsi dei tempi e anche dei contenuti della prestazione di lavoro in termini di maggiore libertà e autodeterminazione ⁽⁴⁴⁰⁾. Ed in effetti, da sempre e come già bene evidenziava Karl Polanyi ⁽⁴⁴¹⁾, il lavoro «is only another name for a human activity which goes with life itself, which in its turn is not produced for sale but for entirely different reasons, nor can that activity be detached from the rest of life, be stored or mobilized».

Non solo nessuna fine del lavoro a causa delle moderne tecnologie ⁽⁴⁴²⁾ e neppure scenari futuristici da «ozio creativo» ⁽⁴⁴³⁾. Ma anche poco o nulla di deterministico o fatalistico in tutto ciò. Saranno semmai le scelte (o anche le non scelte) del legislatore e degli attori del sistema di relazioni industriali a stabilire se a vincere saranno i nuovi rischi – pensiamo, in particolare, alla dubbia effettività del diritto alla disconnessione, almeno per come delineato nella legge 22 maggio 2017, n. 81 – o non piuttosto le molteplici opportunità offerte oggi dalle tecnologie per rimettere la persona con le sue competenze e i suoi talenti al centro dei processi produttivi e del lavoro.

Tutta da valutare pare, in ogni caso, la scelta del legislatore italiano di ricondurre il tema del lavoro agile a una limitata (per quanto importante) prospettiva di politica di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro quando invece, a ben vedere, la sfida delle nuove tecnologie al diritto del lavoro ben può essere rappresentata dalla messa a punto di una nuova idea di lavoro e di impresa anche in termini normativi ⁽⁴⁴⁴⁾ e non solo in relazione ai modelli socialtipici di riferimento o alla filosofia manageriale sottostante ⁽⁴⁴⁵⁾. Mentre decisamente parziale e marginale, almeno nell'impianto della legge 22 maggio 2017, n. 81, risulta la previsione, pur significativa almeno in termini di principio e di primo formale riconoscimento, circa la possibilità per il lavoratore agile di un

⁽⁴³⁹⁾ Ciò al punto di fare dell'orario di lavoro non solo il principale criterio di «misurazione (e determinazione) della prestazione» dedotta in contratto ma anche di «controllo sull'adempimento» da parte del prestatore di lavoro. Cfr. G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, cit., pp. 89-90 e pp. 91-92. In tema si veda l'attenta ricostruzione di V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008 spec. il capitolo I.

⁽⁴⁴⁰⁾ Sul processo di riappropriazione da parte dei lavoratori della conoscenza e della tecnica cfr. G. Berta, *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Einaudi, 2014 e anche gli scritti raccolti in B. Trentin, *La libertà viene prima*, Einaudi, 2004. Per l'importanza di riscoprire la persona e la sua capacità di autodeterminazione nel lavoro cfr. già S. Simitis, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, 1990, p. 87 e ss.

⁽⁴⁴¹⁾ Così: K. Polanyi, *The Great Transformation*, Beacon Press, 1957 ma 1944, qui p. 72. Vedi anche P. Levi, *La chiave a stella*, Einaudi, 1997, p. 81: «è malinconicamente vero che molti lavori non sono amabili, ma è nocivo scendere in campo carichi di odio preconcepito: chi lo fa, si condanna per la vita ad odiare non solo il lavoro, ma se stesso e il mondo. Si può e si deve combattere perché il frutto del lavoro rimanga nelle mani di chi lo fa, e perché il lavoro stesso non sia una pena, ma l'amore o rispettivamente l'odio per l'opera sono un dato interno, originario, che dipende molto dalla storia dell'individuo, e meno di quanto si creda dalle strutture produttive entro cui il lavoro si svolge».

⁽⁴⁴²⁾ Già preconizzata da Rifkin con riferimento alla terza rivoluzione industriale, cfr. J. Rifkin, *La fine del lavoro: il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Mondadori, 2002.

⁽⁴⁴³⁾ Cfr. D. De Masi, *Ozio creativo: conversazione con Maria Serena Palieri*, BUR, 2002.

⁽⁴⁴⁴⁾ Sul punto vedi, per tutti, P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, cit., qui p. 9. Per un primo tentativo di risposta, con riferimento alle determinanti dei processi produttivi indotti da Industria 4.0, cfr. F. Seghezzi, *La nuova grande trasformazione ecc.*, cit., spec. pp. 189-193 dove si evidenzia come elementi quali la centralità delle competenze e delle responsabilità dei lavoratori all'interno del nuovo paradigma incidano sulla struttura normativa del contratto e in particolare sul ruolo della subordinazione.

⁽⁴⁴⁵⁾ Ancora M. Corso, *Smart Working*, cit., qui p. 15.

«diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze»⁽⁴⁴⁶⁾. E questo perché, rispetto alle istanze di ripensamento dei contenuti prescrittivi e delle categorie fondanti del diritto del lavoro, riemerge oggi in tutta la sua complessità il tema, che fuoriesce dai limiti del presente lavoro, del rapporto tra nuove tecnologie e moderna professionalità non solo in termini reputazionali, di riconoscibilità e di status⁽⁴⁴⁷⁾, ma anche e più profondamente di individuazione o ripensamento dell'oggetto del contratto di lavoro e delle logiche di scambio ad esso sottese: se come mera messa a disposizione di energie lavorative dentro un arco di tempo determinato⁽⁴⁴⁸⁾ o non piuttosto in termini di professionalità⁽⁴⁴⁹⁾ andando tuttavia ben oltre valutazioni meramente quantitative⁽⁴⁵⁰⁾ e anche alcuni stereotipi (oggi esemplificati dai sistemi di classificazione e inquadramento contenuti nei contratti collettivi nazionali di lavoro) che la realtà dei processi produttivi e di organizzazione del lavoro si è già fatta carico di smentire o comunque di superare⁽⁴⁵¹⁾.

In sede di primo commento della legge 22 maggio 2017, n. 81 può essere sufficiente limitarsi a evidenziare come, ancora una volta e pur tuttavia in un contesto socio-economico oggi radicalmente mutato⁽⁴⁵²⁾, il legislatore italiano non abbia inteso sciogliere il nodo, se non in apparenza e comunque con opzioni che paiono in controtendenza rispetto alla rivoluzione tecnologica in atto (*supra*, §§ 2-4), della persistente attualità della categoria giuridica della subordinazione, di

⁽⁴⁴⁶⁾ Cfr. l'articolo 20, comma 2, della legge 22 maggio 2017, n. 81, che tuttavia affida questo diritto all'accordo tra le parti senza alcun presidio vuoi in termini sanzionatori vuoi anche, e preferibilmente, in termini promozionali. Cfr. L. Casano, *Al cuore del lavoro agile: certificazione delle competenze e alfabetizzazione digitale degli adulti*, in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, cit., pp. 51-55. Sul controverso tema della certificazione delle competenze, particolarmente ostico per i giuristi del lavoro, cfr. G. Bertagna, L. Casano, M. Tiraboschi, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, pp. 392-403; L. Casano, *Transizioni occupazionali e certificazione delle competenze*, in *Formazione, lavoro, persona*, n. 12/2014.

⁽⁴⁴⁷⁾ Cfr., sul punto, P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, cit., qui pp. 17-19. Sui nuovi sistemi reputazionali del lavoro cfr. E. Dagnino, *Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*, in *LLI*, 2015, spec. pp. 95-97.

⁽⁴⁴⁸⁾ In tema vedi, per tutti, il denso studio di V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, cit. *passim*, qui p. 65, che individua nel tempo di lavoro non solo una prospettiva per «ridefinire l'oggetto del contratto», ma anche per «riesaminare criticamente l'essenza della subordinazione». Sulla idea che con il contratto il lavoratore cede all'imprenditore non solo una specifica prestazione ma anche la gestione del proprio tempo di lavoro cfr. L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro: problemi storico-critici*, Morano, 1976. In tema cfr. L. Gaeta, *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, in *LD*, 1998, pp. 35-52.

⁽⁴⁴⁹⁾ D'obbligo il rinvio a G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963 cui adde F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, 1982. Sulle interconnessioni tra professionalità e oggetto del contratto di lavoro si rinvia alle notazioni critiche di M. Grandi, *Nuove riflessioni sull'oggetto del contratto di lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, pp. 497-510. Da rileggere – in ragione di una rinascita dei mestieri che porta a ripensare l'oggetto del contratto in termini di professionalità – anche gli studi monografici di C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004 e M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002. Per il riconoscimento della professionalità come oggetto del contratto di lavoro vedi anche M. Napoli, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *RGL*, 1997, pp. 263-271.

⁽⁴⁵⁰⁾ Vedi già G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, cit., qui pp. 99-100.

⁽⁴⁵¹⁾ Con riferimento alle sfide del lavoro 4.0 al concetto tradizionale e agli stereotipi della professionalità vedi M. Corso, *Smart Working*, cit., pp. 12-13 dove si sviluppa una interessante esemplificazione dell'impatto dello *smart working* sullo stesso lavoro operaio: «con la diffusione della stampa 3D, ad esempio, l'operaio non sarà più colui che, con strumenti e procedure prestabilite, compie attività fisiche di trasformazione del prodotto, ma il suo ruolo sarà piuttosto quello di un progettista che, usando strumenti software sempre più avanzati, svilupperà modelli virtuali di prodotti e componenti che potranno essere "mandati in stampa" quando e dove ne sorgerà la necessità. Questo operaio quindi avrà livelli di competenza e professionalità sempre più elevati e potrà godere di grande autonomia nella scelta del luogo e dell'orario di lavoro».

⁽⁴⁵²⁾ Si veda ancora F. Seghezzi, *La nuova grande trasformazione – Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, cit., pp. 8-21.

cui da tempo si dibatte in dottrina ⁽⁴⁵³⁾, per inquadrare in termini giuridici e regolare il lavoro che cambia ⁽⁴⁵⁴⁾.

Rispetto al telelavoro di vecchia generazione si poteva forse ancora resistere alle sollecitazioni di quella dottrina che, per prima, ha inteso ricondurre il modello in questione «nell'ambito di quelle attività cosiddette di risultato» e comunque per operazioni che non fossero «legate al tempo-macchina o al vincolo di orari esterni altrui» ⁽⁴⁵⁵⁾. E con esse, pur preso atto della difficoltà di inquadrare la multiforme realtà contrattuale del lavoro da remoto all'interno dei tipi legali del Codice Civile, sottovalutare anche l'invito a un rinnovato approccio di sistema al lavoro che cambia. Vuoi nel senso di ricondurre il telelavoro, al pari di altre «figure intermedie caratterizzate da tipicità sociale emergente, bisognose di discipline e tutele eteronome decrescenti», dentro l'area del «lavoro coordinato», da intendersi quale *tertium genus* tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo ⁽⁴⁵⁶⁾, o comunque dentro una area di subordinazione graduata in funzione delle modalità (spazio-temporali) di esecuzione della prestazione di lavoro ⁽⁴⁵⁷⁾. Vuoi anche nel senso di abbandonare le tradizionali logiche qualificatorie per impostare il problema dalla parte delle tutele nella prospettiva della codificazione di un moderno Statuto di tutti i lavori per cerchi concentrici e secondo geometrie variabili di protezione del lavoro ⁽⁴⁵⁸⁾. Difficile in effetti escludere in radice la funzione qualificatoria delle categorie civilistiche del lavoro autonomo e del lavoro subordinato rispetto a forme tradizionali di telelavoro che, nella maggioranza dei casi ⁽⁴⁵⁹⁾, davano semplicemente luogo a un cambiamento topografico del luogo di esecuzione della prestazione di lavoro ⁽⁴⁶⁰⁾. Altra cosa, tuttavia, è quando la tecnologia incide a tal punto sullo sviluppo della professionalità del lavoratore, sul coordinamento spazio-temporale della prestazione di lavoro ⁽⁴⁶¹⁾ e sulla scelta dei tempi e delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro ⁽⁴⁶²⁾, da innescare una commistione a contenuto variabile tra logiche di comando e controllo tipiche della idea

⁽⁴⁵³⁾ Per una sintesi dei principali problemi e delle prospettive evolutive cfr., per tutti, O. Razzolini, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, 2014, pp. 974-998. Per una rassegna del dibattito di fine secolo, e delle principali proposte di riforma, cfr. M. Biagi, M. Tiraboschi, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un "tertium genus" o codificazione di uno "Statuto dei lavori"?*, in *LD*, 1999, pp. 571-592.

⁽⁴⁵⁴⁾ In questi termini vedi già G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, cit.

⁽⁴⁵⁵⁾ In questi termini cfr. R. Flammia, *Telelavoro*, cit., qui p. 638.

⁽⁴⁵⁶⁾ Così: R. De Luca Tamajo, R. Flammia, M. Persiani, *La crisi della subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali, Utet, 1998, p. 331.

⁽⁴⁵⁷⁾ Vedi P. Pizzi, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro*, cit., spec. p. 233 dove si affermava, con specifico riferimento al telelavoro, che «la vera "rivoluzione copernicana" sta nel costruire un sistema di tutele minimo per tutti i lavoratori dipendenti che siano inseriti nella organizzazione d'impresa in forma continuativa, graduando le garanzie ulteriori in base al livello di subordinazione con il quale viene eseguita la prestazione di lavorativa».

⁽⁴⁵⁸⁾ Cfr. la proposta di Statuto dei lavori di Marco Biagi e Tiziano Treu. Vedila in M. Biagi, *Progettare per modernizzare*, in T. Treu, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, 2001.

⁽⁴⁵⁹⁾ Si veda, al riguardo, la rassegna dei principali contratti collettivi di riferimento in materia di c.d. telelavoro "esterno" contenuta nella rivista *DL*, 1996, I, p. 188.

⁽⁴⁶⁰⁾ Cfr., in questa prospettiva, B. Veneziani, *Le nuove forme di lavoro*, cit. qui, pp. 130-131.

⁽⁴⁶¹⁾ Per questa distinzione evolutiva del telelavoro cfr. ancora B. Veneziani, *Le nuove forme di lavoro*, cit. qui, pp. 125-126.

⁽⁴⁶²⁾ In questa prospettiva vedi P. Pizzi, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro*, cit., qui p. 232, nota 60, in un contesto argomentativo pure rivolto, in linea di principio, a dimostrare la riconducibilità del telelavoro, nelle sue forme tradizionali, alla fattispecie di cui all'articolo 2094 del Codice Civile.

novecentesca di subordinazione e forme emergenti di lavoro a progetto o per obiettivi ⁽⁴⁶³⁾, largamente auto-organizzate dal prestatore di lavoro ⁽⁴⁶⁴⁾ o, comunque, rese in funzione di un tenue coordinamento con il “committente” / “datore di lavoro” ⁽⁴⁶⁵⁾. Ciò soprattutto là dove, nel leggere le dinamiche giuridiche del telelavoro ⁽⁴⁶⁶⁾, si intenda accedere alla tesi che vede nel contratto di lavoro subordinato un contratto di organizzazione ⁽⁴⁶⁷⁾ o comunque una fattispecie di tutela della persona che lavora in condizioni di dipendenza da una organizzazione altrui ⁽⁴⁶⁸⁾. Ed è proprio qui, rispetto a quello che ben potrebbe essere ascritto nel novero di quei «varchi esemplari per approntare una innovativa disciplina giuridica del tempo-lavoro» ⁽⁴⁶⁹⁾, che il testo della legge 22 maggio 2017, n. 81 è completamente reticente. Al punto da sollevare non pochi dubbi sui rischi di una estensione (piuttosto che di una migliore conciliazione) dell'assoggettamento del lavoratore (subordinato) agile ai poteri di organizzazione del datore di lavoro di un tempo-lavoro de-oggettivizzato ⁽⁴⁷⁰⁾, senza più chiari confini coi tempi di vita e in funzione della utilità finale attesa dal creditore della prestazione. E questo sino a consentire di ipotizzare un sistema remunerativo incentrato sulla produttività individuale in misura proporzionale alla libertà di organizzazione concessa al prestatore di lavoro dal datore di lavoro ⁽⁴⁷¹⁾.

La verità è che forme di telelavoro di terza generazione, variamente etichettate in termini di lavoro agile o *smart working*, portano a compimento il processo di svalutazione della efficienza qualificatoria del coordinamento spazio-temporale della prestazione di lavoro rispetto alla organizzazione aziendale ⁽⁴⁷²⁾. E questo perché, a prescindere dalle qualificazioni formali operate dal legislatore, nei rapporti di telelavoro in alternanza, così come avviene per il lavoro agile, un più o meno ampio segmento temporale della prestazione di lavoro è esentato «dal vincolo contrattuale

⁽⁴⁶³⁾ D'obbligo il rinvio a M. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in L. Montuschi, M. Tiraboschi, T. Treu (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, 2003, qui 151.

⁽⁴⁶⁴⁾ Cfr. già R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, cit., qui p. 25. In questa prospettiva vedi ora J. Morgan, *The Future of Work*, cit., dove si enfatizza il passaggio dalla libertà di scelta sui tempi e i luoghi di lavoro alla attenzione dei contraenti sul risultato più che sulle direttive e i controlli.

⁽⁴⁶⁵⁾ Cfr. A. Supiot, *Les nouveaux visages de la subordination*, in *Droit Social*, 2000, p. 231, che parla di metamorfosi giuridica del potere direttivo del datore di lavoro.

⁽⁴⁶⁶⁾ In questa prospettiva vedi M. Biagi, T. Treu, *Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano*, cit., spec. p. 12 ove già si discuteva, a margine delle prime linee-guida europee sul telelavoro per il settore delle telecomunicazioni (su cui vedi M. Buatier de Mongeot, *Le linee guida sul telelavoro*, in *DRI*, 2002, pp. 18-26), se il luogo di lavoro, che nel lavoro a distanza certamente fuoriesce dal controllo diretto del datore di lavoro, «fuoriesca effettivamente (anche) dall'ambito del potere organizzativo del datore di lavoro stesso».

⁽⁴⁶⁷⁾ In tema d'obbligo il rinvio a M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale che ha fatto seguito alla monografia di Mattia Persiani cfr. M. Marazza, *Organizzare, collaborare, produrre*, in *Diritto e libertà*, Studi in memoria di Matteo Dell'Olio, Giappichelli, 2008, pp. 902-919.

⁽⁴⁶⁸⁾ Così: L. Gaeta, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, cit., qui p. 581.

⁽⁴⁶⁹⁾ Cfr. V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, cit. p. 68 e pp. 216-218 per alcune riflessioni sulle problematiche sollevate dal telelavoro e, in generale, da quei segmenti temporali (come la reperibilità o la disponibilità) che, senza essere necessariamente qualificati come orario di lavoro effettivo, assolvono comunque a una funzione produttiva.

⁽⁴⁷⁰⁾ Nel senso fatto proprio nello studio di V. Bavaro, *op. ult. cit.*, qui p. 272, di una strutturale indeterminazione del tempo-lavoro e cioè di «una decadenza del valore del tempo-oggettivo e di una valorizzazione del tempo-soggettivo» che presuppone, in definitiva, «la normalizzazione del tempo delle persone».

⁽⁴⁷¹⁾ Spunti in questa prospettiva in M. Marazza, *La crisi dell'egualitarismo sessantottino nella società del lavoro "borghese": la subordinazione attenuata dell'epoca post-industriale*, in *ADL*, 2007, qui p. 939.

⁽⁴⁷²⁾ Vedi già R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, cit., qui p. spec. 26-28. Più recentemente O. Razzolini, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, cit., qui spec. pp. 993-998.

del coordinamento spazio-temporale» con il resto della organizzazione aziendale, «assumendo così i tratti essenziali della prestazione autonoma» ⁽⁴⁷³⁾. Indubbiamente, il valore qualificatorio del tempo di lavoro può ancora essere invocato, in questi casi, sotto il diverso profilo della durata e/o continuità della prestazione di lavoro ⁽⁴⁷⁴⁾, manifestandosi tuttavia con modalità non di rado più prossime alla collaborazione di risultato – resa per progetti, fasi o cicli di lavoro ⁽⁴⁷⁵⁾ – che in funzione della mera messa a disposizione del datore di lavoro delle proprie energie lavorative.

È proprio in questa prospettiva di analisi ⁽⁴⁷⁶⁾ che emerge l'incongruenza o, meglio, la contraddittorietà dell'impianto complessivo del *Jobs Act* così come portato a completamento con la legge 22 maggio 2017, n. 81. Per un verso infatti, dopo aver abrogato la disciplina del lavoro a progetto di cui all'articolo 61, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 76 come lavoro a termine gestito autonomamente dal prestatore in funzione di un risultato ⁽⁴⁷⁷⁾, si esclude la modalità di lavoro agile per l'intera area del lavoro autonomo e parasubordinato, mentre per l'altro verso si dispone *ope legis* l'applicazione della disciplina tipica del lavoro subordinato «anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente *anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*» (corsivo nostro). E questo pur dopo aver riconosciuto, con l'articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81, la piena coerenza con la fattispecie del lavoro subordinato di prestazioni lavorative svolte a prescindere da un coordinamento spazio-temporale con l'organizzazione aziendale posto che, nel lavoro agile, i luoghi e i tempi di lavoro fuori dai locali aziendali sono liberamente determinati dal prestatore di lavoro nel solo rispetto (affidato invero alla autogestione del lavoratore) dei limiti legali e contrattuali di durata massima della prestazione di lavoro ⁽⁴⁷⁸⁾. Con tutto quello che ne consegue non solo in termini di attenuata rilevanza – per quanto ancora formalmente riconosciuti – dei poteri di direzione, organizzazione e controllo

⁽⁴⁷³⁾ Così, giustamente, P. Ichino, *Bene sul lavoro autonomo, ma troppo piombo nelle ali del "lavoro agile"*, cit., p. 2. Per gli aspetti organizzativi e gestionali vedi M. Corso, *Smart Working*, cit.

⁽⁴⁷⁴⁾ Ancora R. De Luca Tamajo, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁷⁵⁾ Ancora M. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, cit.

⁽⁴⁷⁶⁾ Bene rappresentata, in termini di organizzazione del lavoro, dalla storica contrapposizione tra le tesi di Persiani (*Contratto di lavoro e organizzazione*, cit.) e quelle di Liso (*La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, 1992) rispetto al punto di ricaduta giuridico del bilanciamento di interessi tra datore di lavoro e prestatore di lavoro. In tema cfr. M. Magnani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*. Omaggio dell'accademia a Mattia Persiani, I, Cedam, 2005, e anche M. Marazza, *Organizzare, collaborare, produrre*, in *Diritto e libertà*, cit.

⁽⁴⁷⁷⁾ Ripristinando così quelle vecchie collaborazioni coordinate e continuative, senza obbligo di previsione di un termine e di specificazione *ex ante* dell'oggetto della collaborazione, che avevano finito per mortificare il valore professionale di prestazioni pure formalmente qualificate dall'ordinamento per l'assenza di un vincolo di subordinazione. Al riguardo cfr. G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, cit., p. 101 dove giustamente si ricorda, a proposito della assimilazione operata dalla dottrina giuslavoristica tra lavoro a termine e lavoro a tempo indeterminato, come originariamente (sulla falsariga di quanto successivamente ipotizzato dalla legge Biagi per il lavoro a progetto inteso come contratto di durata) «il contratto a tempo determinato venisse utilizzato quasi esclusivamente per il compimento di opere o servizi determinati». Sul valore del tempo nei rapporti a termine e nel lavoro a progetto cfr. anche V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, cit., pp. 81-101.

⁽⁴⁷⁸⁾ Cfr. sul punto G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., secondo cui, in realtà, la legge 22 maggio 2017, n. 81 «allarga o comunque modifica la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. perché finisce per limitare sensibilmente l'esercizio unilaterale del potere direttivo, proprio dell'organizzazione fordista e gerarchica (art. 2086)».

del datore di lavoro, ma anche in funzione del valore dell'orario di lavoro come parametro fondamentale di misurazione dell'adempimento della prestazione e del corrispondente interesse creditorio in capo al datore di lavoro ⁽⁴⁷⁹⁾.

La nuova disciplina del lavoro agile, in conclusione, non solo intercetta una parte molto limitata del cambiamento tecnologico in atto nei processi produttivi e nei modi di lavorare ⁽⁴⁸⁰⁾, ma neppure contribuisce a comporre quel complesso puzzle del lavoro nella impresa in via di trasformazione ⁽⁴⁸¹⁾ che, di riforma in riforma, vede continuamente aggiungersi e poi improvvisamente sottrarsi tasselli normativi (lavoro coordinato, lavoro a progetto, lavoro etero-organizzato, telelavoro, lavoro agile, ecc.) ⁽⁴⁸²⁾ destinati a non convergere ancora dentro un disegno unitario ⁽⁴⁸³⁾ e tanto meno a superare «una serie di equivoci di partenza che il diritto del lavoro si trascina fin dalle sue origini» ⁽⁴⁸⁴⁾. Non manca la consapevolezza che lo sviluppo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche imponga «l'elaborazione di nuovi strumenti concettuali e nuove tecniche legislative e contrattuali per la tutela degli interessi individuali e collettivi dei lavoratori» e cioè «lo sviluppo di una nuova tecnologia giuridica» ⁽⁴⁸⁵⁾ che dia pienamente conto e recuperi in termini di sistema l'intreccio, da tempo «smarrito ... nei discorsi dei giuristi», tra tecnica e tempo della prestazione ⁽⁴⁸⁶⁾. A trenta anni di distanza dalle prime riflessioni sul tema avviate dalla dottrina giuslavoristica ⁽⁴⁸⁷⁾, e dopo le tante riforme del lavoro che via via si sono succedute, non solo pare che non «si siano fatti apprezzabili passi avanti su questa strada» ⁽⁴⁸⁸⁾ ma che, anzi, la nuova

⁽⁴⁷⁹⁾ Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., § 327 dove già si evidenziava come la rilevanza pratica della questione fosse destinata a crescere: «alla forma tradizionale di organizzazione del lavoro nell'impresa, che consiste nel coordinamento spazio-temporale della prestazione lavorativa con il resto dell'organizzazione aziendale, si sostituiscono con frequenza sempre maggiore forme nuove di coordinamento informatico e telematico (il c.d. telelavoro) che prescindono dalla contiguità spaziale e dalla coincidenza temporale. Col ridursi dell'esigenza di coordinamento spazio-temporale dell'attività lavorativa nell'impresa vengono pertanto moltiplicandosi i casi in cui mancano del tutto i presupposti per la misurazione della quantità della prestazione in termini di estensione temporale: alla vecchia figura del lavoratore a domicilio si aggiungono nuove e sempre più numerose figure di lavoratori che, essendo "inseriti" nell'organizzazione aziendale attraverso le nuove forme di collegamento a distanza, operano al di fuori dell'unità produttiva; e per i quali l'orario di lavoro ha peso scarsissimo o nullo nella determinazione dell'oggetto del rapporto. La quantità di lavoro, non più misurata in termini di tempo, viene misurata in termini di quantità di informazioni raccolte, elaborate, trasmesse (poiché questa è la nuova nozione di lavoro che va affermandosi)».

⁽⁴⁸⁰⁾ Così: P. Tullini, *C'è lavoro sul web?*, cit., qui p. 12.

⁽⁴⁸¹⁾ D'obbligo il rinvio a G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, cit., *passim* e spec. pp. 80-81 dove giustamente ricorda come, nella fase di edificazione del diritto del lavoro, l'imprenditorialità non è mai stata intesa «come pura e semplice proprietà né soltanto come attività lavorativa» ma anche come esercizio di «"dominio" della tecnica» attraverso l'impiego del fattore lavoro «che solo da esso imprenditore può e deve essere organizzat(o)».

⁽⁴⁸²⁾ Da ultima la previsione di cui all'articolo 15 della legge 22 maggio 2017, n. 81, secondo cui la collaborazione di cui all'articolo 409, n. 3, del Codice di Procedura Civile si intende coordinata quando nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa». E questo proprio quando, con la disciplina del lavoro agile, si aprono nuovi spazi di forme di lavoro subordinato auto-organizzate dal prestatore di lavoro. Cfr. sul punto G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., che giustamente rileva come «tra le collaborazioni coordinate e il lavoro agile non (sia) agevole tracciare una linea di confine sicura».

⁽⁴⁸³⁾ In questa prospettiva si veda G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro ecc.*, cit.

⁽⁴⁸⁴⁾ Così: G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, cit., qui p. 107 e anche p. 111.

⁽⁴⁸⁵⁾ Così P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., § 327. Vedi anche G. Giugni, *È necessario, subito un altro (tele-)statuto*, cit.

⁽⁴⁸⁶⁾ In questi termini ancora G. Vardaro, *op. ult. cit.*, spec. pp. 100-101.

⁽⁴⁸⁷⁾ A partire dal convegno AIDLASS del 1985 sul rapporto tra nuove tecnologie e diritto del lavoro.

⁽⁴⁸⁸⁾ Era questa la riflessione, ancora oggi valida, compiuta già quindici anni fa da P. Ichino, *op. loc. ult. cit.* con riferimento alle sfide per l'ordinamento posto dal diritto del lavoro dalle tecnologie telematiche e informatiche in relazione ai tempi e alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

regolazione del lavoro agile renda oggi ancora più tortuosa e complessa la strada verso la modernizzazione del diritto del lavoro italiano riportandoci inesorabilmente una volta ancora, come in un estenuante gioco dell'oca, al punto di partenza.

6. Osservatorio ADAPT sullo *Smart Working*: elenco dei contratti aziendali di disciplina del "lavoro agile" sottoscritti prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge 22 maggio 2017, n. 81.

- Accordo del 12 Ottobre 2012 tra Nestlé Italiana s.p.a. e Nestlé Spacci S.r.l. e il coordinamento Nazionale delle RSU di Nestlé Italiana s.p.a. assistito dalle Segreterie Nazionali di FAI-CISL, FLAI-CGIL e UILA-UIL.
- Accordo del 10 dicembre 2014, tra Intesa Sanpaolo, s.p.a. (Capogruppo) e le Delegazioni Sindacali di Gruppo delle OO.SS. DIRCREDITO – FD, FABI, FIBA/CISL, FISAC/CGIL, SINFUB, UGL CREDITO e UILCA, in tema di Lavoro Flessibile nel Gruppo Intesa Sanpaolo. L'accordo è stato oggetto di rinnovo il 17 dicembre 2015, con UNISIN come ulteriore firmatario.
- Accordo del 2 Marzo 2015, tra Barilla G e R. Fratelli s.p.a., Barilla Holding s.p.a., e R.S.U., di conferma della sperimentazione di *smart working* già in atto.
- Accordo del 6 Marzo 2015, tra General Motors Powertrain Europe s.r.l. e FIM-CISL, FIOM-CGIL, UILM-UIL (R.S.U Aziendali) per introduzione dello *smart work*.
- Accordo del 15 Luglio 2015, tra Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. (Capogruppo) e Delegazione Sindacale di Gruppo di UGL Credito per la introduzione di Flexible Working nel Gruppo Bancario BNL.
- Accordo del 23 Settembre 2015, tra Group Zurich Italia e FISAC-CGIL, FIRST-CISL, UILCA, FNA per la sperimentazione di *smart working*; un accordo di rinnovo ed estensione della sperimentazione è stato stipulato in data 1 giugno 2016 tra le stesse parti con in aggiunta SNFIA.
- Accordo del 28 Ottobre 2015, tra Banca Popolare Etica s.c.p.a. e FABI, FIRST CISL, FISAC CGIL, UILCA UIL in tema di lavoro flessibile.
- Accordo del 2 Novembre 2015, tra BNP Paribas Succursale Italia e FIRST per introduzione del Lavoro agile.
- Accordo del 26 Novembre 2015, tra SNAM s.p.a. e le Segreterie Nazionali FEMCA/CISL, FILCTEM/CGIL, UILTEC/UIL in tema di *Smart Working*.
- Accordo del 15 Gennaio 2016, Euler Hermes S.A. – Rappresentanza Generale per l'Italia e le Rappresentanze Sindacali Aziendali di FIRST/CISL, FNA, FISAC/CGIL, SNFIA, UILCA/UIL per un progetto pilota sullo *Smart Working*.
- Accordo del 2 Febbraio 2016, tra Randstad e FILCAMS/CGIL, FISASCAT/CISL, UILTUCS/UIL, RSA di Randstad Group, RSA di Randstad Italia s.p.a., sullo *Smart Working*.
- Accordo dell'8 Marzo 2016, tra Aziende del Gruppo Cariparma Crédit Agricole (il Gruppo), Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza Spa (Capogruppo), Banca Popolare FriulAdria s.p.a., Cassa di Risparmio della Spezia s.p.a., Crédit Agricole Group Solutions Scpa, Crédit Agricole Leasing Italia s.r.l. e FABI, FIRST-CISL, FISAC-CGIL, SINFUB, UGL-CREDITO, UILCA, UNITA SINDACALE sullo *Smart Working* – lavoro agile; in data 9 Marzo 2017, hanno stipulato il rinnovo Crédit Agricole Cariparma

(Capogruppo) e FriulAdria, Carispezia, Crédit Agricole Group Solutions e Calit e le Delegazioni Sindacali delle OO.SS Fabi, FIRST-CISL, FISAC-CGIL, SINFUB, UGL-CREDITO, UILCA, UNISIN.

- Accordo del 12 Aprile 2016, tra Gruppo Axa Italia e RSA: FIRST-CISL, FISAC-CGIL, FNA, SNFIA, UILCA-UIL sullo *smart working*.
- Accordo del 14 Aprile 2016, tra Cedacri s.p.a. e la RSA Cedacri s.p.a. sulla disciplina dello smart working/lavoro flessibile.
- Accordo del 14 Aprile 2016, tra Società Reale Mutua di Assicurazioni (Capogruppo) e R.S.A.: FISAC/CISL, UILCA, FNA, SNFIA, sul lavoro a distanza.
- Accordo del 4 Maggio 2016, tra Società A2A s.p.a. e FLAEI-CISL, FEMCA-CISL, UILTEC-UIL, sul lavoro agile.
- Accordo del 27 Giugno 2016, tra Wind Telecomunicazioni s.p.a. (assistita da Unindustria Roma) e SLC-CGIL, FISTEL-CISL e UILCOM-UIL e RSU Wind di Roma per la sperimentazione dello *smart working*.
- Accordo del 20 Gennaio 2017, tra Banca del Piemonte s.p.a. e FIRST/CISL, UILCA, FISAC/CGIL per l'introduzione del lavoro agile.
- Accordo del 20 Gennaio 2017, tra ENGIE Servizi s.p.a., ENGIE Italia s.p.a., e OO.SS. Nazionali: FIOM-CGIL, FILCTEM-CGIL, FIM-CISL, FLAEI-CISL, FEMCA-CISL, UILM-UIL, UILTEC-UIL, in tema di Smart Working.
- Accordo del 6 Febbraio 2017, tra ENI s.p.a., e Segreterie Nazionali FILCTEM CGIL, FEMCA CISL, UILTEC UIL, sullo *smart working*.
- Accordo del 6 marzo 2017, tra Ferrero s.p.a. e RSU Ferrero di Alba con i segretari territoriali FAI-CISL, FLAI-CGIL, UILA-UIL, sullo *smart working*.
- Accordo del 4 Aprile 2017, tra ENEL Italia s.r.l. (Gruppo) e FILCTEM, FLAEI, UILTEC, sullo *smart working*.
- Accordo del 2 Maggio 2017, tra Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a. (Gruppo) e FILT-CGIL, FIT-CISL, ULTRASPORTI, UGL TAF, FAST Mobilità e OrSA Ferrovie sullo *smart working*.
- Accordo del 6 giugno 2017, tra Siemens s.p.a. e FIM-CISL, FIOM-CGIL, UILM-UIL e il coordinamento Nazionale delle RSU aziendali per l'introduzione del modello di lavoro Siemens Office.

Il lavoro e le piattaforme digitali: *the same old story?**

Roberto Voza

1. Da Rifkin a <i>Uber</i> .	120
2. <i>In & Out</i> : il labirinto della qualificazione.	125
3. Spunti <i>de iure condendo</i> per sopravvivere al capitalismo delle piattaforme.	127
Riferimenti bibliografici.	131

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 336/2017

1. Da Rifkin a Uber.

Sulla soglia del nuovo millennio Jeremy Rifkin definì *The Age of Access* il tempo nel quale ciò che si scambia sul mercato non è più la proprietà o il possesso, ma l'accesso ad un bene o ad un servizio⁴⁸⁹.

La sua ultima profezia non si limita a prevedere la fine del lavoro, ma – addirittura – giunge a immaginare l'eclissi del capitalismo, destinato ad essere offuscato dall'ascesa del *collaborative Commons*, allorquando – grazie alla diffusione globale delle tecnologie informatiche di ultima generazione – ciascuno potrà diventare *prosumer*, ossia produttore e consumatore di energia, informazioni, servizi e, persino, oggetti (*Internet of Things*) con conseguente azzeramento dei costi marginali di produzione⁴⁹⁰.

Ciò che non si potrà produrre direttamente, si potrà scambiare: case, mezzi di locomozione, abiti, giocattoli, ecc., in quella che – anche nei comuni dizionari – è definita *sharing economy*, ossia «an economic system in which assets or services are shared between private individuals, either free or for a fee, typically by means of the Internet»⁴⁹¹.

Messo in questi termini, sembra trattarsi di un progetto di emancipazione dalla legge del mercato e dell'avvento di un nuovo paradigma economico (sia pure nato per filiazione dallo stesso capitalismo), quello della condivisione, favorito da una sopravvenuta sensibilità di stampo etico-ideale e/o da mere esigenze di risparmio (rispetto dell'ambiente, riduzione degli sprechi, ecc.). Ne sono strumenti concreti le piattaforme digitali che consentono «l'accesso temporaneo a beni o servizi sottoutilizzati, come il *bike* o il *car-sharing*»⁴⁹² o la socializzazione di informazioni e di sapere (come nel caso di *Wikipedia*) a volte filtrati dalla dimensione emozionale del gioco o della creatività artistica, con cui il *free work*, «nella sua duplice accezione di gratuito e libero»⁴⁹³, mette a valore il bisogno di socialità e di relazioni che si sprigiona nella rete.

Al momento, se il *cyber-ottimismo* degli 'integrati' celebra le virtù salvifiche di tale modello come esaltazione del mutualismo nella versione post-moderna del *peer to peer*, lo scetticismo degli 'apocalittici' giunge a sostenere che «*the sharing economy is Reaganism by other means*»⁴⁹⁴.

Rifuggendo dalle polarizzazioni estreme del discorso, occorre indagare i contorni del fenomeno di cui si parla, mettendo in conto una certa dose di ambiguità concettuale, figlia della ambiguità semantica con cui le varie espressioni adoperate fluttuano da una disciplina all'altra e da un piano di ragionamento all'altro.

È molto alto il rischio di confondere tra loro fenomeni diversi: per questo ci si preoccupa di ricondurre alla «true» *sharing economy* quella «myriad of community exchanges that have developed

⁴⁸⁹ RIFKIN, 2000.

⁴⁹⁰ RIFKIN, 2014.

⁴⁹¹ La definizione si legge in https://en.oxforddictionaries.com/definition/sharing_economy.

⁴⁹² BIRGILLITO, 2016, 64.

⁴⁹³ ARMANO-MURGIA, 2017, 10-11.

⁴⁹⁴ SCHOLZ, 2016, 6.

at local level», che si vuole distinguere dal sistema delle «global platforms»⁴⁹⁵. Come dire che, da un lato, vi sarebbero pratiche di condivisione di risorse materiali e simboliche, spendibili addirittura come forme spontanee e autogestite di resistenza agli effetti corrosivi del mercato, dall'altro, vi sarebbe il vero e proprio capitalismo delle piattaforme, capace di scovare nuovi orizzonti di profitto nello spazio sconfinato della rete.

Comunque, intesa come una possibile forma di economia di mercato (e, quindi, al di fuori della pura condivisione solidale di beni/servizi messi in comune), la *sharing economy* – che in questa dimensione viene chiamata anche *collaborative economy*⁴⁹⁶ – può implicare lo scambio commerciale di un bene o di un servizio mediante *internet* o *mobile apps*, senza che assuma alcun rilievo l'attività lavorativa presupposta (come nel caso di *BlaBlaCar*, per il *car pooling*, oppure di *Airbnb*, per la locazione di alloggi a breve termine). Come è stato correttamente osservato, «obviously, there is some work to be done, such as driving the vehicle by the car owner or the guest's accommodation by flat owners. However, these activities are completely secondary in comparison to the rental of the goods»⁴⁹⁷.

La prospettiva cambia (e si complica) allorché la piattaforma digitale diviene lo strumento, anzi il luogo nel quale si affida l'esecuzione di prestazioni che possono considerarsi, a tutti gli effetti, lavorative.

È ben noto quanto l'innovazione tecnologica abbia costantemente inciso sulla evoluzione del diritto del lavoro, il quale ha sempre costituito «un osservatorio privilegiato dei rapporti fra Diritto e tecnica»⁴⁹⁸.

On the labour side, l'improvvisa diffusione delle piattaforme digitali ci pone di fronte ad un «ampio pulviscolo di attività emergenti nell'ecosistema digitale e, in buona parte ancora sconosciute», che mettono a dura prova il senso di orientamento del giuslavorista⁴⁹⁹.

La prima, doverosa, operazione concettuale è volta a rintracciare e rendere riconoscibile il lavoro che si cela dietro l'*output* immesso sul mercato da un punto qualsiasi della rete: come è stato efficacemente affermato, «to promote labour protection in the gig-economy, the first thing that is needed is a strong advocacy to have jobs in this sector fully recognised as work»⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ STROWEL-VERGOTE, 2016, 2 ss., i quali, però, aggiungono che «the possibility to delocalize the service is not a very convincing criterion for distinguishing platforms from community exchanges as many services offered by capitalistic platforms are location-dependent (the location of the car and of the user in case of Uber, the location of the house in the case of Airbnb, the dog-sitting service, etc.)».

⁴⁹⁶ Secondo la Relazione al d.d.l. 3564 Atto Camera 27 gennaio 2016, recante una *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*, «l'economia collaborativa, cosiddetta *sharing economy*, si propone come un nuovo modello economico e culturale, capace di promuovere forme di consumo consapevole che prediligono la razionalizzazione delle risorse basandosi sull'utilizzo e sullo scambio di beni e servizi piuttosto che sul loro acquisto, dunque sull'accesso piuttosto che sul possesso». Si veda, pure, la successiva Comunicazione della Commissione europea, datata 2 giugno 2016, COM(2016) 356 final, contenente *A European agenda for the collaborative economy*, che richiama il «business model where activities are facilitated by collaborative platforms that create an open marketplace for the temporary usage of goods or services often provided by private individuals».

⁴⁹⁷ TODOLÍ-SIGNES, 2017, 244.

⁴⁹⁸ SUPLOT, 2005, 143.

⁴⁹⁹ TULLINI, 2016a, 748.

⁵⁰⁰ DE STEFANO, 2016, 33.

L'invisibilità del lavoro nell'era digitale è un dato che travalica i confini dell'impiego delle piattaforme *on-line*. Certamente, queste ultime favoriscono una sorta di decentramento produttivo 4.0, anche in ragione della loro intrinseca a-territorialità. In particolare, esse si prestano a supportare «l'esecuzione in *outsourcing* di qualsiasi tipo di compito che possa essere svolto da remoto a una "folla" di lavoratori potenzialmente connessi da ogni parte del mondo»⁵⁰¹.

È facile l'assonanza con il lavoro a domicilio (già evocata per il telelavoro), come forma di produzione in grado di attraversare la storia delle rivoluzioni industriali. In quelle fabbriche invisibili⁵⁰² in cui si prestava il proprio lavoro si sviluppò un modo di produrre del tutto congeniale alla ascesa del capitalismo, per le stesse ragioni per cui oggi trovano diffusione le *crowd employment platforms*, come modalità di esternalizzazione di «determinati compiti da parte di un committente (denominato *crowdsourcer*) a una indeterminata quantità di persone, chiamata *crowd*», contattata all'interno di una piattaforma digitale spesso «mediante l'indizione di un concorso (per esempio, al migliore o al più veloce)»⁵⁰³.

Non ne sto propugnando una banale assimilazione sul piano delle categorie giuridiche, anche perché, nel caso delle piattaforme, può mancare qualsiasi genere di dipendenza dall'altrui organizzazione; ne sto solo evocando una comune matrice economico-produttiva. Infatti, sul fronte del capitale, il frazionamento della produzione in minuscole commesse è una forma di abbattimento del rischio d'impresa insito nell'opzione totalizzante del *make*: la variabilità, anzi l'incertezza della domanda, è trasferita sul fattore lavoro, ieri attraverso il ricorso alle micro-botteghe artigiane ovvero al sistema del cottimo, oggi attraverso inedite forme di remunerazione del lavoro digitale 'a consumo'.

Per i lavoratori a domicilio, poi, la domesticità della produzione consentiva di resistere alla disciplina della fabbrica che, attraverso orari rigidi e sottoposizione agli ordini del capo, consumava vita e dignità. Di contro, però, il tempo di lavoro finiva per invadere il tempo di vita: ciò vale, a maggior ragione, nel lavoro sulle piattaforme digitali, dove la contaminazione è totale, visto che insegue il lavoratore anche fuori dal suo domicilio, in ogni luogo dove è possibile stabilire una connessione⁵⁰⁴.

Molto spesso, dietro la retorica dell'imprenditore di se stesso, che spende sul mercato il proprio capitale umano, il *crowdworking* serve ad occultare lo sfruttamento di una folla di lavoratori, privi di qualsiasi tutela e, ancor prima, di qualsiasi riconoscibilità. È considerato «il *case study* più eclatante» quello dei lavoratori di *Amazon Mechanical Turk*: chiamati a svolgere (per compensi irri-

⁵⁰¹ DE STEFANO, 2017, 241.

⁵⁰² L'espressione dà il titolo al libro di TOFFANIN, 2016.

⁵⁰³ DÄUBLER-KLEBE, 2016, 474.

⁵⁰⁴ Ci sarebbe da verificare, poi, quanto la domesticità del lavoro abbia conservato quel suo antico legame con l'ordine patriarcale, in cui il lavoro a domicilio era lo strumento di segregazione della manodopera femminile nel focolare domestico, al riparo dalle insidie della fabbrica. Al netto delle differenze dovute alla evoluzione storica, anche nella economia digitale è forte il rischio che la distribuzione dei lavoretti non sia neutra rispetto al genere, replicando, nonostante «l'estrema accessibilità e impersonalità del *web*» (TULLINI, 2017, 142), «traditional power relationships and gender segregation in the private sphere» (VALENDUC-VENDRAMIN, 2016, 37).

sori) una serie di *micro-tasks* (tra cui le descrizioni/recensioni *on-line* dei prodotti commercializzati da *Amazon*), essi hanno cominciato a rivendicare, anche in giudizio, una percentuale sulle vendite della merce⁵⁰⁵.

Per loro, la letteratura in materia ha parlato di *digital black box labour*, posto che «la provenienza del lavoro, chi lo richiede e che cosa si ha intenzione di farne rimane un mistero»⁵⁰⁶, esattamente come in una scatola nera, di cui si osservano gli input ed output, ma non il funzionamento interno.

I cosiddetti *Turkers* riproducono perfettamente la logica dell'originale *Mechanical Turk* (che dà il nome alla piattaforma), progettato nel 1769 da Wolfgang von Kempelen (un nobile ungherese). Si trattava di un finto automa, una macchina all'apparenza destinata a giocare autonomamente a scacchi, in realtà manovrata da un giocatore di piccola corporatura nascosto al suo interno.

Insomma, nell'economia digitale il lavoro umano rischia di essere «quello che non si vede», per riprendere il titolo del geniale cortometraggio di un giovane regista (Dario Samuele Leone), che racconta la vita di un nano all'interno di una macchina distributrice di caffè a consumatori ignari della sua presenza: una macchina che non sostituisce l'uomo, ma semplicemente lo incorpora, rendendo l'automazione ciò che si vede, e l'apporto umano, appunto, quello che non si vede.

Allora, se – da qualche parte – c'è qualcuno che lavora e qualcun altro che si avvale dei frutti del lavoro altrui, le risposte che siamo chiamati a fornire potranno pure essere nuove, ma le domande non sono molto diverse da quelle del passato. Anzi, come molti hanno sottolineato, l'economia digitale rivitalizza gli interrogativi originari del diritto del lavoro, riportandolo ai suoi albori.

It's still the same old story, diceva la canzone del celebre film *Casablanca*. Le domande sono sempre quelle di una volta. Quale lavoro merita protezione? Quale protezione merita il lavoro?

Se non comprendiamo quale lavoro merita protezione, non riusciamo a stabilire quale protezione merita il lavoro. I due quesiti sono aggrovigliati, posto che qualunque modello regolativo si scelga di adottare, non si potrà mai eludere il problema della qualificazione giuridica del lavoro: anche il più piccolo frammento di tutela esige che si stabilisca quale sia il suo campo di applicazione (se non vogliamo usare l'espressione 'fattispecie').

Ben consapevoli di non essere di fronte ad un fenomeno unitario, anche dal punto di vista della composizione della forza-lavoro, possiamo provare a scomporlo secondo una pluralità di criteri di classificazione: diverse sono, infatti, le tipologie di piattaforme digitali⁵⁰⁷ così come diversi sono i contenuti e le forme del lavoro che esse possono ospitare.

In particolare, il lavoro può essere reso tramite una piattaforma, che genera il contatto tra la domanda e l'offerta di una prestazione che si materializza interamente nell'economia reale: è il caso dei servizi di trasporto di persone o di merci, ristorazione, assemblaggio di mobili, trasloco,

⁵⁰⁵ VECCHI, 2017, 80-81.

⁵⁰⁶ SCHOLZ, 2017, 50. Per una proposta volta ad interrompere l'invisibilità del lavoro reso a favore di *Amazon Mechanical Turk*, v. IRANI-SILBERMAN, 2013.

⁵⁰⁷ Ne sono state individuate cinque tipologie da SRNICEK, 2017: l'*advertising platform* (vendita di spazi pubblicitari), la *cloud platform* (la proprietà su *hardware* e *software* utilizzati da altre imprese), l'*industrial platform* (fornitura di tecnologie e *software* per l'ottimizzazione degli altrui processi organizzativi e produttivi), la *product platform* (subappalto di servizi ad altre piattaforme), la *lean platform* (erogazione di servizi vari, tra cui trasporto e alloggio).

pulizie, *personal shopping*, *dog-sitting*, ecc. Di contro, la prestazione può essere eseguita interamente *on-line*, ossia direttamente sulle (o, se si preferisce, nelle) piattaforme digitali.

Dunque, il tratto identificativo che accomuna queste realtà è rappresentato dall'utilizzo di tecnologie digitali (le piattaforme), che consentano la disponibilità di prestazioni lavorative *on-demand*, azzerando (o, quantomeno, riducendo al minimo) i costi di transazione tipicamente implicati nel reperimento di forza lavoro.

Nell'ottica del diritto del lavoro, «più che il luogo, reale o virtuale, di realizzazione del lavoro, le differenze tra i diversi operatori potrebbero semmai concernere la trama dei rapporti tra i soggetti, nell'alternativa tra relazioni paritarie e collaborative, più vicine allo spirito della *sharing economy*, oppure accentrate attorno all'infrastruttura digitale»⁵⁰⁸.

Non è detto, infatti, che la piattaforma si limiti ad ospitare/facilitare l'incontro tra domanda ed offerta di servizi, ben potendo operare come una tradizionale struttura verticale, e – quindi – «come centro di imputazione di contratti di lavoro sia parasubordinato sia subordinato, sebbene questo sia contestato dalle piattaforme, *Uber* in testa»⁵⁰⁹.

Pensando ad *Uber*, una specie di spettro che – da oltre due anni – si aggira tra le pagine e i convegni della comunità giuslavoristica internazionale, mi sovviene in mente che, in Italia come altrove, una delle prime leggi sociali fu quella che introdusse l'obbligo di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (l. n. 80/1898). Essa si applicava, semplicemente, agli operai, di cui il legislatore forniva una definizione rudimentale, ma pur sempre una definizione, un abbozzo di fattispecie contrattuale (cfr. art. 1).

Orbene, un giorno (eravamo nel 1907, oltre un secolo fa) un barrocciaio, ossia una persona che faceva consegne di merci con il carro e i cavalli, ebbe un infortunio sul lavoro e chiese l'applicazione di quella legge. Il Giudice gli diede torto, contribuendo ad una prima elaborazione di indici rivelatori della figura di lavoratore subordinato: il carro e i cavalli erano di proprietà del barrocciaio, egli poteva «liberamente impegnarsi oggi con una persona, domani con un'altra» e, soprattutto, non doveva «eseguire gli ordini» altrui⁵¹⁰.

Dunque, ai primi del Novecento c'erano i barrocciai, negli anni Ottanta circolavano i *pony-express* (e il *leading case* nella giurisprudenza fu legato proprio ad un infortunio sul lavoro⁵¹¹). Oggi c'è *Uber*: ma, appunto, *it's still the same old story*. La stessa vecchia storia si presenta – di volta in volta – in relazione alle nuove figure professionali e/o alle nuove modalità di lavoro, che compaiono all'orizzonte, spinte dal «soffio moderno della vita pratica», per citare le parole di Lodovico Barassi⁵¹².

Si pensi – per fare un altro esempio – ai *riders* di *Foodora* o di *Deliveroo*, che effettuano la consegna di pasti in sella a biciclette, balzati agli onori della cronaca, per aver rispolverato nell'era digitale «lo strumento dello sciopero, antico e simbolico»⁵¹³. Anche per loro l'algoritmo incorporato

⁵⁰⁸ DONINI, 2016a, 166.

⁵⁰⁹ GAROFALO, 2017, 89.

⁵¹⁰ Pret. I Mandamento di Livorno, 2 marzo 1909, in *Il Contratto di Lavoro*, 1909, 145 ss., con nota di ATTALLA, 1909.

⁵¹¹ Pret. Milano, 20 giugno 1986, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 70 ss., con nota di ICHINO, 1987.

⁵¹² BARASSI, 1901, 4.

⁵¹³ DAGNINO, 2017a, 186.

nella piattaforma è solo uno strumento per organizzare l'esecuzione di tradizionalissime prestazioni lavorative, che l'economia *on-demand* ha saputo ridurre in *micro-tasks* attivati grazie alla connessione ad un'applicazione informatica (*app*).

2. In & Out: il labirinto della qualificazione.

Ovviamente, non possiamo nascondere le difficoltà che le prestazioni rese nella *platform economy* producono sul tradizionale procedimento di qualificazione giuridica del rapporto di lavoro.

Come detto, le piattaforme digitali rendono poco visibili i lavoratori, il lavoro e la stessa assenza di lavoro, ossia la disoccupazione, sciolta e confusa nella *gig economy*, vale a dire l'economia dei lavoretti frammentari e discontinui, spesso sotto-pagati se non addirittura gratuiti, come «quintessenza del mercato contemporaneo: un sistema in cui l'unico modo per accedere ad un reddito è vendersi a meno in un sistema di gare al ribasso e l'unico modo per sopravvivere in un contesto dominato da retribuzioni sempre inferiori è essere disposti a lavorare sempre di più»⁵¹⁴.

Ma poi capita, almeno per *Uber*, che ci sia un giudice a Berlino, anzi a Londra⁵¹⁵, capace di svelare l'esistenza di una vera e propria organizzazione imprenditoriale, non una *web community*, una bacheca virtuale che si limita a mettere tra loro in contatto i *prosumers* collaborativi: un'organizzazione che offre servizi sul mercato e ingaggia lavoratori, per la precisione *workers*, chiamati ad eseguirli, integrandosi nell'organizzazione stessa.

Nello '*Ubergate*', al di là dei profili legati alla concorrenza con il servizio taxi (anch'essi scrutinati dalla giurisprudenza⁵¹⁶), è emerso che la piattaforma determina e impone le tariffe, monitora lo svolgimento delle prestazioni (attraverso sistemi di geolocalizzazione), esercita un potere di comando attraverso la dettagliata indicazione del percorso da seguire e altre caratteristiche inerenti al servizio (come il livello di pulizia e integrità dell'auto, la velocità di marcia) ed esercita pure un potere di controllo, che «emigra verso terzi»⁵¹⁷, perché si affida al *feedback* fornito dalle recensioni degli utenti, il quale può giustificare l'interruzione del rapporto di lavoro, sotto forma di disconnessione dell'*account* intestato all'autista.

Insomma, come dimostra il caso *Uber*, la smaterializzazione della figura del 'capo' in un algoritmo può finire per accentuare la pervasività della coercizione sul lavoro, generando – è stato detto – un ritorno al taylorismo, addirittura gonfiato 'con gli steroidi': «algorithms are providing a degree of control and oversight that even the most hardened Taylorists could never have dreamt of»⁵¹⁸.

Oltre ad essere possibile la riconducibilità del lavoro reso sulle piattaforme digitali al lavoro subordinato *tout court*, non si può escludere l'esistenza di punti di contatto con il lavoro agile «quale

⁵¹⁴ COIN, 2017, 21, secondo cui il lavoro gratuito sarebbe «il segreto del *capitalismo delle piattaforme*».

⁵¹⁵ Employment Tribunal di Londra, 28 ottobre 2016, caso n. 2202551/2015, *Aslam and Farrar vs Uber*, in www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028pdf. Per una panoramica internazionale sulla giurisprudenza relativa al caso *Uber*, v. AURIEMMA, 2017, nonché DI AMATO, 2016.

⁵¹⁶ Per quella italiana, v. Trib. Milano, sez. spec. impresa, ord. 9 luglio 2015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 46 ss., con nota di DONINI, 2016a. A seguito di rinvio pregiudiziale proposto dal Juzgado Mercantil n. 3 di Barcellona il 7 agosto 2015 (Causa C-434/15), spetterà ora alla Corte di Giustizia «il non facile compito di inquadrare *Uber* alternativamente o nell'alveo dei servizi di trasporto *tout court* oppure come fornitore di un servizio di intermediazione, alla stregua di qualsiasi internet service provider oppure come un servizio della società dell'informazione sottoposto all'applicazione della c.d. direttiva Bolkestein» (POLLICINO-LUBELLO, 2017, 12).

⁵¹⁷ PACELLA, 2017, 17.

⁵¹⁸ O' CONNOR, 2016.

modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa» (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017). Né si può escluderne la qualificazione in termini di lavoro etero-organizzato ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015: anche in questo caso, l'applicabilità della disciplina del lavoro subordinato, sancita *ex lege* (sia pure con tutte le implicazioni teoriche e pratiche suscitate da tale opzione regolativa) può contrastare lo sfruttamento indiscriminato di tali forme di lavoro.

È evidente, però, che il discorso non può chiudersi qui, semplicemente annettendo al territorio della subordinazione (o a quello – limitrofo – della etero-organizzazione) tutto il lavoro che passa dalle piattaforme digitali.

Infatti, per quanto la nozione di subordinazione sia elastica e non coincida – secondo l'insegnamento di Mario Napoli – «con la necessità di una continuativa opera di predeterminabilità dell'esecuzione della prestazione»⁵¹⁹, non possiamo dilatarla oltre misura, fino ad includere forme di collaborazione con le piattaforme oggettivamente prive dei requisiti costitutivi di quella fattispecie.

Né può risultare risolutivo per superare i limiti dell'approccio giuslavoristico tradizionale (costruito sulla fattispecie della subordinazione) adottare la prospettiva multifunzionalista, volta ad identificare il datore di lavoro (subordinato) non più in forza di una singola relazione contrattuale, bensì in relazione all'esercizio di una delle cinque, principali, funzioni che «sostengono il concetto di datore di lavoro», ossia: stipulare e risolvere il contratto di lavoro, ricevere la prestazione lavorativa, rendere possibile l'adempimento della prestazione e provvedere alla retribuzione; controllare e gestire l'organizzazione del lavoro, sopportare i rischi dell'attività di impresa⁵²⁰. Per essere molto pratici, una simile impostazione finisce per scaricare sul lavoratore l'onere di rintracciare i diversi soggetti che esercitano tali funzioni ed è fin troppo facile immaginare quale complicazione ne deriverebbe sul piano del contenzioso, dove già fare causa ad un unico datore di lavoro è – oggi – sempre più difficile.

Peraltro, è ben possibile che le società di gestione delle piattaforme provvedano a riorganizzare in blocco la relazione con i fornitori dei servizi, espungendo qualunque traccia di subordinazione (con riferimento a tutte le funzioni sopra indicate), quale contromisura rispetto alla giurisprudenza che dovesse man mano formarsi, sulla scia della pronuncia londinese.

Dunque, usare la riconduzione al lavoro subordinato (ad uno o, anche, a più datori di lavoro) come (unica) meta del percorso di costruzione di un regime di tutele per il lavoratore delle piattaforme potrebbe rivelarsi un approccio insufficiente ad affrontare compiutamente il problema.

Direi, comunque, che, proprio per fronteggiare quel senso di spaesamento a cui il lavoro reso nell'ecosistema digitale ci sottopone, la subordinazione rimane un punto di riferimento, che funziona anche *per contrasto*, per individuare ciò che quelle forme di lavoro spesso non possono essere.

⁵¹⁹ NAPOLI, 1995, 1057 ss.

⁵²⁰ PRASSL-RISAK, 2017, 223.

Posto che non esiste un unico modo di lavorare attraverso le piattaforme digitali, non è possibile pervenire ad una nozione giuridica unitaria di tutte le molteplici forme di lavoro implicate. Di conseguenza, non mi pare utile stabilire in astratto, ossia prescindendo da un'analisi caso per caso, quanta dose di subordinazione, di autonomia, di parasubordinazione o di etero-organizzazione ci sia nel lavoro (genericamente) prestato attraverso le piattaforme digitali. Come sempre, non può essere – in sé – il supporto strumentale nell'esecuzione della prestazione lavorativa a risultare determinante per la sua qualificazione giuridica.

A sua volta, però, l'analisi *case by case* espone tanto le società di gestione delle piattaforme, quanto i singoli lavoratori, ad una condizione di permanente incertezza.

Insomma, consumare tutte le energie alla ricerca di una via d'uscita dal labirinto della qualificazione, potrebbe risultare uno sforzo vano e non risolutivo.

3. Spunti *de iure condendo* per sopravvivere al capitalismo delle piattaforme.

La difficoltà di ricondurre ad unità il fenomeno del lavoro sulle piattaforme digitali sembra poter spiegare «la tendenza attendista dei legislatori»⁵²¹ e l'assenza di proposte dottrinali 'forti' sul piano dell'inquadramento e della regolazione giuridica.

Spesso, ci si limita ad evocare come, più in generale, «la diffusione dell'economia *on-demand*» offra «l'occasione per un ripensamento generale del diritto del lavoro e delle sue strutture»⁵²², ma senza fornire una direzione concreta a tale aspirazione. Riaffiora la solita, vecchia, insofferenza verso la rigida dicotomia lavoro subordinato/lavoro autonomo, che induce ad invocare il ricorso a tecniche alternative di regolazione del lavoro: dal sistema dei cerchi concentrici al lavoro senza aggettivi, passando attraverso le tante soluzioni progettuali sin qui ipotizzate.

Nel dibattito innescato da queste nuove forme di lavoro, torna in ballo l'esigenza di una categoria contrattuale intermedia tra subordinazione e autonomia, magari specificamente dedicata agli operatori della *gig economy*⁵²³.

Non è facile, però, immaginare un tratto unificante per la moltitudine di figure sociali impegnate sulle piattaforme (dai fattorini che consegnano pizze ai *professionals* dell'innovazione), che abbia contorni nitidi e, soprattutto, una rilevanza giuridica ben precisa.

Se si pensa di recuperare la nozione di dipendenza economica, bisogna essere consapevoli che non sempre la relazione contrattuale con la piattaforma costituisce la fonte esclusiva o principale di reddito del lavoratore digitale, proprio perché si tratti di 'lavoretti': paradossalmente, infatti, «la concorrenza globale innescata dal lavoro tramite piattaforma comprime i livelli di reddito, che sono mediamente molto bassi, e non favorisce quindi l'instaurarsi del vincolo di mono-committenza»⁵²⁴.

⁵²¹ DAGNINO, 2016, 160.

⁵²² DAGNINO, 2015, 103.

⁵²³ Sul punto, v. HARRIS-KRUEGER, 2015 e CHERRY-ALOISI, 2017. Sulla necessità – indotta dall'avvento della *gig-economy* – di superare il modello binario lavoro subordinato/lavoro autonomo, «construyendo las nuevas dimensiones del "microautónomo"», v. MERCADER UGUINA, 2017, 111 ss.

⁵²⁴ TULLINI, 2016b, 10.

Dall'Europa giungono solo tenui segnali di attenzione alle implicazioni lavoristiche dell'economia digitale.

La già citata Agenda europea per l'economia collaborativa (un atto di *soft law*, dunque) si impegna nell'analisi dell'impatto che essa produce sulle categorie giuridiche tradizionali, prestando particolare interesse alla qualificazione dei servizi offerti dai suoi operatori nel contesto del mercato interno dell'U.E. e della conseguente regolamentazione giuridica⁵²⁵.

Per ciò che concerne la classificazione dei lavoratori che operano sulle piattaforme digitali, la Commissione europea sembra sintonizzarsi con le problematiche sollevate dal contenzioso in cui sono implicate aziende come *Uber*, riconoscendo che il vincolo di subordinazione si riscontra soltanto qualora il fornitore del servizio operi «under the direction of the collaborative platform, the latter determining the choice of the activity, remuneration and working conditions». A ciò si aggiungono gli altri due criteri menzionati dalla Commissione, ossia «the nature of work» (intesa come attività non puramente «marginal and accessory») e «the presence of a remuneration» (in altri termini, l'onerosità della prestazione).

De iure condendo, tuttavia, la Commissione si limita ad invitare gli Stati membri a garantire «fair working conditions and adequate and sustainable social protection», valutando «the adequacy of their national employment rules considering the different needs of workers and self-employed people in the digital world as well as the innovative nature of collaborative business models».

Nella proposta di legge italiana sulle piattaforme digitali e l'economia della condivisione il grande assente – come è stato osservato – è proprio il lavoratore⁵²⁶, di cui non si riesce neppure a pronunciare la parola: lo si chiama, infatti, «utente operatore», intendendo con tale espressione «il soggetto privato o pubblico che attraverso la piattaforma digitale opera erogando un servizio o condividendo un proprio bene» (art. 2, comma 1, lett. c).

Ogni prospettiva di tutela viene rimessa ad «una riflessione più profonda e specifica» (come si legge nella Relazione illustrativa) ed, anzi, l'articolato normativo si preoccupa di sancire che «tra gestori e utenti non sussiste alcun rapporto di lavoro subordinato» (art. 2, comma 1, lett. a): un'affermazione che sembra tradire una scarsa consapevolezza in merito alla nota problematica relativa all'indisponibilità del tipo contrattuale⁵²⁷.

A questo punto, è bene dotarsi di una prospettiva, che possa incidere sulla costruzione di un'agenda.

Cercato e scovato il lavoratore, anche lì dove non sempre si vede, occorre trovare il datore di lavoro.

Come detto, si può trattare della stessa piattaforma digitale che – come nel caso di *Uber* – lungi da essere mero luogo di incontri fra fornitori e fruitori di servizi funge da vero datore di lavoro, esercitando i relativi poteri. In presenza di lavoro subordinato o etero-organizzato, la risposta in termini di protezione del lavoro è già presente nell'ordinamento.

⁵²⁵ DIVERIO, 2016, 30 ss.

⁵²⁶ DAGNINO, 2017, 174.

⁵²⁷ Secondo ALOISI, 2016, 32, «è lecito ipotizzare una violazione piuttosto evidente (o marchiana) del principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale».

Al massimo, si renderà necessario un adattamento del procedimento di qualificazione del rapporto alle particolari modalità di svolgimento della prestazione: si potrà ripensare, almeno in parte, il 'paniere' degli indici sussidiari con cui la giurisprudenza si orienta nei casi dubbi (altrimenti, potrebbe andare a finire come nella causa promossa dal barrocciaio di cui sopra), ma – comunque – ci si muoverà in un contesto familiare agli operatori del diritto del lavoro.

Certo, ci sarà da rispondere ai bisogni specificamente connessi a queste forme di lavoro con apposite tutele da coniare *ad hoc*: si pensi, ad esempio, al diritto alla disconnessione (già menzionato dal legislatore con riferimento allo *smart working*), come argine alla 'porosità' del confine tra tempo di lavoro e tempo di vita, generato dall'utilizzo delle tecnologie digitali.

Come abbiamo già osservato, non si può credere che tutto si esaurisca nella imputazione alla piattaforma delle responsabilità e dei vincoli propri del datore di lavoro.

Molto spesso nella *on demand economy* le piattaforme digitali, «lungi dal proporsi come datori di lavoro, esprimono una diversa razionalità organizzativa, che non riguarda tanto – come nello schema giuslavoristico classico – l'organizzazione di lavoro a fini produttivi, quanto l'organizzazione di "mercati" di servizi, che mettono in relazione clienti e prestatori»⁵²⁸.

Siamo certi che il diritto del lavoro possa 'abbassare la guardia' e distogliere completamente la propria attenzione verso questi fenomeni economici, consegnandoli ad altri settori dell'ordinamento giuridico (diritto della concorrenza, diritto dei consumatori, ecc.)?

Ebbene, allorquando la piattaforma, senza esercitare alcuna ingerenza, si limiti a selezionare lavoratori indipendenti, mettendoli in contatto con il cliente, che procederà a remunerare il prodotto o il servizio reso (nell'economia virtuale o materiale che sia), occorre chiedersi se le attività svolte dalla piattaforma siano «suscettibili di coinvolgimento nei processi di regolamentazione pubblica del mercato del lavoro»⁵²⁹.

A questo interrogativo si registra una risposta da parte del nostro Ministero del Lavoro, attraverso l'interpello n. 12/2013 del 27 marzo 2013.

Supponendo, in linea generale, che le attività di intermediazione svolte in *crowdsourcing* risultino «finalizzate non alla conclusione di contratti di lavoro ma alla mera stipulazione di contratti di natura commerciale» (tra i quali la compravendita o l'appalto), il Ministero esclude la necessità di sottoporre le piattaforme al regime di autorizzazione preventiva ex art. 4, d.lgs. n. 276/2003 (*Agenzie per il lavoro*), né a quello specificamente previsto per l'attività di intermediazione svolta dai gestori di siti internet dall'art. 6, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 276/2003 (che non deve avere "finalità di lucro").

Tuttavia, a conclusione della propria risposta, lo stesso Dicastero del lavoro adombra l'eventualità che "l'attività di crowdsourcing involga, invece, la conclusione di contratti d'opera professionale ex art. 2222 c.c.", nel qual caso appare necessario richiedere l'autorizzazione ai sensi delle citate disposizioni "esclusivamente se dalla stipulazione di questi contratti consegua un'attività prolungata in favore del committente tale da configurare la costituzione di posizioni lavorative in seno

⁵²⁸ PERULLI, 2017, 204.

⁵²⁹ DONINI, 2015a, 435. Per un approfondimento della questione in rapporto ad un caso specifico, v. D'ASCENZO-GROSSI, 2017.

alla sua organizzazione". Sinceramente, mi sembra un *discrimen* poco chiaro, per non dire inafferrabile.

In ogni caso, anche qualora si tratti di prestazioni di lavoro autonomo estranee al campo di applicazione del predetto regime autorizzatorio, rimane il fatto che l'attività di mediazione svolta dalla piattaforma – a mio sommosso avviso – non può essere trattata alla pari di quella che riguarda la circolazione di altre merci, per esempio la compravendita immobiliare, se non ricorrendo alla finzione di ignorare totalmente quella dose di lavoro umano ('vivo', verrebbe da dire) necessaria alla realizzazione del prodotto finito immesso sul mercato attraverso il *crowdworking*.

In altri termini, «è fuorviante considerare che l'oggetto del contratto abbia a che fare solamente con l'*opus*, prevalentemente immateriale, che verrà consegnato al committente, suscettibile di vendita per il tramite della piattaforma in questione, e non coinvolga invece tutta la prestazione di lavoro – il *facere* – che ha reso possibile la realizzazione dell'opera»; né appare possibile attingere allo schema negoziale dell'appalto, tutte le volte in cui (come avviene nella stragrande maggioranza dei casi) il prestatore non disponga di alcuna organizzazione produttiva per l'esecuzione della propria attività⁵³⁰.

Ove si riuscisse ad evitare tale finzione, sarebbe necessario chiedersi se non sia giusto sperimentare tecniche di corresponsabilizzazione della piattaforma negli obblighi in capo all'utente finale del servizio. Senza attingere alla figura della codatorialità, la quale presuppone l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione di entrambi i co-datori di lavoro, si potrebbe fare ricorso al principio di solidarietà debitoria, ormai immanente in tutte le forme di lecito decentramento produttivo, almeno per il pagamento del corrispettivo del servizio reso.

Più in generale, è ormai evidente che alcuni diritti connessi al lavoro debbano prescindere dal tradizionale vincolo della subordinazione. In Italia, le varie Carte dei diritti sin qui ipotizzate spingono verso l'applicazione universalistica di alcune tutele primarie: la libertà di espressione, i divieti di discriminazione, la libertà di coalizione e di conflitto, la salubrità del lavoro, l'equità del compenso, ecc.

Pur utile a stemperare la tensione qualificatoria, un *corpus* di regole applicabili al lavoro senza aggettivi potrebbe, però, non bastare a contrastare le pratiche di sfruttamento specificamente connesse alle particolari modalità di svolgimento delle prestazioni rese dai lavoratori delle piattaforme.

Frattanto, mi pare convincente e doveroso considerare l'opportunità di «additional measures to address the risks related to platform-mediated work»⁵³¹: insomma, una soglia minima, ma specifica, di regole per tali lavoratori, a prescindere dalla qualificazione del loro rapporto di lavoro, naturalmente all'esito di uno *screening* dei bisogni di protezione sociale che le nuove forme di lavoro stanno, via via, manifestando.

⁵³⁰ DONINI, 2015b, 58. Il rischio della reificazione del lavoro nel prodotto finale immesso sul mercato tramite la piattaforma è paventato da più parti: per la dottrina italiana, v. TULLINI, 2015, 14.

⁵³¹ DRAHOKOUPIL-FABO, 2016, 5.

Disoccupazione, reddito, sicurezza, formazione, ecc.: i rischi sociali cui sono esposti tali lavoratori «sono, nella maggior parte dei casi, i vecchi rischi dei lavoratori della prima rivoluzione industriale». Anche lo scopo del diritto del lavoro non può cambiare ed è quello di «assicurare i lavoratori contro la produzione di rischi sociali derivanti dallo svolgimento della loro attività lavorativa»⁵³².

Il legislatore non può ignorarli, come non dovrebbe ignorarli neppure il sindacato, evidentemente chiamato a ridefinire i contorni della propria azione e della propria sfera di rappresentanza⁵³³.

A protezione di tali rischi possono convergere tecniche di tutela mutate da diverse discipline: penso alla protezione dei dati personali e della proprietà intellettuale dei lavoratori digitali, agli obblighi di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali (da promuovere anche mediante specifici codici di condotta), alle tutele contro clausole abusive, ritardi di pagamento e abuso di dipendenza economica. Del resto, la nostra recente legge sul lavoro autonomo e sul lavoro agile offre evidenti spunti in tal senso.

Provare a ragionare in questa direzione, assumendola come strategia transnazionale, almeno a livello europeo, sarebbe davvero un bel modo per prepararsi a festeggiare – fra due anni – il centenario della nascita dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro: oggi, come ieri, *Labour is not a Commodity*.

Riferimenti bibliografici.

ALOISI A. (2016), *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *LLI*, n. 2, 16 ss.

ARMANO E., MURGIA A. (2017), *Introduzione*, in *Platform Capitalism e confini del lavoro negli spazi digitali*, a cura di Armano E., Murgia A., Teli M., Mimemis, Sesto San Giovanni (MI), 7 ss.

ATTALLA T. (1909), *I barrocciai-proprietari non debbono essere assicurati*, nota a Pretura I Mandamento di Livorno, 2 marzo 1909, in *Il Contratto di Lavoro*, 145 ss.

AURIEMMA S. (2017), *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, I, 281 ss.

BARASSI L. (1901) *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, Milano.

BIRGILLITO M. (2016), *Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *LLI*, n. 2, 57 ss.

CHERRY M.A., ALOISI A. (2017), *"Dependent Contractors" In the Gig Economy: A Comparative Approach*, in *American University Law Review*, 635 ss.

COIN F. (2017), *La fine del lavoro (pagato)*, in *Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito*, a cura di F. COIN, ombre corte, Verona, 2017, 7 ss.

DAGNINO E. (2015), *Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*, in *LLI*, n. 2, 86 ss.

⁵³² Loi, 2017, 276.

⁵³³ Sul tema, v. FAIOLI, 2017.; ENGBLOOM, 2017; ROTA, 2017; FORLIVESI, 2016.

DAGNINO E. (2016), *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on demand economy*, in *DRI*, 137 ss.

DAGNINO E. (2017a), *Nuovi e vecchi paradigmi nella vicenda Foodora*, in *La nuova grande trasformazione del lavoro*, a cura di E. DAGNINO, F. NESPOLI, F. SEGHEZZI, ADAPT Labour Studies, e-Book series, n. 62, 183 ss.

DAGNINO E. (2017b), *Proposta di legge sulla sharing economy: il grande assente è il "lavoratore"*, in *La nuova grande trasformazione del lavoro*, a cura di E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi, ADAPT Labour Studies, e-Book series, n. 62, 173 ss.

D'ASCENZO A., GROSSI T. (2017), *Piattaforme digitali e legittimità nell'attività di intermediazione tra domanda ed offerta di lavoro: il caso JustKnock*, in www.bollettinoadapt.it/piattaforme-digitali-e-legittimita-nellattivita-di-intermediazione-tra-domanda-ed-offerta-di-lavoro-il-caso-justknock, 13 febbraio 2017.

DÄUBLER W., KLEBE T. (2016), *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, in *DLRI*, 471 ss.

DE STEFANO V. (2016), *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, in *ILO 2016 – Conditions of Work and Employment Series NO. 71*, ss.

DE STEFANO V. (2017), *Lavoro su "piattaforma" e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, I, 241 ss.

DI AMATO A. (2016), *Uber and the Sharing Economy*, in *The Italian Law Journal*, n. 1, 177 ss.

DIVERIO D. (2016), *La disciplina europea dei servizi delle piattaforme di intermediazione on line nella comunicazione della Commissione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa»*, in http://europa.univr.it/rivista1_2016.pdf.

DONINI A. (2015a), *Mercato del lavoro sul web: regole e opportunità*, in *DRI*, 433 ss.

DONINI A. (2015b), *Il lavoro digitale su piattaforma*, in *LLI*, 1, 49 ss.

DONINI A. (2016a), *Il lavoro su piattaforma digitale "prende forma" tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in *DRI*, 164 ss.

DONINI A. (2016b), *Regole della concorrenza e attività di lavoro nella on demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber*, nota a Trib. Milano, sez. spec. impresa, ord. 9 luglio 2015, in *RIDL*, II, 46 ss.

DRAHOKOUPIL J., FABO B. (2016), *The platform economy and the disruption of the employment relationship*, in *ETUI Policy Brief*, 2016, n. 5.

ENGBLOOM S. (2017), *Una prospettiva sindacale su digitalizzazione e gig-economy*, in *RGL*, I, 357 ss.

FAIOLI M. (2017), *Jobs "App", Gig-Economy e sindacato*, in *RGL*, I, 291 ss.

FORLIVESI M. (2016), *La sfida della rappresentanza sindacale dei lavoratori 2.0*, in *DRI*, 664 ss.

GAROFALO D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in www.aidlass.it/giornate-di-studio-aidlass-2017.

HARRIS S.D. e KRUEGER A.B. (2015), *A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker"*, in www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf.

ICHINO P. (1987), *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, nota a Pret. Milano, 20 giugno 1986, in RIDL, II, 76 ss.

IRANI L.C., SILBERMAN M.S. (2013), *Turkopticon: interrupting Worker Invisibility in Amazon Mechanical Turk*, in <http://wtf.tw/text/turkopticon.pdf>.

LOI P. (2017), *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in RGL, I, 259 ss.

MERCADER UGUINA J.R. (2017), *El futuro del trabajo en la era del digitalización y la robotica*, Editorial Tirant lo Blanche, Valencia.

NAPOLI M. (1995), *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, tomo II, 1057 ss.

O' CONNOR S. (2016), *When your boss is an algorithm*, in *Financial Times*, 8 settembre 2016.

PACELLA G. (2017), *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in LLI, n. 1, 1 ss.

PERULLI A. (2017), *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in RGL, I, 195 ss.

POLICINO O, LUBELLO V. (2017), *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: uber tra giudici e legislatori*, in AIC, fasc. 2.

PRASSL J., RISAK M. (2017), *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori*, in RGL, I, 219 ss.

RIFKIN J. (2000), *The Age of Access*, Jeremy P. Tarcher/Putnam, New York.

RIFKIN J. (2014), *The Zero Marginal Cost Society*, Palgrave Macmillans, London.

ROTA A. (2017), *Il web come luogo e veicolo del conflitto collettivo: nuove frontiere della lotta sindacale*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di Tullini P., Giappichelli, Torino, 197 ss.

SCHOLZ T. (2016), *Platform Cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy*, in www.rosalux-nyc.org.

SCHOLZ T. (2017), *THINK OUTSIDE THE BOSS. L'incapacità di immaginare una vita diversa è il trionfo definitivo del capitale*, in *Platform Capitalism e confini del lavoro negli spazi digitali*, a cura di Armano E., Murgia A., Teli M., Mimemis, Sesto San Giovanni (MI), 37 ss.

SRNICEK N. (2017), *Platform Capitalism*, Polity, London.

STROWEL A., VERGOTE W. (2016), *Digital Platforms: To Regulate or Not To Regulate?*, in http://ec.europa.eu/information_society.

SUPIOT A. (2005), *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, B. Mondadori, Milano.

TODOLÍ-SIGNES A. (2017), *The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 241 ss.

TOFFANIN T. (2016), *Fabbriche invisibili. Storie di donne, lavoranti a domicilio, ombre corte*, Verona.

TULLINI P. (2015), *C'è lavoro sul web?*, in *LLI*, n. 1, 1 ss.

TULLINI P. (2016a), *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *RGL*, I, 748 ss.

TULLINI P. (2016b), *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *LLI*, n. 2, 1 ss.

TULLINI P. (2017), *Quali regole per il lavoratore-utente del web? Scambio economico e tutele*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di Tullini P., Giappichelli, Torino, 141 ss.

VALENDUC G, VENDRAMIN P. (2016), *Work in the digital economy: sorting the old from the new*, in W.P. ETUI 2016.03.

VECCHI B. (2017), *Il capitalismo delle piattaforme*, manifestolibri, Castel San Pietro Romano (RM).

Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*

Tiziano Treu

1. Il lavoro su piattaforma digitale e il labirinto delle qualificazioni.	136
2. I criteri identificatori dei rapporti di lavoro su piattaforma nella Common Law.	137
3. Giudizi contrastanti nelle corti USA.	138
4. Il rinvio a principi generali di fairness, a concetti socio economici e a criteri teleologici.	140
5. Proposte di una terza categoria.	142
6. La frammentazione della figura del datore di lavoro.	145
7. La diversificazione e flessibilizzazione dei tipi nell'ordinamento italiano.	145
8. Segmentazione e osmosi delle discipline.	147
9. I poteri derogatori della contrattazione collettiva e la nuova disciplina del lavoro accessorio e agile.	149
10. Ricerca di una disciplina differenziata.	151
11. Criteri ordinatori delle tutele per il lavoro su piattaforma.	153

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 136/2017

1. Il lavoro su piattaforma digitale e il labirinto delle qualificazioni.

Il diffondersi in tutto il mondo del lavoro su piattaforma digitale ha riproposto in termini radicalmente nuovi oltre alla questione del futuro dell'occupazione, anche il problema della qualificazione delle diverse forme in cui queste attività si presentano e del trattamento da riservare ai lavoratori che la svolgono. Basta vedere le opinioni degli esperti e le già numerose sentenze dei giudici per riscontrare le incertezze delle valutazioni e la intricatezza di quello che è stato definito il "labirinto della qualificazione".⁵³⁴

Qui mi propongo di analizzare come i giudici di *common law* stanno affrontando questo problema, utilizzando l'approccio rimediale proprio di quel sistema e di trarre qualche indicazione, soprattutto di metodo, utile per il nostro ordinamento.

Le analisi (anche) dei giuristi che si sono dedicati al tema⁵³⁵ hanno messo in luce come le particolarità dei lavori investiti dalle tecnologie digitali siano tali da alterare i fondamentali parametri identificativi del lavoro subordinato, a cominciare dal tempo e dal luogo della prestazione e da incidere in modo inedito sui rapporti fra le parti, in particolare sui poteri tradizionalmente attribuiti al datore nel rapporto di lavoro subordinato.

Le discontinuità appaiono più diffuse e diverse da quelle visibili nella diversificazione dei lavori da tempo in atto. L'effetto è tanto più marcato in quanto le tecnologie digitali, congiunte con fenomeni strutturali come la globalizzazione, stanno introducendo trasformazioni anche nella organizzazione delle imprese, di cui anche i giuristi del lavoro hanno cominciato ad occuparsi.

Nella vulgata dei media e dei gestori del personale si prospetta un futuro di "automatic management" guidato dalle macchine intelligenti, che dovrebbero trasferire a un algoritmo il ruolo di

⁵³⁴ R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same hold story?*, WP Massimo D'Antona, IT, 336, 2017.

⁵³⁵ La letteratura è già considerevole, ma di qualità diseguale; e anche la terminologia utilizzata è diversa; M. Cherry, *Taxonomy of virtual works*, 45 GA.L. Rev. 951 (2011); cfr. nella dottrina giuridica degli USA: A. Aloisi, *Commoditized workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of "On-Demand/Gig Economy" Platforms*, 37, Comp. Lab., L. & Pol'y J. (2016); Valerio De Stefano, *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdswork, and Labor Protection in the "Gig Economy"*, 37 Comp. Lab. & L. & Pol'y J. (2016); Jeremias Prassl & Martin Risak *Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdswork*, 37 Comp. Lab. L. & Pol'y J. (2016). Qui mi occupo dei lavori, trasporto di persone e prestazioni di servizi, attuati *on demand* tramite una piattaforma digitale che non solo intermedia ma organizza in vario modo il lavoro delle persone. Problemi diversi sorgono da altre forme di lavori "virtuali" o "crowdswork", dove le prestazioni – spesso micro prestazioni – sono offerte e scambiate per il tramite di *app* o *websites* da soggetti che operano senza dipendere da organizzazione altrui e quindi presentano tratti caratteristici del lavoro autonomo, sia pure legato agli strumenti digitali; R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, cit. segnala i rischi di sfruttamento nascosto anche nelle varie forme di *crowdswork* e cita il caso eclatante di Amazon Mechanical Turk; V. De Stefano, *The rise of the just in time workforce: on demand work. Crowdswork and labor protection in the gig economy*, ILO, 2016, Working Papers, *Conditions of work series* n. 71; Eurofound, *Working any time, any where. The effect on the world of work*, 2017; C. Degryse *Digitalisation of the Economy and its impact on Labor Market*, ETUI, WP 2016, 02. CEDS, European Ec. Soc. Committee, *Impact of digitalization and on demand economy on labor markets and the consequences for employment and Ind. Rel.*, Bruxelles, 2017. In Italia fra i tanti, le analisi di D. Garasco, S. Sacchi, *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma, 2017, spec. n. 2; A. Donini, *Il lavoro digitale su piattaforma*, Labor and Law Issues, 1, 2015, p. 59.

Per gli aspetti giuridici v. in generale R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali*, cit.; P. Tullini, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e prospettive di intervento*, RGL, 2016, I, 748 ss.; e ID, *Quali regole per il lavoratore utente del web? Scambio economico e tutele*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e tutele*, in P. Tullini (a cura), Giappichelli, 2017, p. 141 ss.; A. Perulli, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in RGL, 2017, I, p. 195 ss.; V. De Stefano, *Lavoro su piattaforma e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, ivi, p. 241 ss.; V. Speciale, *Introduzione*, ivi, p. 171 ss.; M. Weiss, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, DRI, 2016, 3, p. 659.

datore di lavoro, o almeno alcune funzioni di esso. L'emergere dei lavori digitali ampiamente reclamizzato nel mondo dai casi più noti di Uber, Lyft e simili ha aumentato i dubbi sulla tenuta delle categorie qualificatorie tradizionali, a cominciare dalla subordinazione. Per i giuristi più riflessivi e preoccupati ha messo in discussione l'identità stessa del diritto del lavoro.

In ogni caso siamo di fronte a un fenomeno mondiale non transeunte, con molte varianti nelle modalità strutturali e nella diffusione. Come spesso succede esso si è manifestato anzitutto nel continente nordamericano. Non a caso le prime imprese di successo dedite all'organizzazione del lavoro su piattaforma digitale e le prime controversie giudiziarie sulla regolazione di tali lavori sono localizzate in California.

Ma sia le imprese della Gig economy sia le controversie su tali lavori digitali si sono diffuse rapidamente dai paesi anglosassoni all'Australia al Giappone, fino all'Europa; ciò nonostante nel nostro continente e in Italia queste attività abbiano trovato non pochi ostacoli ad affermarsi nelle regole del diritto lavoro e soprattutto del diritto della concorrenza.⁵³⁶

2. I criteri identificatori dei rapporti di lavoro su piattaforma nella Common Law.

Le sentenze nordamericane e i relativi commenti dottrinali riconoscono che i criteri tradizionali sviluppati dalla giurisprudenza per qualificare il rapporto di lavoro subordinato, o meglio per decidere come regolare i diritti e doveri delle parti, sono messi in crisi dai nuovi lavori, in particolare da queste forme di lavoro su piattaforma. Anzi secondo alcuni, questi criteri non servono più e sono solo fonte di confusione per chi deve decidere.⁵³⁷ Per indicare tale inadeguatezza e il conseguente smarrimento dei decisori, il giudice di uno dei primi casi californiani riguardante una nota impresa della gig economy, la Lyft operante come Uber nella gestione dei taxi, ha usato una metafora non tecnica ma molto efficace. Se il caso dovesse arrivare a una giuria, ma non vi doveva arrivare perché come molte di queste controversie, si è concluso in sede extra giudiziale, “ai giurati sarebbe stato offerto “a square peg and asked to choose between two round holes” (un piolo quadrato chiedendo di scegliere fra due buchi rotondi).⁵³⁸

I criteri utilizzati dai giudici e dai legislatori di quel paese sono molteplici; ma la loro individuazione e il modo con cui sono combinati nel decidere rispondono a uno specifico utilizzo, cioè ai rimedi che devono essere apprestati nel caso concreto.

Il criterio tradizionale ripreso dalla Common law of agency, utilizzato in origine per stabilire la responsabilità del datore di lavoro per gli illeciti commessi dai dipendenti, è il cosiddetto “control test”. Secondo questo criterio il rapporto è definito come di lavoro subordinato e non di lavoro

⁵³⁶ L'opinione dell'avvocato generale della ECJ nel caso C. 434/5, *Asociacion profesional Elite Tax v. Uber System Spain*, ha ritenuto che l'attività di Uber svolta su piattaforma va considerata come “servizio di trasporto” e quindi è soggetta alle condizioni stabilite dalle autorità nazionali per “*non resident carriers*” (licenze e autorizzazioni ad operare).

⁵³⁷ Vedi, tra le tante rassegne, B. Rogers, *Employment rights in the Platform economy: getting back to basics*, Harvard Law and Policy Review, vol. 10, p. 479 ss.; M. Cherry, *Beyond misclassification: the digital transformation of work*, 37 Comp. lab. J. & Pol'y J., p. 577 ss., 2015-2016.

⁵³⁸ Si tratta del giudice Vince Chhabria, nel caso *Cotter v. Lyft, Inc.*, 60 F. Supp. 3rd 1067, (N. D. Cal. 2015), 108, che sottolinea così l'ambiguità dello stato giuridico di questi tassisti.

autonomo, se il datore “dà ordini, pianifica il lavoro nei particolari e controlla la performance dei dipendenti”.⁵³⁹

In realtà già nell'applicare questo test i giudici prendono in considerazione una molteplicità di fattori, non molto diversi da quelli considerati dalla nostra giurisprudenza: le competenze del lavoratore, e quindi la sua possibilità di autonomia, la durata del rapporto, il metodo di pagamento e la capacità del datore di lavoro di terminare il rapporto ad nutum (putative employer's ability to terminate the worker at will).⁵⁴⁰

Il control test è stato ritenuto adeguato e coerente per risolvere le questioni che l'hanno originato, cioè per individuare il soggetto più in grado di prevenire danni a terzi; ma risulta meno univoco per definire altri obblighi del datore di lavoro nello svolgimento del rapporto. In effetti il legislatore federale e quello di alcuni Stati deli USA hanno adottato criteri più ampi per definire i rapporti di lavoro subordinato ad altri fini. In particolare il Federal Fair Labor Standard Act (FLSA) del 1938 ha scartato il control test e definito il termine 'employ' “as suffer or permit to work”⁵⁴¹. Ha usato cioè una definizione generica motivata anche qui dal tipo di tutela che si mirava ad attivare. Infatti lo stimolo al legislatore di quegli anni per intervenire era la necessità di garantire alcuni standard minimi di tutela a lavoratori, spesso minori, impiegati da intermediari, imponendo l'obbligo di rispettare tali standard alle imprese che ne utilizzavano di fatto la manodopera, anche se non erano queste bensì gli intermediari a esercitare i poteri di direzione e controllo sui lavoratori.⁵⁴²

Viceversa il control test è stato ritenuto utile dalla giurisprudenza del National Labor Relations Board (NLRB) per giudicare dell'applicabilità National Labor Relations Act (NLRA) la legge del New Deal sui diritti sindacali nell'impresa. Per il legislatore del 1935 la questione da risolvere non era quella di identificare il datore di lavoro oltre lo schermo dell'intermediario, come nel caso precedente, ma di garantire ai lavoratori impiegati nelle fabbriche fordiste la possibilità di organizzarsi in sindacati all'interno nei luoghi di lavoro.⁵⁴³

I criteri indicativi dell'esistenza di un potere di controllo sono analogamente ritenuti utili per la applicazione dell'ELISA, una legge federale che stabilisce standard minimi per piani volontari pensionistici e sanitari nell'industria privata.⁵⁴⁴

3. Giudizi contrastanti nelle corti USA.

Come si vede la prospettiva dei rimedi, o per usare il nostro linguaggio delle tutele, ha determinato non solo le decisioni giurisprudenziali nei vari casi, ma le scelte del legislatore, che in materia

⁵³⁹ Così la sintetica espressione riportata da B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 485.

⁵⁴⁰ Così *Restatement (second) of Agency* § 220 (Am. Law Inst. 1958).

⁵⁴¹ Fair labor standards Act (codificato) 29 USC § 203 g 2013. La stessa definizione è stata applicata dal Congresso ai lavoratori agricoli nel *Migrant and Seasonal Agricultural Workers protection Act*, 29 USC § 1807, 72, (1983).

⁵⁴² È una normativa di contrasto all'interposizione illecita di manodopera, nelle forme storiche ben note al nostro ordinamento. Ora il problema si pone in modo nuovo nell'individuare la figura del datore di lavoro e le relative responsabilità nelle catene di fornitura fra imprese a livello globale; cfr., nella dottrina USA, M. Anner, J. Bair, & Jeremy Blasi, *Towards Joint in Global Supply Chains: Addressing the Root Causes of Labour Violations in International Sub contracting Networks*, 35 COMP Lab. L. & Pol'y J., 1, 17 (2014).

⁵⁴³ NLRB v. United Ins. 390 US 254 s. (1968); FedEx Home Delivery 361 NLRB, n. 55 (Sept. 30, 2014).

⁵⁴⁴ Cfr. anche per altre citazioni B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 487.

di lavoro si sono moltiplicate nel tempo anche nel sistema nord americano. Peraltro tali interventi legislativi – come i giudici- hanno perseguito obiettivi settoriali di regolazione, rifuggendo non solo da una codificazione ma da definizioni generali della fattispecie “Employment”.

Una indicazione significativa, anche per assonanza con alcuni orientamenti europei e italiani, è quella proveniente dai giudici e dalle agenzie chiamati ad applicare il FLSA e alcune leggi statali nella stessa materia. Le decisioni di tali organismi hanno sviluppato un set articolato per decidere se “as a matter of economic reality the individual is dependent on the entity”.⁵⁴⁵

La corte suprema della California nel caso *Borello & Sons* ha adottato otto fattori (secondary indicia) che si rifanno al control test tradizionale, ma lo combinano con quello della “economic reality” desunto dalla pratica applicativa del FLSA.⁵⁴⁶ All'interno di questi si sono specificati cinque fattori ritenuti più rilevanti per assicurare che la natura del rapporto sia definita alla luce degli obiettivi rimediali. Tali fattori riguardano: la opportunità del lavoratore di guadagnare o di perdere a seconda delle sue capacità (cioè il rischio); gli investimenti materiali e immateriali richiesti per il lavoro nonché l'impiego di aiutanti; la necessità di competenze particolari per svolgere la prestazione; la durata del rapporto; il fatto che la prestazione sia parte integrante della attività del datore di lavoro.

La dottrina ha osservato che il tentativo di perfezionare questi fattori non li ha resi di più sicura applicazione; tanto più che, come rilevano gli stessi giudici, essi non vanno applicati singolarmente, ma in combinazione tra di loro e il loro peso dipende dalla combinazione adottata di volta in volta. Per facilitare la prova della natura (subordinata) del rapporto, il legislatore di alcuni stati degli USA, come la California, ha utilizzato, come in alcuni paesi europei, la tecnica della presunzione stabilendo che chiunque presti servizio a una impresa si presume essere un dipendente.⁵⁴⁷

Di qui la insoddisfazione manifestata dai commentatori e dai giudici che è stata acuita dall'apparire di nuove forme di lavoro atipico, ultima il lavoro su piattaforma. Non è un caso che le controversie sollevate da questi lavori digitali si siano dimostrate di difficile trattazione e si siano finora risolte per lo più in sede extragiudiziale.

Giudizi diversi sono stati raggiunti in casi del tutto simili concernenti due delle maggiori imprese operanti nella Gig economy, Uber e Lyft, e ciò nonostante le corti abbiano utilizzato i tradizionali indicatori del “control test”.⁵⁴⁸ Un primo giudice ha concluso che i tassisti organizzati da Uber erano lavoratori dipendenti, sottolineando il potere dell'azienda di determinare una serie di condizioni di lavoro dei conducenti, di stabilire i prezzi delle corse, e le modalità di comportamento nei confronti dei clienti, nonché di controllare le performance dei lavoratori.

⁵⁴⁵ Cfr. fra i vari casi *Antenor v. D.&S. Farm*, 88 F 3d 925 ss. (11th Circ. 1996) e le indicazioni interpretative del Ministero del Lavoro USA, Wage & Hour Div., US Dpt. of Labor, Opinion letter on FLSA test for employment (2015).

⁵⁴⁶ Cfr. i commenti di B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 487 ss., e K.V.W. Stone, *Legal protections for atypical employees: employment law for workers without workplaces and employees without employers*, 27 Berkeley J Emp. & Lab, L. 257 ss., (2006); A. Aloisi, *Commoditized workers: case study research on Labor Law issues arising from a set of on demand /gig economy Platforms*, 37 comp. Lab. L. & Pol'y J.; V. De Stefano, *The rise of the just in time workforce*, cit.

⁵⁴⁷ Cfr. M. Cherry, *Beyond misclassification*, cit., p. 580.

⁵⁴⁸ Questi casi sono oggetto di analisi e valutazioni esse stesse diverse nei vari scritti in argomento citati nelle note precedenti. Cfr. ad es., in senso critico, B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 489 ss. del quale anche *The social costs of Uber*, 82 U. Chi. L. Rev. Dialogue 86-89 (2015).

La stessa corte in una controversia riguardante Lyft, il principale competitore di Uber, pur avendo riconosciuto che l'impresa dava ai suoi conducenti istruzioni dettagliate sulle modalità del lavoro, a differenza di quanto avviene nei confronti di un lavoratore autonomo, ha concluso che la “control analysis” non era conclusiva per affermare lo status di dipendente dei conducenti, perché questi avevano la libertà di decidere se quando e dove lavorare. Peraltro, quasi a sottolineare la provvisorietà della conclusione, il giudice lascia aperta la possibilità di arrivare a decisioni diverse per altri conducenti che avessero schemi di lavoro più regolari e stringenti.

Qui interessa sottolineare le modalità con cui le cause sono state presentate dagli avvocati dei lavoratori, che confermano la impostazione tipicamente orientata ai rimedi propria dei giudizi definiti in quel paese.

Le prime questioni sollevate dai tassisti e dalle autorità locali riflettono preoccupazioni relative agli standard di sicurezza del trasporto, per i passeggeri più che per i lavoratori. Altre controversie sono state originate dalla richiesta dei tassisti di vedersi riconosciuti i salari minimi di legge e le maggiorazioni per i lavori straordinari, nonché i rimborsi delle spese sostenute per lo svolgimento della prestazione. Sono riportate anche controversie in materia di employees benefit e di tutele procedurali in caso di fine rapporto.

È significativo che i lavoratori e i loro avvocati non richiedono, e quindi non ottengono, il riconoscimento dello status di dipendente, ma avanzano le richieste che ritengono più significative per la loro situazione e più sostenibili alla luce dei precedenti. Un tratto comune delle controversie è che esse riguardano non l'accertamento di una categoria giuridica quanto l'applicazione di segmenti specifici dello statuto protettivo del lavoro, cioè appunto di rimedi adeguati al caso.

Le transazioni raggiunte in molti casi, spesso con l'intervento del giudice, hanno comportato notevoli compensi economici per gli attori, che operano di solito sulla base di class actions talora di grandi dimensioni (in un caso coinvolgenti 400.000 tassisti).⁵⁴⁹

Per superare le incertezze applicative alcuni commentatori hanno espresso l'esigenza di adottare criteri di qualificazione più affidabili e hanno ricercato principi guida di carattere sostanzialmente finalistico in grado di chiarire e integrare gli indicatori tradizionali della common law.

L'analisi di queste posizioni dottrinali e giudiziali è significativa anche per un giurista europeo, perché testimonia il ricorso a elementi qualitativamente diversi da quelli tradizionali per supplire sia alla incertezza degli indici fino all'ora utilizzati per identificare fattispecie dei tratti sfuggenti.

4. Il rinvio a principi generali di fairness, a concetti socio economici e a criteri teleologici.

Per giustificare rimedi adeguati alle richieste dei soggetti i giudici di common law spesso fanno riferimento a principi fondamentali di “fairness” o di equità.

Nelle decisioni è frequente il richiamo per analogia al concetto di “duty” nella “law of torts”: questa non è una categoria né una fattispecie in senso proprio, bensì una “questione soglia” che determina una particolare responsabilità del soggetto; o secondo altre espressioni, è un contenitore

⁵⁴⁹ M. Cherry, *Beyond misclassification*, cit., p. 580.

("placeholder") per giudizi sostanziali di basic fairness.⁵⁵⁰ L'analogia con la law of torts è affermata esplicitamente in una decisione applicativa del FLSA, citata con approvazione dalla dottrina, secondo cui l'impresa è responsabile per violazione delle norme in tema di salario minimo e di orario di lavoro ogni qualvolta il fatto suggerisce che tale responsabilità è "fairly imposed".⁵⁵¹

Altre volte nella materia del lavoro si fa rinvio non a generici principi di fairness, ma a concetti di carattere economico sociale. Alcune decisioni, per decidere sulla natura subordinata del rapporto, si fanno guidare da una particolare "immagine sociale del lavoro": finora l'immagine del lavoro industriale che ora peraltro è meno univoca e meno dominante.⁵⁵² In altri casi, quando il rimedio richiesto delle parti è l'applicazione dei minimi salariali, il giudice giustifica la decisione per l'attore rilevando che questa tutela risponde al bisogno, in particolare di persone che fanno parte della "weakest and most helpless class".⁵⁵³ Simili riferimenti, usati per orientare il giudizio a integrazione dei criteri tradizionali, ricordano da vicino indirizzi interpretativi presenti anche nella nostra dottrina e giurisprudenza, in particolare, in quelle che fanno ricorso al cosiddetto metodo tipologico.

Una serie di indicazioni testuali, sia dei legislatori statunitensi sia dei giudici, rinviano come elemento rilevante per la applicazione delle tutele del lavoro alla disparità di potere economico fra le parti, oppure al fatto che sulla base della realtà economica, (as a matter of economic reality), una data persona è dipendente da un'altra. Anche queste formulazioni sono di uso ricorrente nelle posizioni giudiziali e dottrinali di vari paesi.

Ma la capacità qualificatoria di simili indicatori economici è stata messa in discussione sia dalla nostra dottrina sia dagli stessi commentatori di common law. Si è infatti rilevato che potere contrattuale e dipendenza economica sono dati di fatto comuni e variamente distribuiti nei sistemi capitalisti; e che quindi resta da decidere quanta differenza di potere contrattuale e quanta dipendenza economica siano rilevanti per l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato o di alcune di esse.

Per rispondere a questa domanda senza ricorrere in un circolo vizioso, parte della dottrina ha ritenuto necessario fare riferimento a principi di ordine più generale (higher - order) variamente formulati, ma differenti da quelli talora utilizzati nei nostri ordinamenti.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ Cfr. il *leading case* della Corte suprema di California, *Tarasoff v. Regents of the Univ. of California*, 551 F. 2d 334-342 (Cal. 1976). Il termine "concetto soglia" mi sembra che renda meglio di "categoria" il senso dell'approccio USA. L'espressione *placeholder for substantive judgments* usata da B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 499, mi sembra ugualmente significativa. L'a. rileva più volte che l'uso di questi termini sottolinea come le decisioni in materia non dipendono da questioni di fatto, ma da "*normative judgments*" che tengono conto in particolare della storia e delle "*fundamental purposes of the statute*".

⁵⁵¹ *Maldonado v. Lucca* 629, F. Supp. 483, 489 (DNJ 1986). Anche la dottrina italiana rileva che l'area della responsabilità civile è il terreno di elezione dell'approccio rimediale perché alla base della pretesa sta il danno e non il diritto, A. Di Majo, *Rimedi e dintorni*, in *Europa e diritto civile*, 2015, p. 714.

⁵⁵² Un'immagine, commenta B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 488, che è quella di "un rapporto di lunga durata, in una grande organizzazione come la fabbrica, posseduta da un imprenditore, piena di molti lavoratori che svolgono i medesimi compiti".

⁵⁵³ Così la opinione del giudice V. Chhabria nel già citato caso *Cotter v. Lyft Inc.*, il quale afferma che i giudici dovrebbero intendere ampiamente il concetto di *employment*, "tenendo conto del tipo di persone da proteggere e del "potere contrattuale delle parti".

⁵⁵⁴ B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 495, che ricorda il classico articolo di critica a simili ragionamenti circolari di Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the functional approach*, in 35 Colum. L. Rev. 809 (1935).

In particolare quando si usa il termine subordinazione o dipendenza esso è inteso non in senso strutturale, cioè riferito all'esistenza di poteri di direzione, controllo e organizzazione del datore di lavoro, come si intende da noi e in alcuni indici del test control; ma assume un senso ampio per indicare, ad es., che la dipendenza, non solo economica ma anche sociale e psicologica del lavoratore, e la sua debolezza contrattuale sono così accentuate da indicare che i lavoratori sono particolarmente vulnerabili e a "rischio di dominazione"; cosicché il rapporto presenta un "deficit democratico", oppure ancora che è tale da ledere la "dignità della persona"⁵⁵⁵. E si precisa che l'obiettivo di gran parte delle norme regolatrici del lavoro subordinato è appunto quello di rimediare alla situazione di vulnerabilità del lavoratore e di ingiustizia dei rapporti fra le parti

Queste concettualizzazioni della dipendenza del lavoratore vanno oltre gli aspetti strutturali del rapporto considerati nel nostro diritto per individuare la fattispecie lavoro subordinato. Invece enfatizzano i profili teleologici delle norme, cioè la loro destinazione e la loro utilità per rimediare alle situazioni di bisogno e di svantaggio di volta in volta considerate; il che è coerente con l'approccio rimediare utilizzato dei giudici di quel paese.

Per venire alle fattispecie oggetto della presente analisi, l'applicazione di questi riferimenti pure fra loro diversi, è stata utile a rafforzare la significatività dei test tradizionali e a riconoscere nei tassisti di Uber (ma non necessariamente in altre forme di lavoro su piattaforma) i tratti dei lavoratori dipendenti. Coerentemente con la impostazione rimediare, questa conclusione non è affermata in via generale, ma riferita alle questioni coinvolte nel caso concreto. In particolare essa è più frequentemente condivisa da dottrina e giurisprudenza quando si tratta di applicare a questi lavoratori le normative sul salario minimo, sul compenso per lavoro straordinario e sui rimborsi spese, che come si è visto sono i rimedi più spesso richiesti da questi lavoratori.

5. Proposte di una terza categoria.

In realtà, la inadeguatezza dei parametri tradizionali a dare soluzioni soddisfacenti alle questioni poste dai lavori digitali e quindi la incertezza delle decisioni, sono comuni all'esperienza di molti paesi europei;⁵⁵⁶ ma l'approccio e le conclusioni sono diverse. Di qui l'interesse per un raffronto comparato.

La diversificazione dei lavori e la difficoltà di individuare criteri distintivi adeguati hanno indotto autori di vario orientamento e nazionalità, ma soprattutto europei, a proclamare il superamento

⁵⁵⁵ Così B. Rogers, *Employments rights*, cit., 494 ss., e in generale G. Davidov, *The three axes of employment relationships: a characterization of workers in need of protection*, 52 Toronto LJ 357, 377-386 (2002); vedi le specificazioni di N. Zatz, *Beyond misclassification*, cit., p. 282 ss. I riferimenti a concetti diversi, come quelli di "dominazione" e di "democratic deficit" sono variamente elaborate nella teoria politica e sociologica. La vulnerabilità come carattere tipico del lavoro subordinato è sostenuta in particolare da G. Davidov, *A purposive approach to labor law*, OUP, 2016, spec. p. 127 ss.; e per una applicazione al caso specifico dei tassisti Uber, che ne avvalorano lo status di dipendenti, ID, *The status of Uber drivers: a purposive approach*, Spanish labour law and employment Rel. Journal, 2017.

⁵⁵⁶ Orientamenti diversi si registrano nelle Corti britanniche, come in quelle francesi e italiane: vedi una panoramica in S. Auriemma, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, RGL, 2017, I, p. 281 ss.; A. Di Amato, *Uber and the sharing economy*, Italian Law Journal, 2016, I, p. 177 ss. Anche R. Voza, *Il Lavoro e le piattaforme digitali*, cit., p. 9 ss., rileva la perdurante incertezza qualificatoria di questi casi escludendo che sia possibile ricondurre solo al lavoro subordinato i lavori su piattaforma e prospetta la esigenza di risposte normative differenziate.

di ogni distinzione tipologica, in particolare la fine della capacità identificativa del tipo lavoro subordinato; e si è sostenuta la necessità di ricercare una base comune per la regolazione di tutte le attività di lavoro personale, quale che ne sia la qualificazione tipologica.

Tali impostazioni peraltro hanno comportato conseguenze diverse in ordine alle regole applicabili a questi lavori: talora la estensione dell'intero statuto protettivo del lavoro subordinato alle varie attività autonome, a mio avviso con una vera fuga in avanti⁵⁵⁷; più spesso un allargamento selettivo dell'ambito di applicazione delle norme lavoristiche.⁵⁵⁸

La ricerca di nuovi criteri identificativi dei lavori e quindi delle normative applicabili ha coinvolto anche il legislatore. In particolare la recente normativa di vari paesi, dal Canada alla Spagna al Regno Unito, alla Germania, ha configurato una categoria di rapporti di lavoro intermedi fra i due tipi storici, che condividono tratti di identificativi propri del lavoro subordinato come di quello autonomo.⁵⁵⁹

È significativo che proposte in questa direzione siano state avanzate da più parti anche negli Stati Uniti. Al momento attuale, peraltro, nessuna ipotesi proposta in quel paese ha avuto seguito, in sede né legislativa né giurisprudenziale. Infatti ha sollevato perplessità da parte della dottrina che ricordano quelle espresse in altri ordinamenti, compreso il nostro.

Nel merito le riserve riguardano soprattutto i rimedi e le tutele da riconoscere a questa categoria intermedia. La preoccupazione espressa da vari commentatori è che la introduzione di una terza categoria possa essere di fatto un'alternativa scontata al rapporto di lavoro subordinato, con meno diritti e tutele per i lavoratori e che sia utilizzabile dalle imprese per sottrarre molti rapporti all'area del lavoro standard. Tale preoccupazione è avallata dai raffronti comparati, compresi quelli con l'esperienza italiana delle collaborazioni e del lavoro a progetto.⁵⁶⁰

Ma soprattutto i rilievi critici, non dissimili da quelli presenti nel dibattito italiano, hanno riguardato l'utilità classificatoria di una categoria intermedia del genere. L'aggiunta di una terza fattispecie non sarebbe una panacea per facilitare le decisioni del giudice, ma riproporrebbe la incertezza dei criteri tradizionali per giudicare dei casi concreti e delle tutele applicabili. Non a caso gli autori che manifestano il loro scetticismo invitano a ritornare a quella che ritengono la questione

⁵⁵⁷ Cfr. R. R. Carlson, *Why the law still can't tell an Employee when it sees one and how it ought to stop trying*, Berkeley Journal of Empl. & Lab. Law, 2001, p. 295 – 364; E. Tucker, J. Fudge, L. Vosko, *Employee or independent contractor? Charting the legal significance of the distinction in Canada*, Canadian Lab. & Empl. Law, 2003, p. 193-230; ma vedi anche B. Langille, *Labor law's theory of justice*, in G. Davidov, B. Langille (eds.), *The idea of labor law*, OUP, 2011, cap. 7.

⁵⁵⁸ Osserva in proposito G. Davidov, *The status of Uber drivers*, cit., "ridefinire il confine fra le diverse categorie è necessario, abolirle del tutto è problematico". Id., *Setting labour law's coverage: between Universalism and selectivity*, Oxford J. of legal studies, 2014, p. 543-566. M. Freedland, N. Kountouris, *The legal characterization of personal work relations and the idea of Labor Law*, in G. Davidov, B. Langille, *The idea of Labor Law*, cit., cap. 12, si sono espressi in favore di una marcata selettività. Una estensione selettiva, ma alquanto ampia, delle tutele oltre gli ambiti storici del lavoro dipendente è stata avallata, specie in passato, dal nostro legislatore e in parte dalla giurisprudenza.

⁵⁵⁹ Vedi la rassegna recente di M. Cherry, A. Aloisi, *Dependent contractors in the gig economy: a comparative approach*, American Univ. Law Review, 66, p. 635, che confrontano le esperienze di Canada, Spagna, Italia e danno conto delle proposte di varia origine avanzate negli USA; v. anche E. Menegatti, *Minimum wage for workers on-demand via App*, Paper Draft presentato al seminario di Toronto nel luglio 2017, LLRN 3; G. Casale, *The employment relationship. A comparative overview*, ILO, 2011.

⁵⁶⁰ Vedi tali rilievi critici in M. Cherry, A. Aloisi, *Dependent contractors*, cit., p. 699; B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 516 ss.; G. Davidov, *The status of Uber drivers*, cit., nota come l'idea una terza categoria stia proliferando nel mondo, ma non la ritiene applicabile ai tassisti di Uber che sono da ritenersi lavoratori dipendenti.

essenziale, cioè a ricercare quali sono i diritti e le tutele appropriati per i lavoratori in questione: non si tratta solo dei lavoratori della Gig economy ma di tutti quelli da tempo presenti nelle zone grigie fra i tipi storici del lavoro subordinato e del lavoro autonomo. Perché, ribadisce questa dottrina, la individuazione dei rimedi appropriati è importante tanto quanto e più che la creazione di una categoria giuridica: si tratta con tutta evidenza di un commento coerente con la impostazione metodologica da sempre seguita nell'ordinamento statunitense.⁵⁶¹

La impostazione rimediale è presente nelle richieste di interventi chiarificatori del legislatore che anche negli Stati Uniti si sono fatte frequenti. In ogni caso le varie proposte condividono l'approccio rimediale, perché non sono avanzate con valore definitorio generale, ma alcune chiedono che il legislatore dichiari applicabile a queste forme di lavoro solo alcune delle normative proprie del lavoro subordinato, superando l'approccio del "tutto o niente" tipico dell'impostazione categoriale seguita nel nostro ordinamento; perché tale approccio è ritenuto inadatto a rispondere ai caratteri ibridi di tale lavori e ai bisogni dei prestatori.

Talora si afferma la necessità che ai lavoratori organizzati come i tassisti di Uber si riconoscano i diritti sindacali fondamentali sanciti dalla legislazione federale del New Deal e poi variamente ridimensionata dalle normative successive.

Indicazioni sia pure appena accennate in tale direzione si trovano in qualche decisione del National Labor Relations Board,⁵⁶² e rispondono a sollecitazioni esterne, cioè alle prime azioni di protesta collettiva organizzate da questi lavoratori in alcune grandi città, azioni che hanno trovato risposta anche in provvedimenti da parte delle amministrazioni locali.

Al riguardo si è commentato come le attività sindacali e di contrattazione collettiva possano essere organizzate più facilmente fra i conducenti di Uber che fra i tassisti tradizionali operanti su base individuale, proprio per la grande dimensione e per la organizzazione standardizzata di Uber.

Una evoluzione particolarmente significativa al riguardo si riscontra nella legislazione francese dell'agosto 2016, la prima che risulti specificamente riferita al lavoro su piattaforma digitale e che anticipa orientamenti giudiziali ancora incerti.⁵⁶³ Il testo francese è di particolare importanza perché, pur ricomprendendo tali lavoratori nell'ambito del lavoro autonomo, come del resto i nostri lavori parasubordinati, riconosce loro alcuni diritti tipici del lavoro subordinato; in particolare il diritto all'assicurazione infortunistica, alla formazione continua (se lavorano per un certo tempo), e i diritti collettivi di associarsi in sindacati, di contrattare collettivamente e di ricorrere allo sciopero.

⁵⁶¹ M. Cherry, A. Aloisi, *Dependent contractors*, cit., p. 677 ss.

⁵⁶² Cfr. anche per citazioni B. Rogers, *Employment rights*, cit., p. 518 ss., che auspica un'esplicita presa di posizione in proposito del legislatore e del NLRB; V. De Stefano, *Non standard forms of work and limits on freedom of association: a human rights based approach*, Ind. L. J. 2016, p. 1-23.

⁵⁶³ M.C. Escande-Varniol, *What protection for workers acting via digital platform in a market economy?*, Paper Draft presentato al seminario di Toronto del luglio 2017.

6. La frammentazione della figura del datore di lavoro.

Le trasformazioni tecnologiche digitali che incidono sulle forme del lavoro hanno influito anche nella organizzazione delle imprese, in particolare alterando la struttura piramidale propria dell'impresa fordista. In risposta a questa nuova realtà una parte della dottrina ha sottolineato la necessità di adottare una concezione funzionale o relazionale dell'impresa post fordista, utile anche a meglio imputare diritti e doveri attinenti al rapporto di lavoro. Tale concezione ha implicazioni su diversi aspetti dell'impresa compresi i modelli tipologici delle attività di lavoro, può comportare una frammentazione del concetto di datore di lavoro e correlativamente una distribuzione dei diversi doveri verso i lavoratori su diverse entità organizzative.⁵⁶⁴

Tale approccio è stato ritenuto utile a giustificare un'interpretazione coerente della posizione delle parti nel lavoro su piattaforma, in particolare nei casi come Uber e simili. Gli indicatori individuati dalla giurisprudenza relativi alla determinazione dei sistemi di pagamento da parte di Uber segnalano che questa funzione del datore di lavoro è esercitata dalla piattaforma; dal che si deduce che essa è tenuta ad osservare la normativa sui minimi salariali. Ma ciò non significa che la piattaforma debba essere considerata datore di lavoro a tutti gli effetti. Si fa l'esempio del dovere di garantire la sicurezza del lavoro che può fare capo all'utilizzatore del servizio se questo è in grado di controllare la modalità e i luoghi di svolgimento della prestazione, come nel caso di servizi di pulizia dei locali del cliente.⁵⁶⁵

Una simile applicazione della logica funzionale al datore di lavoro si può riferire alla distribuzione dei doveri del datore nella somministrazione di lavoro prevista dal nostro ordinamento. Non a caso si è ipotizzato da alcuni autori che lo schema triangolare proprio della somministrazione di lavoro possa essere utilizzato con adattamenti per regolare i rapporti fra le parti del lavoro su piattaforma, almeno quando queste si configurino con le caratteristiche dei casi Uber e simili.⁵⁶⁶

7. La diversificazione e flessibilizzazione dei tipi nell'ordinamento italiano.

Ho rilevato all'inizio che gli interrogativi sollevati dal lavoro su piattaforma digitale hanno estremizzato questioni da tempo poste dalla diversificazione dei lavori e hanno messo a dura prova in tutti gli ordinamenti gli indici tradizionali di qualificazione del rapporto di lavoro. Ma le reazioni dei sistemi continentali e di quelli di common law sono state diverse: diversi gli attori chiamati a intervenire; diverso il ruolo delle fonti di regolazione (legislatore, giurisprudenza, contrattazione

⁵⁶⁴ J. Prassl, M. Risak, *Uber, taskrabbit and co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowd work*, Comp. Lab. Law & Pol'y Journal, vol. 37, 2015-2016, p. 619 ss. e, in italiano, *Sottosopra e al rovescio: le piattaforme di lavoro on demand come datori di lavoro*, RGL, 2017, p. 219 ss. La concezione funzionale di datore di lavoro è stata teorizzata in generale da J. Prassl, *The concept of the employer*, OUP 2015; L. Ratti, intorno al concetto di datore di lavoro. A proposito di *The concept of the employer* di J. Prassl, GDLRI, 2016, p. 382, e vedi i commenti di S. Deakin, *The changing concept of the employer in labor law*, 30, ILJ 72, 79 (2001); già J. Fudge, *Fragmenting work and fragmenting organizations: the concept of employment and scope of labour regulations*, 44 OSGOOD Hall L. J. 609, 636 (2006); R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali*, cit., p. 10, ritiene di difficile applicazione questa tesi per qualificare i rapporti in questione.

⁵⁶⁵ L'esempio è di Prassl, *Uber, Taskrabbit*, cit., p. 648 ss.

⁵⁶⁶ M. Faioli, *Jobs "app" Gig economy e sindacato*, RGL, 2017, p. 291 ss.; in realtà gli adattamenti necessari sarebbero non marginali perchè gli attori coinvolti in questo schema sono diversi da quelli della somministrazione tipica. J. Fudge, *Challenging the borders of labour rights?*, in *Labour law and social progress*, Bull. Comp. Labor Relat. 92, Kluwer, 2016, p. 86, ritiene utile il ricorso a schemi triangolari del genere, ma facenti capo non ad agenzie private bensì a organismi composti di rappresentanti dei lavoratori, dei datori e del governo, per regolare non solo lavori informali e saltuari in aree di sottosviluppo, ma anche lavori come quelli di Uber.

collettiva) e infine diverso l'approccio metodologico. Le variabili che possono influire sulla soluzione dei problemi posti dalle trasformazioni dei sistemi produttivi e dei lavori intersecano l'intero assetto politico e socio-economico dei paesi.

Secondo la gerarchia delle fonti propria dell'ordinamento italiano il legislatore ha avuto un ruolo prevalente nel dare risposta alla differenziazione dei lavori. Una tendenza comune del nostro legislatore è stata la moltiplicazione dei tipi e dei sottotipi, che sono stati identificati con deviazioni più o meno accentuate rispetto alla fattispecie tipizzata dall'art 2094 cod. civ. Al di là delle ragioni dei vari interventi il legislatore ha operato sempre sul piano della fattispecie, aggiungendovi o sottraendovi alcuni elementi strutturali: dalla causa del sinallagma, all'oggetto della prestazione (come nel lavoro sportivo e giornalistico), ad elementi accessori come il termine, al contesto e al luogo della prestazione (come nel lavoro domestico e a domicilio o nel telelavoro).

Ai primi contratti speciali, sicuramente riconducibili al tipo lavoro subordinato, si sono aggiunte altre fattispecie che riflettono un più accentuato processo di diversificazione dei tipi; non a caso i contratti sono denominati atipici e non più speciali.

La evoluzione del concetto di parasubordinazione, variamente precisato con l'emergere della collaborazione coordinata e continuativa e poi del contratto a progetto, testimonia emblematicamente le incertezze nella identificazione dei confini della categoria. In qualche caso mostra l'incongruenza degli elementi definitori adottati, come la presenza di un progetto o programma di lavoro, che infatti è stato superato senza rimpianti.⁵⁶⁷ Ma segnala anche la scarsa coerenza, anzi la vera e propria sfasatura fra gli elementi strutturali della fattispecie che dovevano qualificarlo come lavoro autonomo, e la disciplina applicabile individuata in via selettiva, ma ripresa da quella propria anche del lavoro dipendente; dalle norme sul processo del lavoro, all'articolo 2113 del codice civile, alla normativa previdenziale che si è avvicinata progressivamente a quella del lavoro subordinato, fino alla norma della legge 92/2012 che introduceva istituti tipici del lavoro subordinato, quali la garanzia di minimi retributivi.

In realtà nella elaborazione della categoria delle collaborazioni e in parte nella disciplina relativa si è dato rilievo alla debolezza e alla soggezione economica del prestatore di lavoro nei confronti del committente, un dato estraneo alla struttura della fattispecie codicistica e piuttosto connesso alla ratio protettrice della disciplina tipica.

In questa direzione, vicina all'impostazione propria dell'approccio rimediale, si sono mosse le proposte dottrinali di Statuto dei lavori volte a definire una redistribuzione graduata delle tutele, "dentro e oltre i confini del rapporto di lavoro", una scelta ritenuta più utile a capire le realtà del lavoro, che "accapigliarsi sulle definizioni" o "ricercare sbalorditive invenzioni di fattispecie".⁵⁶⁸

I motivi dello scarso successo di queste proposte sono diversi. Anche nel nostro ordinamento riguardano anzitutto scelte di merito, cioè la graduazione delle tutele e i criteri ordinatori delle stesse, che sono controversi anche i paesi dove la materia del lavoro è meno percorsa di tensioni

⁵⁶⁷ Rinvio sul punto al mio saggio, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenza*, ADL, 2005, p. 30 ss.

⁵⁶⁸ La prima citazione è di L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, Relazione al Congresso AIDLASS, Ferrara, 2000, p. 18; la seconda di M. Pedrazzoli, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, Quaderni DLRI, 1998, p. 23.

ideologiche che da noi.⁵⁶⁹ Ma riflettono altresì la resistenza ad abbandonare il tradizionale approccio categoriale che ha impedito di analizzare a fondo le multiformi variazioni intervenute nel funzionamento dei sistemi produttivi e nel lavoro che ne moltiplicano i tratti ibridi di subordinazione e autonomia.⁵⁷⁰

Viceversa sono proprio queste variazioni che richiedono una considerazione approfondita per verificarne l'impatto sulle condizioni di vita e di lavoro e che necessitano di normative diverse al di là dello schema rigido della fattispecie. Infatti le ragioni della crisi della fattispecie centrata sulla subordinazione sono le stesse che richiedono una riconsiderazione della disciplina dei vari lavori. La minore significatività dei tradizionali indici qualificatori del tipo di rapporto si accompagna con lo sfumare dei confini fra i vari blocchi di disciplina una volta compatti.⁵⁷¹ Non a caso il nostro legislatore ha risposto a questa modifica dei lavori e delle loro caratteristiche non solo moltiplicando tipi e sottotipi ma introducendo variazioni di disciplina all'interno del rapporto di lavoro subordinato. La tendenza prevalente, com'è noto, è stata quella di rendere flessibili singoli tratti della disciplina di tutela del rapporto di lavoro subordinato, riguardanti non solo le barriere all'entrata ma anche la gestione del rapporto di lavoro, le variazioni dell'orario e da ultimo le modifiche delle mansioni.

8. Segmentazione e osmosi delle discipline.

La flessibilizzazione di questi aspetti del rapporto di lavoro, pur nella formale identità della sua struttura, ne cambia dall'interno la logica di funzionamento, alterando quindi il significato della nozione di subordinazione e il contenuto dei poteri e dei doveri delle parti. È anche questo un modo di ridefinire gli equilibri del rapporto e i suoi effetti, ma oscurato dentro l'involucro, formalmente unitario della fattispecie. In tal modo il legislatore italiano realizza una segmentazione della disciplina simile a quella che abbiamo riscontrato nell'ordinamento USA.

⁵⁶⁹ Cfr. in generale A. Perulli, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica*, DRI, 2015, p. 109 ss.; M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, p. 177 ss.; anche un recente rapporto del Parlamento Europeo illustra la incertezza dei criteri definitori, Policy Dpt. Employment Policy, 2013; M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, in M. Magnani, A. Pandolfo, P.A. Varesi, (a cura), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 8 ss.

⁵⁷⁰ I confini fra bianco e nero sono sempre meno netti e precisi, "domina il grigio", come riconosce un autore non certo incline ai facili nuovismi, U. Romagnoli, *Un diritto da ripensare*, in LD 1995, p. 474 ss.; e cfr. L. Nogler, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, DLRI, 2015, p. 349 ss.: l'a. richiama le osservazioni di G. Vardaro, cui riconosce il merito di aver superato la ideologia operaista presente in parte della dottrina italiana e di "impiegare il tema della segmentazione dei lavori come occasione di critica e in qualche caso di smantellamento di metodologie e costruzioni consolidate, fino a investire la nozione stessa di lavoro subordinato", rifiutando di "riconduurre la mutevolezza del sociale a quest'unico concetto chiave": G. Vardaro, *Subordinazione ed evolucionismo*, in M. Pedrazzoli, (a cura), *Lavoro subordinato e dintorni*, Mulino, 1989, p. 101 ss. E' lo stesso insegnamento di M. D'Antona, *Le metamorfosi della subordinazione*, in *Il lavoro delle riforme*, Ed. Riuniti, 2000, p. 283 e 295.

Segnali analoghi vengono dagli economisti e dagli aziendalisti: il pensare secondo schemi binari, come seguendo la diade autonomia e subordinazione, non coglie le diversità dei lavori; analogamente le categorie schematiche del fordismo non riconoscono la complessità degli attuali sistemi economici organizzati sempre più a rete che a piramide: così per tutti E. Rullani, *Dal fordismo al post fordismo: alla scoperta di nuove possibilità*, in Doc. CNEL, *Postfordismo e nuova composizione sociale*, Roma, 2000; la inadeguatezza delle classificazioni tradizionali del lavoro a fronte del moltiplicarsi dei lavori atipici nella new economy è rilevata anche da P. Cappelli, *La classificazione del lavoro nella new economy*, in DRI, 2015, p. 621 ss.

⁵⁷¹ L'importanza di questo aspetto ancora più che degli indici qualificativi è sottolineata da diversi autori che sottolineano l'importanza di considerare non tanto i confini fra le fattispecie quanto la distribuzione delle tutele: M. Pedrazzoli, *Consensi e dissensi*, cit., p. 13; E. Ghera, *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di G. Giugni*, Bari, 2000, p. 483 ss.; anche M. D'Antona, *La metamorfosi della subordinazione*, cit., p. 290 ss. e ID, *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in *Lavoro e riforme*, cit., p. 297 ss.

Questo percorso di modulazione delle tutele si è arricchito di una tappa ulteriore, di notevole rilievo nella tradizione italiana, con la legge sul lavoro autonomo. (L. 81/2017) La legge 81, nel riconoscere (finalmente) uno statuto organico a queste prestazioni, esse stesse variabili ha confermato ed esplicitato il processo di osmosi già visibile fra le normative proprie storicamente dei due tipi di rapporto, appunto quello subordinato e quello autonomo. Per rispondere alle esigenze di questo tipo di lavori il legislatore ne ha arricchito la disciplina attingendo anche a normative estranee alla tradizione lavoristica, desunte dal diritto commerciale e dal diritto civile.

Nell'esperienza anglosassone l'adattamento e l'osmosi delle regole sono stati decisi non (solo) dal legislatore ma soprattutto dai giudici, con scelte dettate dalla volontà di corrispondere alle diverse ragioni di tutela, ma spesso guidate, come si è visto da principi di giustizia ed equità o dal richiamo a situazioni sociali tipiche quali la dipendenza la vulnerabilità dei lavoratori e i bisogni che evidenziano particolari necessità di regolazione.

Nell'ordinamento Italiano la necessità di rispondere ad esigenze simili è stata avvertita, in particolare da quella giurisprudenza e dottrina che hanno adottato il metodo tipologico invece di quello sussuntivo nell'individuazione della fattispecie. Ma i tentativi di introdurre in tal modo varianti anche nella normativa del rapporto, in particolare volte ad alleggerire alcune norme di tutela per figure – i dirigenti - ove gli indici della subordinazione si manifestano attenuati, non hanno avuto seguito, come le proposte di legge orientate nel medesimo senso.⁵⁷²

Il motivo è che si sono scontrate con la concezione unitaria della fattispecie lavoro subordinato, fortemente radicata nella nostra cultura giuridica. Così la giurisprudenza italiana è stata indotta a reagire mantenendosi sul piano della fattispecie e adattando la propria concezione di subordinazione in risposta alle sollecitazioni della realtà produttiva e alle stesse modifiche introdotte dal legislatore nella disciplina dei vari tipi di rapporti di lavoro.⁵⁷³

Tale orientamento conferma non solo la ambivalenza degli indici qualificatori, ma il fatto che anche nella nostra giurisprudenza la identificazione della fattispecie è guidata in parte dalla considerazione delle implicazioni in ordine alle tutele da garantire; con la differenza che la qualificazione del rapporto come lavoro subordinato comporta sempre l'applicazione dell'intero statuto protettivo.

I giudici continuano a essere inclini a valutare con larghezza gli indici della subordinazione, perché questa è rimasta la porta d'accesso alle principali tutele del lavoro. Tale situazione non sembra destinata a cambiare dopo la recente normativa sul lavoro autonomo che anzi ha visto lo stesso legislatore ridefinire in termini ampi la nozione di subordinazione con l'utilizzo della formula, invero controversa, della eteroorganizzazione che sostituirebbe il concetto di eterodirezione tradizionalmente ritenuta centrale nella fattispecie dell'art. 2094 cod.civ.⁵⁷⁴

⁵⁷² P. Tosi, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Mulino, 1974, spec. p. 170 ss.

⁵⁷³ L. Nogler, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, DRI, 1991, p. 120, rileva che se si applica il metodo tipologico solo per individuare la fattispecie mantenendone rigidi gli effetti, si arriva agli stessi risultati del metodo sussuntivo, cioè all'automatica imputazione al rapporto di tutto lo statuto protettivo del lavoratore.

⁵⁷⁴ La norma ha ridato nuovo alimento alle decennali discussioni sul significato di subordinazione e di coordinamento, cfr. per tutti, da ultimo M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, cit., spec. p. 12 ss. e ID, *Il contratto di lavoro subordinato*, in corso di pubblicazione, (l'a. ritiene che nonostante questo la prospettiva del *tertium genus* non deve ritenersi tramontata dopo il Jobs Act); P.

9. I poteri derogatori della contrattazione collettiva e la nuova disciplina del lavoro accessorio e agile.

Si è già visto come la tradizionale compattezza della disciplina del rapporto del lavoro subordinato, pur non essendo mai stata contrastata in modo esplicito, abbia ricevuto non poche alterazioni dal legislatore, intese a flessibilizzare alcuni contenuti protettivi ritenuti contrastanti con le esigenze delle imprese e del mercato del lavoro. In molti casi, risalenti nel tempo, la modifica delle regole del lavoro subordinato non è stata sancita direttamente dal legislatore, ma è stata da questo delegata la contrattazione collettiva.

Qui interessa sottolineare che il potere di modulare le tutele affidato ai contratti collettivi non ha riguardato solo aspetti della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ma è giunto fino al punto di alterare la struttura fondamentale del tipo e di superare i confini tradizionali verso il lavoro autonomo. L'intervento emblematico in tal senso è quello realizzato dall'art.2 del decreto 81/2015, che individua nella etero organizzazione il criterio identificativo del rapporto e correlativamente precisa il requisito caratterizzante la collaborazione autonoma. Questa norma ha inteso riaffermare la dicotomia lavoro subordinato - lavoro autonomo, escludendo ogni forma di fattispecie intermedia.⁵⁷⁵

Ma il legislatore, forse consapevole delle implicazioni potenzialmente dirompenti di questo allargamento dell'area del lavoro dipendente, ha introdotto una serie di eccezioni, indicate nel comma 2 dello stesso art. 2. L'eccezione più rilevante è quella che attribuisce alla contrattazione collettiva il potere di prevedere "discipline specifiche di trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze produttive e organizzative del settore".

La delega alla contrattazione è ampia, più di quella stabilita per il settore dei call center. Non esclude che la contrattazione collettiva possa individuare alcune collaborazioni da ricondurre in tutto in parte nell'ambito del lavoro subordinato, (come di fatto è per lo più avvenuto), anche a prezzo di rinunce ai trattamenti economici o di altre modifiche delle condizioni economiche e normative.⁵⁷⁶ È evidente che in tal modo si supera la logica "del tutto o niente" espressione della compattezza del tipo lavoro subordinato.

In realtà la norma in questione è una ulteriore conferma che la capacità qualificatoria della fattispecie perde rilievo, quando si scontra con esigenze specifiche rilevate dalle parti; il che è tanto più significativo perché avviene a cavallo dei confini tra i due tipi di lavoro storicamente contrapposti. Come dire: ciò che non è consentito alla giurisprudenza e che non è stato possibile realizzare con l'introduzione del tipo lavoro economicamente dipendente, è consentito alla contrattazione collettiva per delega del legislatore.

Tosi, *Autonomia, subordinazione coordinazione*, Labor,3, 2017; L. Nogler, *La subordinazione nel dlgs 81/2015: alla ricerca dell' "autorità del punto di vista giuridico"*, WP CSDLE IT, 267/2015; A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, CSDLE IT, 272/2015; G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzata dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n.3 cpc*, in F. Carinci, (a cura), *Commento al dlgs 15 giugno 2015 n. 81. Le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ora in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT, 278/2015; O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT, 266/2015, p. 4 ss.

⁵⁷⁵ Cfr. per tutti M. Magnani, *Autonomia, subordinazione*, cit., p. 57 ss.

⁵⁷⁶ Cfr. più diffusamente T. Treu, *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, in Treccani, *Il libro dell'anno del diritto*, 2016, p. 841 ss. e M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, cit., p. 169.

Alcuni interventi legislativi recenti costituiscono ulteriori manifestazioni della crisi qualificatoria della fattispecie. È il caso della disciplina del lavoro accessorio o occasionale, reiteratasi in varianti successive⁵⁷⁷ (da ultimo L.96/2017). Il legislatore si è concentrato anzitutto nel fissare condizioni di utilizzo, specie da parte del datore di lavoro, dirette a contrastare gli abusi del lavoro accessorio. Per quanto riguarda la disciplina del rapporto ha stabilito i minimi retributivi orari, perché questo è ritenuto un rimedio urgente per rispondere alle condizioni di sottotutela dei lavoratori e per evitare che essi vadano a incrementare il numero dei “working poors”. L’urgenza è tale che il nostro legislatore, con il consenso delle parti sociali, è stato indotto a superare la storica resistenza a definire per legge la quantità minima di salario dovuta per la prestazione di lavoro. Per tornare alla questione generale qui trattata si può dire che questo è un altro caso emblematico in cui la impellenza dei bisogni cui dar risposta prevale sulla logica qualificatoria fino al punto da far passare in secondo piano la questione della natura del rapporto.

Un altro intervento legislativo rilevante per i profili qui trattati è quello riguardante il cosiddetto lavoro agile.⁵⁷⁸ Anzitutto la disciplina di legge è singolarmente scarna per la nostra tradizione, fino al punto di toccare solo di sfuggita il tema della sicurezza del lavoro che è da sempre centrale nella disciplina di tutti i paesi, anche di common law.⁵⁷⁹ Quel che più conta, il nostro legislatore fa riferimento agli accordi fra le parti individuali del rapporto per la definizione di modalità essenziali di svolgimento del rapporto di lavoro, quali l'individuazione del luogo o dei luoghi in cui si svolge la prestazione, la decisione sulla quantità e sulla distribuzione dell'orario di lavoro, nonché sulle modalità dei relativi controlli. La scelta di attribuire le decisioni su questi temi all'autonomia individuale e non alla contrattazione collettiva, è una novità assoluta nella tradizione italiana; in questi termini non si ritrova neppure nell'ipotesi più nette avanzate in passato per la individualizzazione dei rapporti di lavoro. Sul piano sistematico è ancora più significativo che il legislatore eviti di prendere posizione non solo sulla natura del rapporto, ma anche su aspetti del rapporto che costituiscono la ossatura tradizionale. Queste rinunce del legislatore non mi sembrano univoche per ritenere che la legge abbia dato un segnale contrario alla natura subordinata del lavoro agile; ma certo sembrano prendere atto dei caratteri sfuggenti di questa manifestazione del lavoro digitale che non sono riconducibili a quelli delle prestazioni tradizionali, e neppure dei lavori atipici fioriti nella fabbrica post fordista ma non ancora investiti dalle tecnologie digitali. La indeterminatezza e la variabilità delle fattispecie si riflettono nell'incertezza dei loro confini e nella evanescenza della disciplina. Una simile situazione giuridica e fattuale costituisce una sfida all'opera

⁵⁷⁷ L. Tassaroli, *La tracciabilità del lavoro accessorio*, in Treccani, *Il libro dell'anno di diritto*, 2017, p. 345 ss.; e cfr. P. Bellocchi, *Il regime del lavoro accessorio e l'autonomia privata: logiche negoziali e dinamiche fattuali*, in *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali*, a cura di P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speciale, *Commentario al dlgs 276/2003*, coordinato da F. Carinci, Milano, 2004, IU, p. 118 ss. e sulla normativa più recente E. Mussi, *Disciplina delle prestazioni occasionali*, in DPL, 29/2017, p. 181 ss.; J. Jerussi, *Il futuro del lavoro accessorio in Italia*, DRL, 28/2017, p. 1149 ss.; O. Mazzotta, *Il nuovo lavoro occasionale adesso è legge dello Stato*, in Labor, 25 luglio 2017.

⁵⁷⁸ L. Taschini, *Lavoro agile*, in Treccani, *Libro dell'anno di diritto*, 2017, p. 373; M. Magnani, *Il contratto di lavoro subordinato*, cit.; O. Mazzotta, *Lo statuto del lavoro autonomo e il lavoro agile*, ne *Il quotidiano giuridico*, 1° febb. 2016; M. Tiraboschi, *Il lavoro agile fra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP M. D'Antona, IT, 335, /2017; M. Lai, A. Ricciardi, *La nuova disciplina del lavoro agile*, DPL, 11/2016, p. 707 ss.; A. Donini, *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in P. Tullini, (a cura), *Web e lavori: profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, p. 82 ss.; E. Dagnino, P. Tomasetti, C. Tourres, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva, oggi*, ADAPT, WP, n. 2/2016; M. Zocca, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, *Sociologia del lavoro*, 138/2015, p. 69 s.

⁵⁷⁹ Cfr. M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL, 2017, p. 1-24.

dell'interprete e dei giudici, perché, come ricordano i civilisti che si sono interrogati sul tramonto della logica della fattispecie, “quel che si toglie a questa logica si dovrebbe dare al giudice, e il vuoto della fattispecie andrebbe coperto con la interpretazione”⁵⁸⁰

10. Ricerca di una disciplina differenziata.

L'indagine fin qui svolta ha mostrato come i caratteri dei nuovi lavori, in particolare quelli organizzati su piattaforma, abbiano messo a dura prova i criteri usati dalla giurisprudenza, compresi i giudici di common law dotati di margini interpretativi più ampi di quelli riconosciuti nel nostro ordinamento; e la abbiamo indotta a integrare i criteri di tipo strutturale con riferimenti di carattere teleologico o di policy.

Tale approccio non è assente nella nostra giurisprudenza, oltre che nelle riflessioni della dottrina, non solo lavoristica. Ma le conclusioni dei nostri giudici hanno trovato un limite finora insuperabile nella concezione unitaria della categoria e della relativa disciplina, in particolare della fattispecie lavoro subordinato. Viceversa l'approccio rimediale dei giudici di common law ha permesso la ricerca e la applicazione delle tutele più corrispondenti agli interessi in gioco delle parti. Non a caso il riconoscimento delle tutele tipiche del lavoro subordinato non è stata indifferenziata come da noi, ma si è indirizzata in particolare ad applicare alcuni standard di base, a cominciare dai minimi salariali.

Va peraltro rilevato che le mutate condizioni di contesto e le trasformazioni dei sistemi produttivi hanno sollecitato diversi approcci alla categoria lavoro subordinato e alla sua disciplina in parte convergenti nei due ordinamenti. Anche i paesi di common law hanno visto reiterarsi interventi legislativi in risposta alle diversificazioni dei lavori, ispirati essi stessi a un approccio rimediale. Inoltre per supplire alla inadeguatezza delle fattispecie tradizionali alcuni di questi paesi hanno introdotto categorie intermedie simili a quelle attuate in alcuni paesi europei.

Nel nostro ordinamento il legislatore, da sempre protagonista, ha modificato in varie occasioni lo statuto del lavoro subordinato, così da infrangere la unitarietà normativa della categoria. Fra le vie seguite abbiamo elencato: la moltiplicazione dei tipi e sottotipi oltre gli storici contratti speciali, che si è rivelata un equivalente funzionale della diversificazione delle discipline; la delega ai contratti collettivi del potere di variare le discipline del lavoro subordinato anche oltre i confini tradizionali del tipo; da ultimo l'allargamento delle maglie della disciplina in particolare del lavoro agile, per lasciare spazio all'autonomia privata.

Le implicazioni di queste trasformazioni dei lavori sono incerte, come mostrano le scelte dei giudici e del legislatore riguardanti molti rapporti atipici e da ultimo i rapporti di lavoro su piattaforma.

Anche la nostra giurisprudenza nel considerare questi casi dovrà cercare risposte adeguate alla natura delle varie forme di prestazione organizzata tramite piattaforma digitale e del lavoro agile. I giudici saranno chiamati a valutare se e come inquadrare tali rapporti nelle categorie tradizionali (lavoro autonomo, lavoro subordinato) con la applicazione dell'intera disciplina relativa, o se invece vorranno tener conto dei caratteri ibridi di tali lavori, che rendono inadeguati i tradizionali

⁵⁸⁰ G. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di incertezza*, RTDPC, 2015, p. 1103, che rileva come spetti così all'interprete di dare risposte alla domanda di tutela delle situazioni soggettive violate, individuando i rimedi “da rinvenire in modo agile e concreto nella totalità complessa transnazionale”.

criteri qualificativi e gli assetti normativi di entrambi i tipi, per ricercare soluzioni che rispondano meglio ai caratteri diversificati delle prestazioni e ai bisogni di tutela delle persone coinvolte. La scelta in quest'ultima direzione realizzerebbe una supplenza interpretativa della giurisprudenza simile a quella praticata dai giudici di altri paesi e giustificata dall'incertezza qualificatoria e dalla incompletezza normativa.

È significativo che la Commissione Europea, pur richiamando i possibili criteri identificativi del vincolo della subordinazione per risolvere il contenzioso in corso, si limita a invitare gli stati membri a garantire “*fair working conditions and adequate and sustainable social protection*” da valutare considerando “*the different needs as well as the innovative nature of collaborative business models*”. Si tratta di una indicazione non lontana dalla logica rimediale.

La ricerca di soluzioni così impostate è difficile perché deve svolgersi senza la protezione delle maglie assicuranti delle fattispecie e dei suoi effetti; inoltre deve confrontarsi con la diversità dei casi reali con la (sola) guida di principi generali. Ma ha il pregio di colmare il deficit di adeguatezza ed effettività delle tutele che l'approccio tradizionale sta sempre più rilevando a fronte dello sconvolgimento degli assetti storici del lavoro e dell'impresa. Essa permetterebbe di guardare agli interessi sostanziali riconosciuti dall'ordinamento, come hanno cercato di fare i giudici USA, nonché di esplorare “tutte le opportunità applicative degli strumenti giudiziali predisposti dall'ordinamento”).

La selezione degli interessi da tutelare resta compito delle fonti previste nell'ordinamento, come ribadisce la dottrina, perché il campo di azione dei rimedi riguarda non questa selezione, bensì “le conseguenze derivanti dalla violazione degli interessi giuridicamente tutelati e appunto la scelta degli strumenti per la loro effettiva protezione”. In realtà la delicatezza della questione sul piano dogmatico e sistematico è evidente e la distribuzione fra i due piani tende a sfumare, come si vede nelle scelte dei giudici, soprattutto ma non solo di *common law*. Infatti si rileva che l'applicazione del principio di effettività nella prospettiva rimediale fornisce “un diverso apprezzamento della rigida separazione che si assume esistente fra il momento del riconoscimento dei diritti e quello più a valle della loro tutela”.⁵⁸¹

Spunti utili (anche) per queste scelte possono trarsi dalle riflessioni della dottrina civilistica che si è interrogata sulla eclissi della fattispecie e sulle potenzialità di un approccio rimediale in diversi ambiti tematici: dalla protezione dei diritti della persona, all'adempimento delle obbligazioni. I testi di tale dottrina, sia pure riferiti a temi diversi, contengono accenti che riecheggiano quelli della *common law* più volte qui ripresi: l'obiettivo dell'approccio rimediale, che non è quello di rispettare la tipicità dei diritti, ma di rispondere all'esigenza di adeguatezza dei rimedi e quindi il

⁵⁸¹ Cfr. A. Di Maio, *Rimedi e dintorni*, in *Europa e diritto privato*, n. 4/2015, p. 705 ss., che osserva come spetti anche al diritto contribuire alla rimozione degli ostacoli alla eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° co Cost., rafforzando gli strumenti per l'effettività delle norme. (ivi, p. 712 ss.).

distacco del rimedio da una rigorosa dipendenza dalla fattispecie;⁵⁸² la flessibilità della strumentazione rimediale che apre il diritto a “implementarsi di acquisizioni ulteriori”;⁵⁸³ la maggiore utilità ed efficacia riformatrice della visione rimediale rispetto a quella fondata sull’approccio strutturale alla configurazione delle situazioni soggettive.⁵⁸⁴ Come si esprime G. Vettori l’analisi della “sola dimensione strutturale di un oggetto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue con chiarezza da altri, mentre al visione rimediale assicura la massima realizzazione dell’interesse giuridicamente protetto da un diritto o da un principio”.⁵⁸⁵

11. Criteri ordinatori delle tutele per il lavoro su piattaforma.

Riflessioni analoghe si trovano, sia pure talora implicite, nella dottrina giuslavoristica sopra citata che aveva sottolineato l’importanza di valorizzare una distribuzione differenziata delle tutele secondo i bisogni e la varia età dei lavori al di là del rigido schema della subordinazione e delle tutele attribuite in blocco a tale fattispecie.⁵⁸⁶ Esse sono riprese, con considerazioni riguardanti i diversi rimedi risarcitori e reintegratori, da una recente dottrina anch’essa sollecitata dalla crisi del principio di effettività nel diritto del lavoro. Tale dottrina ha valorizzato l’approccio rimediale, in particolare per l’applicazione e protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori. In tale ottica ha prospettato la possibilità di una “integrazione in via interpretativa dell’assetto di tutela previsto per tali diritti, qualora si rivelasse lacunoso o incompleto in punto di effettività”.⁵⁸⁷

La difficoltà di inquadrare i lavori su piattaforma negli schemi classificatori tradizionali, in particolare nella categoria lavoro subordinato, ha indotto altri autori a muoversi in direzione simile, prospettando la necessità che sia applicabile uno statuto protettivo adeguato ogni qualvolta questi lavori siano esposti a situazioni di rischio analoghe a quelle proprie del lavoratore subordinato, anche se non ricorrono gli indici qualificatori tradizionali della subordinazione: (potere direttivo, eteroorganizzazione o simili).⁵⁸⁸

Si ipotizza anche qui una dissociazione delle tutele dalla fattispecie; dissociazione che può essere più o meno marcata, perché lo statuto protettivo di questi lavoratori digitali può essere variabile a seconda delle modalità di svolgimento di tali attività e della funzione svolta dalle piattaforme.

È significativo che le tutele prospettate non coincidono con la totalità di quelle attribuite alla fattispecie lavoro subordinato, ma si concentrano su alcuni nuclei fondamentali non dissimili da quelli considerati dai giudici di common law: dai minimi salariali, alle prestazioni previdenziali, alle libertà collettive, alla tutela della privacy. E richiedono adattamenti più o meno marcati per tener

⁵⁸² Così ancora A. Di Majo, *Rimedi e dintorni*, cit., p. 739 ss. Anche R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali*, cit., p. 15, afferma la esigenza di riconoscere una serie di diritti a questi lavoratori a prescindere dal tradizionale vincolo della subordinazione, sia alcune tutele primarie, sia misure specifiche connesse alle particolari modalità e rischi del lavoro su piattaforma; anche P. Loi, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, RGL, 2017, I, 259 ss.

⁵⁸³ A. Di Majo, *L’adempimento in natura quale rimedio*, (in margine a un libro recente), Europa Dir. Priv., 2012, p. 1149.

⁵⁸⁴ G. Vettori, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, in Europa Dir. Priv., 2011, p. 237.

⁵⁸⁵ G. Vettori, *Ibidem*.

⁵⁸⁶ Oltre agli autori citati a nota 47, vedi le nette affermazioni di S. Magrini, riportate da M. Magnani, *Il contratto di lavoro subordinato*, in corso di pubblicazione, “abbandoniamo le tipizzazioni di carattere generale che francamente non servono più e puntiamo alla differenziazione dei regimi perché credo che questo sia il punto determinante”.

⁵⁸⁷ P. Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore, attuazione, applicazione, tutela*, in DLRI, 2016 p.293

⁵⁸⁸ P. Loi, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in RGL, 2017, cit., p. 259 ss. e su presupposti in parte diversi, P. Ichino, *Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, relazione al convegno dell’Associazione Giuslavoristi Italiani, Torino, 15 settembre 2017, spec. para 2 e 3.

conto delle particolarità di svolgimento del lavoro digitale; ad es. il calcolo del salario minimo dovrà considerare sia la tipica saltuarietà di tali lavori sia la disponibilità offerta del tempo del lavoratore (come nella fattispecie del nostro lavoro intermittente). Resta da vedere se questa prospettiva può essere imboccata solo per iniziativa del legislatore, come indica tale dottrina, o se possa essere avviata, anche da noi, da qualche intervento di supplenza giurisprudenziale che è più difficile, come si diceva, ma che avrebbe i pregi della sperimentazione rimediale.

Secondo queste impostazioni la prospettiva rimediale non scaccia la logica su cui si fonda la fattispecie, ma la mette fra parentesi o sullo sfondo, ponendo in primo piano gli strumenti per la tutela dei diritti e per la realizzazione dell'interesse in questione. Soprattutto essa supera la pretesa totalizzante e unitaria tipica della fattispecie giuridica, in particolare della categoria subordinazione. Per usare una formula adottata dagli autori di Common law non determina l'intera disciplina del lavoro, ma mantiene la funzione di "criterio soglia" per l'accesso a specifici rimedi e tutele.

Per dare un criterio ordinatore al giudice nella scelta dei rimedi appropriati non basterebbe il richiamo ai generali principi di equità e di giustizia. Questi del resto sono ritenuti insufficienti anche nei sistemi di common law a determinare diritti e doveri relativi al rapporto di lavoro. E non è sufficiente neppure il riferimento alla categoria del rischio, o dei rischi, che è utile per indicare la *ratio* generale di interventi protettivi per questi lavori, ma non basta a fondarne i contenuti.

La ricerca di criteri affidabili per la individuazione delle tutele necessarie nei diversi casi è essenziale per evitare che, abbandonato l'ancoraggio alle categorie tradizionali, ormai falsamente rassicuranti, ci si limiti a registrare la esistenza di confini mobili fra diverse norme e fattispecie, con la casualità di "una prassi senza dottrina"⁵⁸⁹ e si lasci spazio all'arbitrio o al libertinaggio argomentativo⁵⁹⁰.

L'importanza e l'orientamento di tali criteri ordinatori sono tanto maggiori oggi a fronte delle tendenze centrifughe che attraversano l'economia e la società contemporanea. Se è illusorio ingabbiarle in vecchi schemi – e in base a presunti concetti totalizzanti è importante che tali spinte disgreganti siano contrastate con la ricerca di scelte pubbliche orientate a difendere e promuovere i fondamentali diritti delle persone.

La ricerca da parte del giudice delle tutele adeguate a sostenere tali diritti, oltre ad essere condotta con rigore analitico e argomentativo, necessita di essere guidata non (solo) da regole di legge, ma in mancanza di queste, da principi certi, presenti nell'ordinamento.

Nel nostro ordinamento tali criteri ordinatori si devono ricercare nei principi costituzionali relativi alla materia del lavoro, che sono sanciti anche dalle fonti internazionali. In particolare, quelli più direttamente rilevanti sono: il principio dell'art. 36 in tema di retribuzione per garantire a questi lavoratori un compenso salariale minimo; il principio della tutela della salute per sancire gli standard fondamentali di sicurezza sul lavoro; il principio di pari dignità e non discriminazione per

⁵⁸⁹ Come denuncia da tempo U. Romagnoli, *Il patto per il lavoro: quale lavoro*, Lav. e dir., 1997, p.458.

⁵⁹⁰ L'espressione è di Piraino, riportata da A. Di Majo, *L'adempimento in natura quale rimedio*, (in margine a un libro recente), Europa Dir. Priv., 2012, p. 1149.

proteggere i lavoratori da pratiche discriminatorie e lesive della dignità e della privacy; e infine i principi di libertà e di organizzazione sindacale.

Come si è visto sono principi applicati dalla giurisprudenza USA qui analizzata e dal legislatore in vari paesi europei. La legge francese del 2016 sopra ricordata ha menzionato quest'ultimo diritto, per segnalare il valore fondativo che ha avuto l'autonomia collettiva, prima ancora che la legge, nella costruzione delle norme di tutela proprie del rapporto di lavoro subordinato.

Il richiamo a tali principi costituzionali è alla base anche delle proposte di legge relative a uno statuto dei lavori dirette a modulare le tutele fra i diversi lavori al di là delle qualificazioni tipologiche tradizionali. In particolare hanno ispirato il cerchio più ampio di tutele da ritenersi applicabili, proprio per il loro inprinting costituzionale, a tutte le attività dell'uomo che lavora.⁵⁹¹ I progetti originari di statuto dei lavori si proponevano, invero un po' illuministicamente, di riordinare le discipline dell'intero spettro delle prestazioni di lavoro in un quadro organico. Le accresciute turbolenze delle economie e delle società attuali, con le conseguenti incertezze nelle analisi e nelle scelte di policy, rendono ora difficile simili sistemazioni organiche delle discipline, ma non esimono dal continuare la ricerca.⁵⁹²

⁵⁹¹ Cfr. anche per ulteriori citazioni, T. Treu *Politiche del lavoro, Insegnamenti di un decennio*, Mulino 2002 con in appendice la prima bozza di Statuto dei lavori del 1998; T. Treu, *Statuto dei lavori e carta dei diritti*, DRI, 2004, p. 193 ss., con commenti alla proposta di Statuto del 2002.

⁵⁹² M. Magnani, *Il contratto di lavoro subordinato*, cit. "ritiene che a fronte delle difficoltà di individuare criteri utili per qualificare nuovi lavori in particolare quelli su piattaforma digitale, in funzione di un equo statuto protettivo" permane "quell'esigenza di cd statuto dei lavori, nelle varie declinazioni che essa ha avuto, forse troppo frettolosamente accantonate".

Economia “informale” e politiche del lavoro: un nuovo inizio?*

Vincenzo Ferrante

1. Evoluzioni recenti della disciplina di legge sul “sommerso”. La riforma degli appalti.	157
2. Le fonti europee e sovranazionali.	161
3. Le ragioni del sindacato e il ruolo della legislazione.	164
4. Lavoro “non dichiarato” e lavoratori “sommersi”: un tentativo di tipizzazione.	168
5. Generale irrilevanza della costituzione irregolare del rapporto in ordine agli effetti che si producono fra le parti nel lavoro subordinato.	170
6. Sanzioni amministrative per la mancata denuncia del lavoro subordinato.	175
7. La direttiva 2009/52/CE e le tecniche sanzionatorie in essa previste.	177
8. Combattere le ragioni della diffusione del lavoro nero.	182

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 337/2017

1. Evoluzioni recenti della disciplina di legge sul “sommerso”. La riforma degli appalti.

Sotto l’etichetta, consueta al linguaggio popolare, di “lavoro nero” (o, più colta, di economia “sommersa” o “informale”) si annidano ipotesi diverse, cui trovano applicazione discipline normative assai differenziate: accanto ad attività semplicemente illegale (perché penalmente illecita o comunque vietata a mente delle disposizioni civili), si colloca una vasta area di attività di lavoro, spesso di tipo autonomo, “non dichiarato” alle autorità pubbliche e quindi suscettibile di regolamentazione, almeno nei casi in cui non sussistono condizioni ostative che impediscono una immediata sanatoria (come nel caso in cui invece siano coinvolti minori, o soggetti che non hanno titolo per soggiornare sul territorio italiano o dipendenti pubblici che svolgano attività in violazione delle disposizioni in tema di incompatibilità).

È facile osservare come si tratti di una caratteristica strutturale ed antica dell’economia italiana, associata alla carenza di infrastrutture, alla modesta diffusione degli intermediari finanziari, alle ristrettezze del mercato concorrenziale e alle ridotte dimensioni delle imprese, la cui sua esatta dimensione numerica è difficile da stimare per ovvie ragioni⁵⁹³, ma riguardo alla quale il legislatore ha preso ad interessarsi, in un’ottica non più solamente sanzionatoria, già dall’ultimo decennio del secolo scorso, prima attraverso l’art. 5 del d.l. 510/96 e poi grazie all’art. 23 della l. n. 196 del 24 giugno 1997 (c.d. “Pacchetto Treu”), nella speranza di poterne ottenere “l’emersione” mediante una autorizzata deroga temporanea ai minimi della contrattazione collettiva e una disciplina transitoria di favore quanto agli oneri fiscali e contributivi⁵⁹⁴.

L’approccio complessivo faceva aggio sull’idea di una programmazione “per distretti” che, con il coinvolgimento degli enti pubblici territoriali, avrebbe dovuto condurre ad un allineamento, soprattutto delle aree meridionali, alle medie europee in ordine sia ai tassi di sviluppo, sia ai livelli

⁵⁹³ Come è noto la scienza economica ha provato ad adottare vari sistemi per valutare le dimensioni dell’economia sommersa; a riguardo v. ad es. C. LUCIFORA, *Economia sommersa e lavoro nero*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 28 ss.; nella letteratura economica e sociologica v. altresì G. BIANCO, *Il lavoro e le imprese in nero*, Roma, Carocci, 2002; per una valutazione statistica basata sui dati delle sanatorie dei lavoratori migranti irregolari, v. L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 161.

⁵⁹⁴ V. per tutti A. BELLAVISTA, *I contratti di riallineamento retributivo*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il «pacchetto Treu»*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 5-6, pp. 1393-1422 (e dello stesso A., *Il lavoro sommerso*, Torino, Giappichelli, 2000; II ediz. 2002). La norma intendeva rispondere alle incertezze conseguenti all’applicazione della fiscalizzazione degli oneri sociali anche alle imprese che non applicavano i contratti collettivi sottoscritti dalle oo.ss. più rappresentative su base nazionale (v. lo stesso d.l. 338/89 all’art. 1). In generale, sul tema, v. M. DELL’OLIO, *Il lavoro sommerso e la “lotta per il diritto”*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2000, 1, pp. 43-54; A. VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2000, 2, pp. 379 ss.; ID., *Incentivi all’emersione del lavoro sommerso e tecniche di accesso*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2002, 1, pp. 85 ss.; M. RUSCIANO - M. ESPOSITO (a cura di), *Lavoro sommerso in Campania. Linee di intervento*, Napoli, Massa editore, 2006; al tema sono state dedicati due numeri monografici di «Rivista giuridica del lavoro», fasc. 1 del 2008, con scritti di C. Treves, A. Bellavista, V. Pinto, F. Scarpelli e L. Zoppoli, nonché, più di recente, il n. 2 del 2012 con presentazione di A. Bellavista (*Il lavoro nero e le imprese fantasma*) e interventi dello stesso A. Bellavista e di A. Garilli (*Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive*), V. Pinto (*Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all’emersione*), D. Garofalo (*Profili giurisprudenziali del lavoro nero*), C. Treves (*Il lavoro sommerso e le scelte del Sindacato*), G. Fiengo (*Azioni di contrasto al lavoro sommerso e vigilanza amministrativa*), A. Mannino e F. Scarpelli (*L’abuso della responsabilità limitata nel contesto del lavoro irregolare: primi spunti di riflessione*); numerosi altresì i contributi raccolti, all’esito di una ricerca PRIN, da D. GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell’inclusione*, Torino, Giappichelli, 2016 (con contributi di G. Casale; L. Giasanti; M.D. Ferrara, L. Menghini e R. Nunin; G.G. Balandi e S. Buoso; S. Borelli; J.P. Laborde; S. Laforgia; M. Lozito; M. Mc Britton; L. Calafà; L. Angelini; C. Lazzari; A. Zilli; F. Bano; A. Valentini; M. Novella; A.R. Tinti e G. Leone).

di occupazione⁵⁹⁵. Da qui la richiesta delle organizzazioni sindacali di un maggiore coinvolgimento nell'azione di contrasto, che, dopo l'istituzione di un Comitato nazionale "per l'emersione del lavoro non regolare", ebbe a sortire la creazione dei "Comitati per il lavoro e l'emersione del sommerso" (CLES), quali organismi partecipati "trilaterali" a base provinciale chiamati a facilitare sul territorio la definizione di piani di emersione e riallineamento retributivo, nell'ambito della sanatoria fiscale e previdenziale prevista dalla legge 18 ottobre 2001, n. 383 (c.d. "Tremonti bis").

L'azione del legislatore trovava spazio in una dimensione dove l'individuazione degli obiettivi della "strategia europea per l'occupazione"⁵⁹⁶ (SEO), avvenuta nello stesso torno di tempo, sembrava poter imprimere un corso nuovo all'economia italiana, modificando innanzi tutto e profondamente l'approccio regolativo del rapporto di lavoro, mediante una disarticolazione tipologica del contratto, che, favorendo l'emergere dei "nuovi lavori" (mediante contratti "a progetto", "a chiamata" o con il lavoro "accessorio" o con il "job sharing") avrebbe dovuto condurre ad una più precisa mappatura del mercato del lavoro italiano.

Gli anni successivi si sarebbero però incaricati di dimostrare, a seguito di plurime modifiche delle condizioni di riallineamento, come non era tanto a ragione di una carenza normativa che molte forme di lavoro rimanevano nell'area dell'illegalità, poiché la successiva crescita dei rapporti di lavoro non-standard veniva non già ad accrescere la percentuale complessiva della popolazione occupata (se non in minima parte), secondo l'intenzione che aveva mosso il legislatore, ma piuttosto ad erodere lo *stock* dei lavoratori a tempo pieno ed indeterminato, generando così una serie di correttivi normativi, soprattutto in ordine alla limitazione del ricorso del lavoro a termine, che hanno occupato il legislatore e la giurisprudenza per un lungo arco di tempo, fino alla quasi completa liberalizzazione introdotta già dal d.l. 20 marzo 2014, n. 34.

Malgrado il modificarsi degli approcci⁵⁹⁷, l'obiettivo di un rapido incremento del numero degli occupati, quindi, non poté dirsi raggiunto, poiché il giacimento di ricchezza nascosta che si ipotizzava ingente (in forza di una accumulazione "primaria" sfuggita sino ad allora al fisco⁵⁹⁸) non fu trovato (o fece di tutto per non farsi trovare!), come dimostra il fatto che gli accordi aziendali stipulati furono comunque poco numerosi, e che dopo la legge finanziaria per il 2007 (art. 1, co. 1192 l. n. 296/06) l'iniziativa non venne più riproposta, tanto da condurre anche alla soppressione

⁵⁹⁵ Sono i c.d. patti territoriali, di cui già all'art. 2, co. 203 e seg., della l. 662/1996: a riguardo però non si può fare a meno di ricordare anche il "patto per Milano" del 1° febbraio 2000, che anticipa molti dei contenuti del "libro bianco" dell'ottobre 2001 e del d. lgs. 276/2003.

⁵⁹⁶ Sulla c.d. SEO e sulle aspettative che essa generò, fra i tanti, v. M. TIRABOSCHI, A. M. SANSONI, *Strategia europea per l'occupazione (SEO)*, in *Digesto Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale, Aggiornamento IV*, Torino, Utet, 2008, a.v.; A. MISCIONE, *Fondo sociale europeo e politiche comunitarie sulla formazione professionale*, in F. CARINCI - A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, Utet, 2010, pp. 381-397.

⁵⁹⁷ In dottrina si è suggerita una periodizzazione individuando, dopo un primo ciclo (riallineamento), un modello condonale (inaugurato dalla cit. l. n. 383 del 2001) ed un terzo caratterizzato da una ricercata immediata di regolarizzazione e stabilizzazione: così M. FAIOLI, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 11 ss. (dello stesso A. v. voce *Lavoro irregolare*, in *Digesto Discipline Privatistiche. Sezione commerciale*, Torino, Utet, 2009).

⁵⁹⁸ V. M. SAMEK LODOVICI - R. SEMENZA, *Lavoro atipico e lavoro sommerso*, in C. LUCIFORA (a cura di) *Mercato, occupazione e salari: la ricerca sul lavoro in Italia*, Milano, Mondadori Università, 2003, p. 267.

del Comitato nazionale di cui si è detto, le cui funzioni furono trasferite quindi ad un organismo ministeriale⁵⁹⁹.

Il tema è venuto così sostanzialmente ad eclissarsi nella produzione normativa dell'ultimo decennio⁶⁰⁰, affiorando semmai come obiettivo cui tendeva il riordino delle strutture amministrative chiamate ad esercitare la vigilanza sul lavoro, realizzato innanzi tutto dal d. lgs. 124 del 23 aprile 2004⁶⁰¹, sia attraverso il coordinamento dell'azione dei soggetti competenti, sia grazie al rinnovamento delle sue forme: sono stati così introdotti istituti nuovi, quali in particolare la "diffida" di cui all'art. 13, rivolta ad ottenere una conformazione *ex post* alla norma violata in luogo dell'applicazione della sanzione, o la "conciliazione monocratica" e la "diffida accertativa", di cui agli artt. 11 e 12 d. lgs. cit., dirette ad assicurare al lavoratore il recupero delle differenze retributive non corrisposte a tempo debito dal datore, senza l'intervento giudiziale (v. ancora *infra* par. 3).

Non è mancata poi un'azione di ridefinizione degli apparati sanzionatori «per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare», in particolare attraverso la previsione di una sanzione pecuniaria di particolare intensità (art. 3, co. 3 d.l. 12/02 ora modificato dall'art. 22 d. lgs. 151/2015), nonché attraverso un provvedimento inibitorio della stessa attività di impresa (art. 14 d. lgs. n. 81/08 e succ. modd.), che può essere comminato in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro⁶⁰². Da ultimo, anzi, si è assistito ad un ulteriore sviluppo della tendenza alla intensificazione dei controlli, grazie alla recente istituzione ad opera del d. lgs. 149 del 14 settembre 2015 di un Ispettorato nazionale, che unifica gli apparati della Direzioni territoriali del Ministero del lavoro e degli enti previdenziali, lasciando però inalterata la competenza del s.s.n. in tema di sicurezza del lavoro⁶⁰³.

⁵⁹⁹ Il Comitato era stato istituito dall'art. 78 della legge 23 dicembre 1998, n. 448 e le funzioni sono state trasferite alla Cabina di regia nazionale di coordinamento di cui all'art. 1, co. 1156, lett. a), della legge 27 dicembre 2006, n. 296: sulla vicenda v. brevemente C. TREVES, *La lotta al lavoro nero tra legislazione, repressione e politiche di sostegno* in «Rivista giuridica del lavoro», 2008, 1, p. 8 nonché il volume edito da Teleconsul e curato da A. PIZZOFRATTO - S. STELTANO, *Precariato, sicurezza e regolarità del lavoro*, che raccoglie gli atti di una conferenza tenutasi a Bologna nel dicembre 2006.

⁶⁰⁰ Oltre agli aa. cit. a nota 1, v. ancora V. PINTO (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, Cacucci, 2007; P. FERRARI, *Le nuove misure contro il lavoro sommerso*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 11, pp. 2457-2460; A. VISCOMI (a cura di), *Questioni sul lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2008; ID., *Lavoro e legalità: "settori a rischio" o "rischio di settore"?*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2015, 3 nonché in WP "M. D'Antona", 2015, 253; M. ESPOSITO, voce *Lavoro sommerso*, in *Enciclopedia del diritto aggiornamento*, vol. V, 2012; M. SALA-CHIRI (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 2014 (2ª ediz. accresciuta, con la collaborazione di I. Perletti).

⁶⁰¹ L. NOGLER - C. ZOLI (a cura di), *Commentario sulla razionalizzazione delle funzioni ispettive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2005, 4, pp. 972 ss.; nonché, con speciale attenzione al tema in esame, A. PIZZOFRATTO, *Il contrasto al lavoro sommerso tra diritto comunitario e diritto interno: linee di tendenza e possibili sviluppi*, in E. GUALMINI - A. PIZZOFRATTO - S. VERGARI (a cura di), *Vigilanza sul lavoro. La riforma del sistema tra difesa della legalità e tutela dell'impresa*, Padova, Cedam, 2005; sugli interventi precedenti, v. P. PENNESI, *Un quadro in evoluzione: la riforma dei servizi ispettivi e degli ammortizzatori sociali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003; A. SGROI, *Le funzioni ispettive*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003; R. SALOMONE, *Riforma dei servizi ispettivi e riparto di competenze Stato-Regioni*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2006; nella prospettiva del contrasto al lavoro sommerso, v. soprattutto G. FIENGO, *Azioni di contrasto al lavoro sommerso e vigilanza amministrativa*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, 2, pp. 313-333.

⁶⁰² A riguardo, nella sterminata produzione pratica che si è occupata dell'argomento, da ultimo, v. C. CATALDO, *La maxisanzione per il lavoro irregolare: passato e prospettive secondo la riforma*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2011, 2, pp. 436 ss.; G. DI CORRADO, *Lavoro nero e maxisanzione nel Collegato lavoro*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2011, 1-2, pp. 205 ss.

⁶⁰³ Sul punto, v. l'intervento di A. Rapacciuolo nel presente volume; ed altresì: C. LAZZARI, *Ispettorato nazionale del lavoro*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2016; M. NOVELLA, *Il modello italiano dell'ispezione sul lavoro: deterrence, compliance o altro?*, in D. GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work*, cit., pp. 259 ss.; M. ESPOSITO, *Le attività*

Si tratta di innovazioni importanti soprattutto sul piano dell'azione di contrasto all'evasione contributiva, che anzi è venuta a rafforzarsi, per evidenti ragioni di equilibrio del sistema di protezione sociale, seppure in una prospettiva di puro unilateralismo, tanto che, del complesso sistema partecipativo messo in piedi dalla legislazione precedente, resta ora ben poco⁶⁰⁴. Ed anzi può dirsi che, in conseguenza dell'adozione della c.d. legge "sul caporalato" (art. 603 bis c.p., introdotto dall'art. 12 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138), recentemente riscritta dalla legge 29 ottobre 2016 n. 199⁶⁰⁵, il contrasto al lavoro "nero" si sia spostato oramai sul piano della lotta alla criminalità organizzata (peraltro anche in conseguenza di gravi fatti di cronaca, che sembrano anzi annualmente ripetersi).

Il principale successo di quella stagione, sul piano della legalità, può dunque considerarsi l'introduzione del lavoro somministrato (e già interinale, a mente della l. n. 196/97) che, grazie all'organizzazione di tipo imprenditoriale delle "agenzie", ha saputo rispondere ad esigenze cicliche delle imprese, prima fronteggiate soprattutto attraverso il ricorso a prestatori d'opera forniti per lo più da società cooperative, spesso in palese violazione delle disposizioni della legge n. 1369/60, al tempo ancora in vigore, se non con largo ricorso a prestazioni irregolari, grazie anche alla incerta distinzione fra rapporto sociale e di lavoro, al tempo ancora non normata dalla legge n. 142 del 3 aprile 2001.

Si tratta di una innovazione che può senz'altro ascriversi ad un'esigenza di trasparenza e legalità, poiché il decentramento produttivo nelle imprese si era spinto in quegli anni verso forme di appalto chiaramente orientate alla pura e semplice riduzione dei costi, anche se ottenuta in violazione delle norme di legge. Il disegno che si intendeva perseguire, anche nella speranza di irrobustire le fragili istituzioni del collocamento (con l'avallo del sindacato e della sinistra parlamentare più estrema), si è però concretato solo in parte, anche a ragione della successiva abrogazione della legge del 1960, operata dal d. lgs. 276/2003 che, nel riformulare la nozione stessa di appalto nel suo art. 29, orientò l'evoluzione della disciplina verso traguardi differenti, tanto da spingere il legislatore a rafforzare la responsabilità del committente, fino quasi a negare autonomia al contratto commerciale di prestazione di servizi. Peraltro, poiché secondo la giurisprudenza la regola della responsabilità solidale non trova applicazione agli appalti pubblici⁶⁰⁶, risulta ora incrementato il rischio di un inquinamento dell'azione dei pubblici poteri, quando questi si rivolgano al mercato, per ottenere la prestazione di beni e servizi⁶⁰⁷.

ispettive e il contrasto al lavoro irregolare nel sistema del Jobs Act, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2016, 3, 575-592; da una diversa prospettiva, v. altresì M. L. VEGA RUIZ, *L'inspection de travail*, in J.M. THOUVENIN - A. TREBILCOCK (eds.), *Droit international social: droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013, t. I, pp. 521 ss.

⁶⁰⁴ Resta ancora attiva comunque la Commissione centrale di coordinamento, a composizione trilaterale, istituita presso il Ministero dall'art. 3 del d. lgs. 124/2004 (art. 11 d. lgs. 149/2015). A mente dell'art. 2 d. lgs. 149/2015, l'Ispettorato svolge «le attività di prevenzione e promozione della legalità presso enti, datori di lavoro e associazioni finalizzate al contrasto del lavoro sommerso e irregolare, anche attraverso l'uso non corretto dei tirocini» (lett. e), nonché «attività di studio e analisi relative ai fenomeni del lavoro sommerso e irregolare e alla mappatura dei rischi, al fine di orientare l'attività di vigilanza» (lett. g).

⁶⁰⁵ A riguardo rinvio al saggio di G. Rotolo nel presente volume; altresì v. M. MISCHIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro in Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2017, 2, pp. 113-118; F. STOLFA, *La legge sul "caporalato" (l. n. 199/2016): una svolta "etica" nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1/2017 (all'indirizzo <http://ojs.uniurb.it>)

⁶⁰⁶ Rinvio sul punto al mio *Somministrazione e appalto dopo il Jobs Act*, in V. FERRANTE (a cura di), *Dal contratto al mercato*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 81 ss.

⁶⁰⁷ V. a riguardo il saggio di N. Parisi, che apre il presente volume.

E pure si deve aggiungere che la disciplina degli appalti pubblici si è venuta a trovare negli ultimi anni al centro di un complesso incrocio di fonti, poiché la giurisprudenza ha negato sia efficacia, sia validità stessa, alle clausole (cc.dd. “sociali”), attraverso le quali in passato si era assicurata l'applicazione dei minimi sindacali ai dipendenti delle imprese che si aggiudicavano la gara⁶⁰⁸. Non appena i paesi di nuova adesione all'Unione europea hanno iniziato ad affacciarsi al mercato comune non più solo come consumatori, ma come fornitori di beni e servizi, capaci di competere proprio a ragione dei costi più contenuti, è subito emerso, in tutta la sua drammaticità, il conflitto fra la libertà di movimento riconosciuta nei Trattati europei e le esigenze di tutela sociale⁶⁰⁹: la direttiva n. 2014/67 (recentemente trasposta mediante il d. lgs. 136 del 17 luglio 2016) ha dunque confermato il prevalere delle libertà commerciali, seppure al costo di impegnare le autorità amministrative dei singoli paesi a reprimere con maggiore efficacia (e zelo) le forme non genuine di appalto transfrontaliero⁶¹⁰, confermando così la centralità del contrasto al lavoro irregolare come carattere necessario al buon funzionamento del mercato del lavoro.

Né mancano, in via generale, ipotesi di segno esattamente opposto, nelle quali il decentramento verso mercati del lavoro di paesi lontani è reale ed effettivo (specie nell'industria manifatturiera a bassa intensità di tecnologia, come tipicamente nel settore tessile), dove l'appalto può assumere i colori dello sfruttamento del lavoro manuale, non di rado minorile, conducendo l'attenzione dello studioso verso la questione, che esula però dai confini della presente ricerca, dei meccanismi legali di *enforcement* dei diritti umani nei paesi terzi⁶¹¹.

2. Le fonti europee e sovranazionali.

Il quadro che si è ora descritto è chiamato a confrontarsi con l'azione normativa europea che ha visto le istituzioni, all'esito di una lunga analisi preliminare⁶¹², intraprendere una specifica iniziativa diretta al contrasto del lavoro “non-dichiarato” mediante l'istituzione (decisione 2016/344 del PE e del Consiglio del 9 marzo 2016) di una “piattaforma europea per il rafforzamento della cooperazione volta a contrastare il lavoro non dichiarato”: si tratta, in buona sostanza, di una forma di scambio e cooperazione fra le autorità nazionali di vigilanza, nella prospettiva di assicurare una maggiore collaborazione reciproca per la repressione del fenomeno e per la diffusione delle buone prassi, senza che siano state definite al momento politiche comuni o percorsi di emergenza regolati centralmente⁶¹³.

⁶⁰⁸ A riguardo, senza pretesa di completezza, v. S. COSTANTINI, La finalizzazione sociale degli appalti pubblici ..., «WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT», 196 (2014) ed ivi altresì il paper di M. FORLIVESI, Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato, 275 (2015)

⁶⁰⁹ Sul punto, rinvio al saggio di M. Corti nel presente volume.

⁶¹⁰ A riguardo v. i saggi di T. Bussino e A. Bombelli nel presente volume.

⁶¹¹ Mi sono occupato del punto nel saggio *Social concerns in free trade agreements* nel volume curato da J.L. GIL Y GIL - T. USHAKOVA, *Comercio y justicia social en un mundo globalizado*, s.l., Adapt University Press, 2016, pp. 320 ss.; con riguardo a forme odiose di sfruttamento, v. altresì F. BUCCELLATO - M. RESCIGNO (a cura di), *Impresa e forced labour: strumenti di contrasto*, Bologna, Il Mulino, 2015.

⁶¹² V. già le comunicazioni della Commissione COM 98 (219) del 7 aprile 1998 e COM (2007) 628 del 24 ottobre 2007, nonché la Proposta COM (2014) 221 del 9 aprile 2014 della Commissione, sulla quale si sono poi espressi i parlamenti nazionali.

⁶¹³ V. artt. 4-6, in tema di obiettivi, missione e attività; con riguardo alle fonti dell'UE, v. R. NUNIN, *Il contrasto al sommerso e le iniziative comunitarie e domestiche a favore della promozione di lavoro dichiarato, stabile e sicuro*, in F. CARINCI - A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'U.E.*, cit., pp. 223-249; L. ZOPPOLI, *Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*,

Le competenze richiamate a sostegno dell'intervento, nella prospettiva della necessaria sussidiarietà dell'azione europea [art. 153, par. 2, lett. a), del TFUE], rinviando all'esigenza di garantire una crescita duratura di "buona" occupazione (art. 151 TFUE), anche se la decisione si guarda bene dal coordinare le proprie previsioni e lo specifico approccio adottato con le altre fonti europee che pure si occupano di lavoro sommerso, ed in particolare con la dir. n. 52 del 2009⁶¹⁴, diretta a controllare i flussi migratori, o con la recente direttiva n. 67 del 2014 c.d. *enforcement* in tema di distacco transfrontaliero, che si rivolge a disciplinare la libertà di movimento delle imprese e dei prestatori di servizi, verificando che le robuste prerogative riconosciute dal diritto comunitario non siano invocate da soggetti che non ne hanno titolo⁶¹⁵.

Il confronto fra le tre fonti svela fin da subito che, innanzi tutto, diverso è il linguaggio, poiché la direttiva n. 52 contiene all'art. 3 il divieto di impiegare lavoratori che soggiornino illegalmente, mentre la direttiva n. 67 si preoccupa che il distacco sia genuino, disponendo misure volte a garantire la cooperazione amministrativa delle autorità di vigilanza nazionali e ad assicurare l'effettività dei controlli nei confronti di imprese fintamente aventi sede all'estero, ma di fatto pronte ad impiegare soggetti nazionali od esteri a condizioni salariali conformi al paese di pretesa origine (e dunque, offrendo – quando non diversamente previsto dalla legislazione nazionale – salari inferiori a quelle conseguenti ai contratti collettivi nazionali ed, in genere, omettendo del tutto i versamenti contributivi, che si dichiarano invece corrisposti all'istituto previdenziale straniero). Differente è anche l'approccio, poiché la decisione 344 mira alla "emersione" del lavoro non-dichiarato, mentre gli altri due strumenti normativi impongono un divieto di lavoro irregolare, a cui corrisponde una semplice proibizione che sfocia nel primo caso, nell'espulsione dello straniero dal territorio europeo e, nel secondo, nell'applicazione al rapporto di lavoro in essere sostanzialmente della disciplina nazionale (v. art. 11, par. 6 dir. dir. 2014/67/UE, con rinvio all'art. 3 della dir. 96/71/CE).

Seppure può dirsi che tutte le fonti mirano indirettamente ad una azione di regolazione del mercato del lavoro, "sostenendo in tal modo il funzionamento del mercato interno" (art. 1.1. dir. 14), solo nel caso della "piattaforma" l'obiettivo appare quello di regolarizzare i lavoratori sommersi, mentre la direttiva n. 59 mira semplicemente alla loro espulsione dai confini dello Stato, tanto che può dirsi che la nozione di "lavoro prestato da stranieri irregolarmente soggiornanti" si pone addirittura al di fuori del perimetro del lavoro non-dichiarato, come attività di per sé lecita (v. *infra*, par. 4).

Il risultato è però lo stesso sul piano dell'azione, poiché si finisce sempre per richiedere una intensificazione della vigilanza amministrativa (ed un coordinamento fra i sistemi nazionali, come

in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, 1, pp. 81-106; S. Mc KAY, *Gli aspetti transnazionali del lavoro sommerso ed il ruolo della legislazione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2014, 1, pp. 225-245; M. PERUZZI, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, 1, pp. 115-152; M. GIACONI, *Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) "soft law" e (poco) "hard law"*, in *Lavoro e diritto*, 2016, 3, pp. 439-459; S. VARVA, *"Undeclared work" e Unione europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso*, in *Lavoro e diritto*, 2016, 3, pp. 461-479.

⁶¹⁴ A riguardo v. ampiamente il saggio di W. Chiaromonte nel presente volume; qui solo si segnala che il "considerando" n. 33 della dir. 52 richiama le misure di contrasto al lavoro non-dichiarato, definendole complementari all'iniziativa assunta con la direttiva.

⁶¹⁵ Sul punto rinvio ancora agli interventi di Bussino e Bombelli nel presente volume.

pure risulta dagli artt. 10 e 11 della dir. 67 or ora richiamata, oltre che dall'intero disposto della dir. 52), così da proiettare sul fenomeno del lavoro sommerso una luce in parte nuova, orientata alla garanzia di una effettiva parità di trattamento (indipendentemente dalla forza sindacale dei singoli gruppi) e alla progressiva omogeneità delle statistiche, così da assicurare parità di condizioni quando si tratti di valutare le politiche per l'occupazione, in sede di definizione degli obiettivi di bilancio. Sono temi che sembrano condurre lo studioso su terreni, quali quelli del controllo pubblico sulla prestazione di lavoro da tempo abbandonati, dopo essere stati coltivati agli albori dell'industrializzazione, quando ancora il diritto del lavoro apparteneva all'ambito delle scienze gius-pubblicistiche⁶¹⁶.

Il rinnovato interesse del legislatore (nazionale ed europeo) verso questa materia non deve però essere necessariamente valutato alla stregua di una involuzione della normativa, ma come il naturale sbocco dell'esigenza di governare il mercato del lavoro. Appare evidente come le politiche di sostegno alla disoccupazione, e alle più gravi forme di disagio sociale, richiedono un rigoroso controllo in ordine all'effettiva sussistenza delle situazioni lamentate, onde evitare, ad es., che beneficino di assegni di "ultima istanza" soggetti che non ne avrebbero bisogno o che azioni di riqualificazione professionale vengano ad essere rifiutate dal disoccupato, a ragione dell'impegno conseguente al lavoro che egli svolge in maniera irregolare, cumulando così indebitamente due redditi. La bonifica della platea dei lavoratori interessati alle misure di promozione occupazionale dovrebbe dunque realizzarsi sia attraverso l'intensificazione dei controlli, sia soprattutto grazie all'organizzazione di corsi di formazione di base e di lavori di pubblica utilità (che, come l'esperienza comparata dimostra, sono spesso indirizzati ad una forma di controllo indiretto del tempo "libero" dei beneficiari di trattamenti di disoccupazione).

Si tratta, invero, di situazioni di cui già si era fatta esperienza in un passato anche lontano, e sulle quali si deve tornare a ragionare in conseguenza della difficoltà del quadro economico complessivo e della scarsità delle risorse finanziarie ed umane disponibili, che impongono non solo una selezione degli interventi (specialmente passivi) di sostegno, ma altresì l'allargamento della base attiva e, dunque, la creazione di una società dove il lavoro è più diffuso, secondo i precisi dettami della SEO, come ribaditi ora dagli obiettivi dell'azione di "Orizzonte 2020"⁶¹⁷.

In secondo luogo, pare chiaro come si debba proprio alla scarsa affidabilità dei controlli il fatto che l'Italia sia priva di misure (anche temporanee) di assistenza di ultima istanza (*means tested*) orientate cioè alla sussistenza di un effettivo, e non solo presunto, stato di estremo bisogno⁶¹⁸, attesa l'evidente inaffidabilità delle certificazioni reddituali che eventualmente dovrebbero essere a tal fine prodotte da quanti richiedono assistenza.

⁶¹⁶ È noto che nel "Trattato Orlando" è presente una ampia sezione dedicata alla legislazione sociale (v. Vol. VI, Parte I, Milano, 1930, con scritti di F. Arcà, *Legislazione sociale* e A. De Valles, *Le assicurazioni sociali*).

⁶¹⁷ Comunicazione della Commissione "Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", COM(2010) 2020, del 3 marzo 2010.

⁶¹⁸ A riguardo rinvio al mio *A proposito del recente disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2016, 3, pp. 447 ss. (anche in V. FERRANTE (a cura di), *Dal contratto al mercato*, cit., pp. 313-333).

La piattaforma è stata realizzata in tempi veloci e già nell'ottobre del 2016 è stato predisposto un piano di attività per il biennio 2017-18, individuando tre direttrici ("axes") intorno alle quali sviluppare l'attività della piattaforma (cooperazione e azione congiunta, apprendimento reciproco, incremento delle conoscenze) nonché concentrando l'attenzione sul settore dei trasporti e sull'edilizia. Nell'ambito delle prime fasi del confronto fra le istituzioni degli Stati membri, l'Italia si è fatta innanzi riferendo del coordinamento dell'azione di vigilanza prevista nel d. lgs. 149/2015. È comune la constatazione che l'attività degli ispettorati sia insufficiente a far fronte al fenomeno e che, a ragione dei costi, si debbano cercare soluzioni alternative ed integrate, che coinvolgano sia le parti sociali (mediante la definizione di limiti ad appalti e subappalti) sia anche forme di raccolta delle denunce individuali (con *hotlines*, *websites* o *apps*)⁶¹⁹.

Si tratta di un approccio non troppo dissimile da quello adottato dall'ILO nella sua recente raccomandazione n. 204 del 2015, intitolata alla "transizione dall'economia informale verso l'economia formale" che si presenta nei termini di un rafforzamento delle disposizioni contenute nelle convenzioni che contengono i cc.dd. *core labor standards*, secondo un preciso elenco allegato alla raccomandazione stessa, quale passaggio "fondamentale per realizzare uno sviluppo inclusivo e lavoro dignitoso per tutti" (*traduz. mia*).

La raccomandazione sottolinea la diversità delle caratteristiche che può assumere l'attività informale e la necessità di strategie diverse. Seppure l'orizzonte sia abbastanza differente da quello dei paesi dell'Unione (arricchendosi della presenza di paesi in via di sviluppo nei quali il settore informale rappresenta la gran parte dell'economia), ci si muove comunque nell'ambito di un'azione di coordinamento fra le singole amministrazioni statali, secondo un modello di "revisioni fra pari" oramai consolidato, che confronta le evoluzioni registrate, verificando il rispetto degli obblighi assunti. La raccomandazione peraltro si sofferma sulla fase transitoria che dovrebbe innescarsi a seguito dell'attivazione di nuove politiche da parte degli Stati, preoccupandosi di far sì che anche nel breve periodo possano registrarsi dei vantaggi per i lavoratori, specie in quelle economie che si fondano largamente sull'attività informale (anche nella forma di lavoro domestico o familiare)⁶²⁰.

La raccomandazione individua una serie di misure utili a facilitare la transizione verso l'economia formale, preoccupandosi di mettere in evidenza come la difficoltà di accesso al credito costituisca un elemento importante che ostacola il cambiamento. Nel rispetto del generale principio del "tripartitismo" che ispira tutta l'azione dell'Organizzazione stessa, la raccomandazione sollecita gli stati a coinvolgere anche le parti sociali, sebbene non venga individuata la forma che un siffatto impegno dovrebbe assumere.

3. Le ragioni del sindacato e il ruolo della legislazione.

L'intensificazione dell'azione di vigilanza, se, per un verso, si spiega con le esigenze di pareggio del bilancio della spesa sociale (messe bene in evidenza dalle fonti europee), per un altro, pone al legislatore delle sfide in ordine al ruolo che esso è chiamato a svolgere nel campo della politica del lavoro, imponendo in larga misura un ripensamento dell'opzione "astensionistica", che pure

⁶¹⁹ V. a riguardo il documento *Developing a Holistic Approach for Tackling Undeclared Work*, predisposto da C. Williams dell'Univ. di Sheffield, per il primo incontro della piattaforma, tenutosi a Bruxelles il 2 dicembre 2016.

⁶²⁰ A riguardo non si dimentichi che, con lo stesso spirito, la recente l. n. 199/2016 introduce agli artt. 603-bis e 603-ter c.p. norme in tema di confisca dell'impresa e prevede il controllo giudiziario dell'impresa mediante la nomina di un amministratore giudiziario.

ha caratterizzato il quadro normativo dell'ordinamento repubblicano sulla scorta delle previsioni dell'art. 39 Cost. e che, peraltro, trova consacrazione nelle fonti europee, quando si tratti di dettare la disciplina del rapporto di lavoro. In questo senso può dirsi che tutta l'azione normativa più recente, già dal "Libro bianco" del 2001 ed ancor più dopo le riforme del biennio 2011-12, appare orientata alla riduzione dei tanti dualismi che connotano il mercato del lavoro italiano, nella prospettiva di una migliore redistribuzione della spesa sociale, così da incentivare l'attivazione di una frazione sempre maggiore della popolazione in età da lavoro.

L'economia sommersa, insomma, non viene più percepita (come pure era accaduto in passato) quale sinonimo di vitalità di un paese che è bene lasciare (almeno in certa misura) in uno spazio non regolato, ma come un elemento di illegalità che si oppone all'azione di riforma condotta dalle istituzioni, inceppando i meccanismi di redistribuzione sociale (*in primis*, gli ammortizzatori sociali, le politiche attive e gli interventi di "ultima istanza").

Come sottolinea la Commissione, con ammirevole capacità di sintesi⁶²¹, «il lavoro non dichiarato incide gravemente sul bilancio in quanto comporta una riduzione del gettito fiscale e una perdita di contributi previdenziali. È dannoso per l'occupazione, per la produttività e le condizioni di lavoro, per lo sviluppo delle competenze e per l'apprendimento permanente. Si traduce in una riduzione dei diritti pensionistici e dell'accesso all'assistenza sanitaria e genera concorrenza sleale tra le imprese».

In questa prospettiva, che coinvolge direttamente le politiche di coesione sociale, è la stessa azione sindacale ad essere chiamata in causa, sia negli aspetti che attengono alla rappresentanza e alla contrattazione collettiva, ma anche in relazione al ruolo che la legge riconosce oramai da quasi un quarantennio alle organizzazioni dei lavoratori nella gestione condivisa delle istituzioni del mercato del lavoro, mediante l'attribuzione di un potere di delegificazione controllata delle disposizioni normative, ma anche – come più sopra si è ricordato – quali enti esponenziali di un interesse qualificato alla legalità del mercato del lavoro⁶²².

Gli esempi del primo tipo sono ben noti e non richiedono qui di essere richiamati, posto che il riconoscimento alla contrattazione collettiva, mediante norme di "rinvio", di un potere derogatorio della norma di legge è carattere ben noto della legislazione recente (e pare ridursi solo nella legislazione del 2015 del c.d. *Jobs Act*); al contrario, soprattutto la partecipazione dei sindacati ai Comitati (regionali) per l'emersione del lavoro sommerso (i già ricordati CLES: da convocarsi «almeno sei volte l'anno») è misura più recente, introdotta dalla legge n. 124/04 (art. 4, ora abrog. dall'art. 11 d. lgs. 149/2015), in ordine alla quale appare difficile operare un bilancio quanto agli effetti concretamente sortiti nel contrasto al lavoro nero⁶²³.

⁶²¹ Così la cit. proposta della Commissione COM (2014) 221 final, del 9 aprile 2014.

⁶²² Comitati Piattaforma Cgil-Cisl-Uil contro il lavoro nero del 19 luglio 2006.

⁶²³ Può anche aggiungersi che un ruolo importante potrebbe essere forse svolto, specie nei settori dell'edilizia, trasporti e agricoltura, dai RLS, che sono costituiti su base territoriale e quindi ricevono, per così dire, un "mandato" che li investe della rappresentanza di tutta la comunità dei lavoratori di una certa zona.

A riguardo, sembra potersi dire che il sindacato sia apparso spesso a disagio nel ruolo, per così dire, di ausiliario dell'autorità ispettiva⁶²⁴ (e tanto, per non parlare delle associazioni datoriali) e che, nel complesso, sembri più interessato (semmai) all'esercizio dei poteri conseguenti ai rinvii normativi del primo tipo, che ad avviare localmente una politica di contrasto al sommerso (anche se il giudizio per il settore dell'agricoltura dovrebbe essere senz'altro diverso, anche a ragione della concorrenza che il lavoro a basso costo introduce in un settore polverizzato in una miriade di micro-imprese, dove lo sfruttamento individuale ha conosciuto livelli anni fa inimmaginabili⁶²⁵).

La pretesa del sindacato di governare il rapporto degli "insider", attraverso una applicazione concordata di standard protettivi oramai delegificati, deve a ben vedere apparire del tutto legittima, a mente della natura privatistica del sindacato, così come in concreto si è affermata in Italia nell'ordinamento repubblicano, ed a fronte del fatto che nessun ostacolo impedisce l'organizzazione collettiva dei soggetti sottorappresentati (gli "outsider", che qui prendono le fattezze dei lavoratori dell'economia informale). E tuttavia, lo spirito dei tempi porta a ritenere che il rispetto del fondamentale principio di eguaglianza imponga che la tutela del lavoro non si esaurisca (peraltro, secondo l'originario dettato costituzionale) nella sola promozione dell'organizzazione sindacale, ma necessiti di una azione normativa di carattere imperativo, a sostegno di quanti si sentano esclusi dal mercato del lavoro e non ritengano di essere in grado di organizzare collettivamente i propri interessi.

In questo senso, nella prospettiva di un'azione promozionale del legislatore che non riesca più a trovare concretizzazione attraverso il sostegno ad enti collettivi organizzati (e che forse ha rinunciato a cercarne anche il consenso elettorale), non resta che determinare soglie minime di tutela più chiare (in ordine ai salari, agli orari e all'organizzazione del lavoro non-standard), perché l'ampliamento dei poteri dell'autorità di vigilanza sia davvero incisivo e, al contempo, non venga percepito come una dilatazione dell'intervento eteronomo pubblico, che si sovrappone alla presenza sindacale, acuendo ancora di più le contrapposizioni interne del mercato del lavoro.

Lo sviluppo dell'azione di vigilanza e la (correlata) possibile adozione di un salario minimo interprofessionale orario⁶²⁶, suscettibile di applicazione anche ai lavoratori "parasubordinati"⁶²⁷, potrebbero quindi prefigurare l'abbandono del modello di tutela dei lavoratori orientato soprattutto

⁶²⁴ Per questo giudizio v. C. TREVES, *La lotta al lavoro nero*, cit., p. 7; il ruolo essenziale del sindacato è rilevato anche da A. BELLAVISTA, *Al di là del lavoro sommerso*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, 1, pp. 9 ss. e già da B. CARUSO, *L'emersione del "sommerso" e il ruolo del sindacato*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1999, suppl. al n. 3, pp. 79 ss.

⁶²⁵ Si pensi al Protocollo di cooperazione per il contrasto al caporalato ed al lavoro sommerso ed irregolare in agricoltura del 27 maggio 2016 sottoscritto a livello nazionale fra vari ministeri con la partecipazione dell'INL (e si ricordino le manifestazioni pubbliche e i protocolli territoriali sottoscritti soprattutto in Puglia): a riguardo v. V. PINTO, *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, in *Rivista di diritto agrario*, 2014, 3, pt. 1, pp. 356-380 (anche in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, pp. 933 ss.) nonché C. DE MARTINO - M. LOZITO - D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e diritto*, 2016, 2, pp. 313-329 (nonché in A. PERULLI (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Padova, Cedam, 2016, pp. 341-354).

⁶²⁶ A riguardo, in generale, E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale*, Torino, Giappichelli, 2017 e M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 4, pp. 769 ss., nonché EAD., *Salario minimo*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi*, s.l., Adapt University Press, 2015, pp. 537 ss. rinvio sul punto altresì al mio *A proposito del recente d.d.l. governativo sul contrasto alla povertà*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2016, 3, pp. 447 ss. (ora anche in V. FERRANTE (a cura di), *Dal contratto al mercato*, cit., pp. 313-333).

⁶²⁷ Una norma in questo senso (art. 63 d. lgs 276/03 come sostituito dall'art. 1, co. 23, lett. c, l. 92/2012) era contenuta nella legge n. 92 del 2012 imponendo il rispetto dei «minimi salariali ... applicati alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati», ma ha

al sostegno del sindacato, che prendendo le mosse dalla legislazione statunitense del *New deal* ha attraversato tutto il XX secolo, poiché il legislatore sembra ora consapevole del ritirarsi della tutela sindacale ad aree oramai di sempre minore vastità e appare così incline a promuovere i diritti dei lavoratori come una forma di regolazione di un ordine pubblico, che si fa “sociale”, aprendosi a tutte le forme di lavoro.

Il modello del controllo pubblico sulle condizioni di lavoro, non solo sembra coerente con l’auspicato sviluppo della regolazione pubblicistica del mercato del lavoro, che parimenti deve considerarsi come misura promozionale degli “outsiders”, ma sembra andare di pari passo con l’evoluzione complessiva che vede le organizzazioni dei lavoratori rivendicare un ruolo differente rispetto dal passato, liberando il sindacato da responsabilità di carattere decisamente neo-corporative ed esaltando così la dimensione costituzionale della libertà di organizzazione di cui all’art. 39 Co. I Cost., quale manifestazione dell’autonomia collettiva dei privati⁶²⁸.

In questo scenario, appare evidente come anche la tutela affidata al Giudice, come nel caso emblematico del rispetto del salario minimo sulla scorta delle previsioni dell’art. 36 Cost., non basta ad assicurare il perseguimento del disegno del Costituente⁶²⁹, poiché non si deve dimenticare come lo stesso esercizio della giurisdizione sia lo specchio di una funzione che rimane ancorata ad una dimensione prettamente privata, quale strumento di risoluzione di un conflitto che interessa le parti contrattuali contrapposte e che lascia fuori dall’area dell’accertamento quanti non hanno i mezzi materiali (e psicologici) necessari alla promozione di una causa (e non dispongono del sostegno del sindacato). Per tutelare costoro, il modello da attuare – per quanto più oneroso in termini di risorse umane e strumentali rispetto all’autotutela organizzata propria della tradizione sindacale (e allo stesso esercizio della giurisdizione) – resta quello dell’intervento amministrativo e del rafforzamento dei poteri di sollecitazione di questo ad iniziativa del singolo.

In senso opposto, però, non si può fare a meno di notare come la disciplina in tema di conciliazione monocratica e la diffida accertativa per i crediti patrimoniali di cui agli artt. 11 e 12 d. lgs. 124/04, che avrebbe dovuto condurre alla soddisfazione del lavoratore grazie all’azione amministrativa dei servizi ispettivi delle Direzioni territoriali del lavoro (ed ora dell’INL) ha sollevato non poche perplessità ai fini della sua applicazione, ricevendo nel complesso scarso seguito: ed invero, per un verso, l’azione di definizione delle vicende contrattuali sembra richiedere margini di discrezionalità per nulla tradizionali nell’operato delle pubbliche amministrazioni del Paese e, per un altro, si tratta, specie nel primo caso, di un istituto dalla incerta portata, poiché il legislatore, attraverso la previsione della possibilità di estinguere il contenzioso attraverso il pagamento, ha omissso di chiarire quali fossero i risvolti sul piano dell’obbligazione contributiva (lasciando anzi

avuto vita breve in conseguenza del venir meno di quella parte del d. lgs. 276/03 ad opera del d. lgs. 81 del 2015. È possibile che proprio nell’esigenza di una semplificazione dei controlli stesse la *ratio* della norma, altrimenti non semplice da giustificare nella prospettiva di una disciplina di una forma di lavoro autonomo, quale era il “lavoro a progetto”, come del resto riconosceva lo stesso riformulato art. 62 d. lgs. 276/03.

⁶²⁸ A. TURSI, *È davvero necessaria una «rivoluzione maggioritaria»?* in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, 3, p. 299. Una nuova attenzione alla funzione ispettiva si rintraccia in P. PARAMO, M.L. VEGA, *New forms of work and labour inspection: the new compliance challenges*, in «Iuslabor», 2017, 2 (upf.edu/web/iuslabor); N. TOMI, *Le nouveau droit répressif du travail: sanctionner sans pénaliser?*, in «Droit Social», 2017, 5, 436/38; L. GAMET, *Inspection du travail et repression*, ivi, 339-444.

⁶²⁹ Sui limiti dell’accesso alla giustizia, insiste in particolare la racc. OIL n. 205/2015.

intendere che il pagamento della retribuzione anche in misura transattiva potesse valere quale ammissione confessoria del debito contributivo per l'intero)⁶³⁰.

In conclusione, il metodo europeo ed internazionale di un confronto periodico in ordine ai risultati raggiunti dai singoli Stati in ordine allo sviluppo del numero degli occupati finisce per collocare l'intervento pubblico al centro della scena, suggerendo che al fallimento delle politiche di "emersione", a tutta evidenza affidate principalmente all'azione sindacale, si sostituisca, più che una politica di mera sanatoria, un'azione di contrasto più organica e più efficace da parte degli organi di vigilanza del Ministero del lavoro.

Ciò non di meno, non si può ritenere che *sic et simpliciter* si debba escludere un ruolo per le organizzazioni sindacali, come del resto riconosce la stessa decisione di istituzione della "piattaforma"⁶³¹; ed invero, come è stato correttamente notato, un sistema normativo che, in caso di lavoro non-dichiarato, venisse prevalentemente a gravare di *output* negativi i singoli lavoratori, nei termini di un'assenza di tutela, finirebbe per tradire quella promessa alla giustizia sociale, incastonata nelle previsioni fondamentali della Carta costituzionale⁶³². Ed invero, pare difficile ipotizzare che la riscossa dei lavoratori possa avvenire in assenza di un'azione di sostegno portata avanti da un'organizzazione collettiva. Certo, non sempre si potrà fare ricorso a previsioni contrattuali (anche a mente dei limiti che le stazioni appaltanti anche private incontrano nella formulazione dei bandi e dei capitolati, cui più sopra si è accennato), ma è chiaro che l'azione collettiva potrà focalizzarsi (attraverso la previsione di diritti di informazione e consultazione, ovvero mediante una sana politica di *voice*) in quei settori nei quali le caratteristiche strutturali del mercato (frammentazione del ciclo produttivo, ridotte dimensioni delle imprese, concorrenza sui prezzi) favoriscono il ricorso al lavoro non-dichiarato⁶³³.

4. Lavoro "non dichiarato" e lavoratori "sommersi": un tentativo di tipizzazione.

La "piattaforma" europea di contrasto al lavoro "undeclared work" (UDW) di cui più sopra si è detto lascia ai singoli Stati le responsabilità in tema di repressione e non determina una strategia unitaria, se non nei termini del perseguimento degli obiettivi comuni prima ricordati, e già implicitamente contenuti nella SEO⁶³⁴. In una tale prospettiva pare inevitabile che lo studioso debba

⁶³⁰ V. a riguardo P. CRO, *La conciliazione monocratica: soluzione o problema?*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2010, 1, pp. 335 ss. Deve peraltro rilevarsi come anche la sostituzione processuale ad opera del sindacato sia strumento poco praticato in Italia e previsto solo in caso di discriminazioni (art. 5 d. lgs. 216/03), atteso che l'interesse fatto valere da parte ricorrente nel caso di azione ex art. 28 s.l. è propriamente distinto da quello proprio del singolo lavoratore. In senso contrario, v. però ora l'art. 11, co. 3 della dir. 2014/67/UE ("enforcement") relativa i distacchi transnazionali.

⁶³¹ V. in particolare i "considerando" nn. 25 e 26.

⁶³² M.D. FERRARA - L. MENGHINI - R. NUNIN, *Il lavoro sommerso tra incentivi e responsabilità nell'esperienza nazionale, regionale e transnazionale*, in GOTTARDI (a cura di), *Legal Frame Work*, cit., pp. 51-52. Sul punto v. altresì le mie considerazioni di cui *infra* al testo, par. 8.

⁶³³ Per un esempio a riguardo v. la relazione di V. Pinto pubblicata nel presente volume, che riassume il pensiero elaborato nel corso di plurimi precedenti interventi.

⁶³⁴ L. ZOPPOLI, *Unione Europea e lavoro sommerso*, cit., p. 85.

procedere nella direzione di una tipizzazione delle singole ipotesi⁶³⁵ nelle quali i lavoratori vengono coinvolti in rapporti contrattuali irregolari, passando a mettere a fuoco (con una azione di tematizzazione o di modellizzazione) non più solo l'attività in sé (il lavoro non-dichiarato) ma anche la condizione dei soggetti che si prestano ad eseguire prestazioni di lavoro irregolari.

Come si è premesso all'inizio, l'indeterminatezza del fenomeno e il suo apprezzarsi sul piano dell'ineffettività delle norme, piuttosto che su quello concettuale, rendono in certa misura ultra-ne un'esatta definizione capace di abbracciare tutte le ipotesi, anche se gli studiosi hanno senz'altro preso a riferimento delle loro indagini quella del diritto europeo, che, tenendo conto delle diversità dei sistemi giuridici, comprende quindi "ogni attività retribuita che sia di per sé lecita, ma che non sia stata denunciata alle autorità di vigilanza"⁶³⁶. Volendo tuttavia provare una classificazione delle ipotesi⁶³⁷ nelle quali più frequentemente viene prestato lavoro non-dichiarato, si possono a riguardo individuare almeno sei profili:

- a) lavoratori saltuari o che prestano continuativamente la loro attività in situazioni di degrado socio-economico o in contesti domestici o familiari; in alcuni casi può trattarsi di lavoratori che prestano la loro attività alle dipendenze di imprese del tutto irregolari (società mai dichiarate, fallite o prive dei requisiti/autorizzazioni di legge o che operano nell'ambito di subappalti illeciti o non dichiarati o in assenza del rispetto dei requisiti di salute e sicurezza);
- b) lavoratori autonomi/artigiani che non dichiarano (in tutto o in parte) l'attività svolta;
- c) lavoratori che svolgono già un'attività remunerata ("doppio lavoro") e che, per divieto espresso di legge (dipendenti pubblici) o per scelta accettano di rendere prestazioni non dichiarate (si ipotizzi un lavoro prestato in maniera irregolare per impresa concorrente a quella da cui si dipende); a costoro possono affiancarsi quanti (pensionati, cassintegrati o disoccupati) godano già di una prestazione previdenziale o assistenziale condizionato all'assenza di altri redditi (ed ancora possono assimilarsi a questi anche quanti sono in attesa di reintegra a seguito di ricorso giurisdizionale o beneficiano di assegno di mantenimento a carico del coniuge divorziato);
- d) immigrati irregolari (e minori);
- e) lavoratori (spesso *part time*) che ricevono una parte del loro salario "fuori busta" dagli stessi datori che li impiegano in maniera regolare;
- f) lavoro autonomo fittizio.

⁶³⁵ A riguardo v. M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso e la "lotta per il diritto"*, cit., pp. 44 ss. che traccia ipotesi coincidenti con quelle che poco più avanti si enunziano nel testo.

⁶³⁶ A riguardo v. "Rafforzare la lotta al lavoro sommerso" COM (2007) 628 comunicazione del 24 ottobre 2007, cit. (traduzione mia) nonché E. ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, "non dichiarato": una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di "attività remunerata"*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2014, 1, pp. 11 ss. (anche in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, Cacucci, 2015, pp. 13-22); M. PERUZZI, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, 1, pp. 115-152.

⁶³⁷ A riguardo v. anche I. PERLETTI, *Alcuni concetti introduttivi*, pp. 32 ss. in M. SALA CHIRI (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro*, cit., 2ª ediz. (e della stessa A. v. *Lavoro sommerso: aspetti economici, giuridici e sociali*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2009, 10, pp. 1230 ss.); una impostazione differente è in E. ALES, op. ult. cit., che ha riguardo alla dichiarazione omessa (totale, parziale o differente dalla reale qualificazione del rapporto).

Si noti che in tutti i primi cinque casi inseriti in elenco, c'è una attività che rimane non dichiarata/denunciata (in molti casi è il lavoratore stesso che è del tutto sconosciuto ai sistemi di registrazione dei flussi occupazionali, mentre nel caso del “doppio lavoro” o del pagamento “fuori busta”, il lavoro è solo parzialmente non-dichiarato: qui dunque si registra una alterazione dei dati che descrivono la condizione dell'occupazione, poiché una parte di questa rimane sconosciuta alle statistiche e, *a fortiori*, alle istituzioni).

Nell'ipotesi del lavoro autonomo fittizio, che pure viene presa in considerazione dalle fonti europee (ed è inclusa nella piattaforma di cui alla decisione n. 2016/344), si tratta, invece, di una mera questione qualificatoria, che non incide sulla quantità complessiva di lavoro prestato, che resta quindi immutato nella sua globalità. Da qui una serie di specificità, che più avanti si ricorderanno (e che peraltro appaiono ben note alla dottrina, a ragione dell'incidenza statistica che il fenomeno ha avuto, ed ha, nel mercato del lavoro nazionale).

Come si vede, le condizioni che inducono il lavoratore verso il “nero” sono differenti e non tutte sono suscettibili di immediata emersione (per es. nel caso, di attività in sé lecita, ma soggettivamente vietata per ragioni di incompatibilità o per conflitto di interessi o perché prestata da un minore o da un soggetto che opera in clandestinità o in condizioni di tutela della salute e sicurezza troppo distanti dagli standard di legge). Parimenti differenti sono le conseguenze che discendono dall'accertamento della violazione di legge. Nelle pagine che seguono, tenendo presenti i profili prima delineati, si proverà ad indagare le specificità che caratterizzano ciascuno di essi, nell'ambito della più generale analisi della disciplina di legge.

5. Generale irrilevanza della costituzione irregolare del rapporto in ordine agli effetti che si producono fra le parti nel lavoro subordinato.

La complessità del fenomeno oggetto di analisi si rispecchia nelle ragioni che spingono l'impresa verso il lavoro non-dichiarato: non si tratta solamente, infatti, di ridurre i costi gravanti sulle imprese, mediante il mancato pagamento degli oneri fiscali e contributivi ⁶³⁸, ovvero di aggirare divieti altrimenti insormontabili (come nel caso degli stranieri irregolari), poiché non mancano casi nei quali l'economia informale risponde ad esigenze che non trovano pubblico riconoscimento⁶³⁹.

A tanto si deve aggiungere, almeno per i lavoratori subordinati, la pretesa dell'imprenditore a gestire in maniera autocratica l'esecuzione del rapporto contrattuale. Il lavoratore “non dichiarato”, a ragione dell'evidente ostacolo rappresentato dall'accesso alla giustizia, specie sul piano probatorio, dipende assai più che il lavoratore regolare dalla condotta del suo datore per ottenere l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla legge o dal contratto (ferie retribuite, 13^a mensilità, t.f.r., normative in tema di orario e di sicurezza sul lavoro etc.).

⁶³⁸ Il risparmio appare evidente a mente del carico contributivo (che giunge sino a quasi il 42% nelle imprese manifatturiere di maggiori dimensioni) e di quello fiscale (da calcolarsi in relazione all'aliquota di riferimento): ovviamente la mancata denuncia determina l'impossibilità di portare il costo del lavoro a scapito del reddito d'impresa, innescando così una corsa al ribasso in ordine alle entrate dichiarate da parte dell'impresa nonché la creazione di una contabilità parallela, necessaria a procacciare le disponibilità necessarie al pagamento in contanti dei lavoratori irregolari.

⁶³⁹ Il posteggiatore abusivo, per fare solo un esempio, per quanto sia parte di un sistema di illegalità diffusa, assicura comunque agli autoveicoli una custodia che le strutture pubbliche non sono in grado di garantire. E ragionamento analogo può farsi per le occupazioni per le quali era stato pensato il lavoro c.d. “accessorio”.

E tanto per non parlare della disciplina protettiva in tema di licenziamento, la cui applicazione viene del tutto negata a ragione della situazione di mero fatto in cui il rapporto si svolge (anche se deve rilevarsi come nella legislazione più recente il punto riceve una certa attenzione, mediante la sottrazione del licenziamento intimato in forma orale all'applicazione dei brevi termini di decadenza, altrimenti previsti per tutte le altre ipotesi di interruzione unilaterale del rapporto⁶⁴⁰).

In più, si deve tener conto che, in assenza di un robusto sviluppo dei servizi all'impiego e a fronte di impieghi comunque precari, la speranza di poter avere accesso successivamente allo stesso lavoro alle dipendenze del medesimo datore può indurre il lavoratore ad accettare una prestazione non dichiarata: viene qui in rilievo il c.d. stato di dipendenza economica "sostanziale", non già come elemento che rileva strutturalmente sul piano delle contrapposte obbligazioni contrattuali, ma quale caratteristica che può connotare singolarmente i prestatori, quando si presentino sul mercato del lavoro privi di competenze professionali specifiche (come per l'appunto nella gran parte dei casi di lavoro non-dichiarato⁶⁴¹).

In ogni caso, almeno per i lavoratori subordinati, si deve riconoscere che, una volta che il rapporto giunga innanzi al giudice, non sussistono differenze sul piano dei diritti individuali, quanto agli effetti che conseguono alla mancata denuncia del rapporto ai soggetti preposti alla vigilanza sul lavoro: ad un tale risultato si giunge, almeno in prima battuta, in forza dell'ovvia constatazione che il contratto di lavoro non richiede la forma scritta, di modo che tutti gli effetti tipici si producono comunque quando sussista un accordo (anche tacito) fra le parti⁶⁴² (con l'ulteriore conseguenza che, quanto meno nella materia retributiva, le clausole difformi dalla regolazione dettata dalla legge o dal contratto dovranno a queste fonti conformarsi).

Un siffatto risultato, tuttavia, non si presta ad una generalizzazione, poiché non mancano casi (impresa irregolare; doppio lavoro di impiegati pubblici; immigrati irregolari e minori) nei quali sussiste un ostacolo normativo alla regolarizzazione *ex post* e non resta che la tutela conservativa degli effetti del contratto che discende dalle norme di cui all'art. 2126 c.c.⁶⁴³, senza che possa attingersi alla garanzia di stabilità del posto di lavoro (secondo le dimensioni dell'impresa e la data di costituzione del rapporto), come nei casi prima richiamati.

⁶⁴⁰ Già la legge n. 183 del 2010, dando veste normativa ad un orientamento giurisprudenziale consolidato, aveva escluso (con disposizione confusamente formulata) il licenziamento intimato in forma orale dal termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale di impugnazione; nello stesso senso sono andate poi la legge n. 92/2012 e il d. lgs. 23 del 2015.

⁶⁴¹ Si noti però che la rilevanza statistica del doppio lavoro è ora messa in evidenza da C. WILLIAMS - I.A. HORODNIC, *Beyond the marginalization thesis*, in *Journal of Economic Studies*, 2016, 3, pp. 400-417.; a riguardo v. pure A. SANTORO, Il lavoro non regolare: un quadro statistico e alcune considerazioni di policy, in «Rivista giuridica del lavoro», 2012, I, pp. 253-267.

⁶⁴² Non a caso, uno studioso dell'art. 2126 c.c., quale M. DELL'OLIO, *Il lavoro sommerso*, cit., p. 48 riferisce la questione ad un problema di effettività, anzi alla sua "concreta e capillare osservanza".

⁶⁴³ Sul tema, v. i classici contributi di v. C. ZAGO GARELLI, *Prestazione di fatto del lavoro con violazione di legge*, Padova, Cedam, 1966; M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 1970; A. PALAZZO, *Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1973 ed ancora R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976; più di recente, v. M. C. CATAUDELLA, *Contratti di lavoro e nullità parziale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 109 ss.; P. CAMPANELLA, *Prestazioni di fatto e contratto di lavoro* (art. 2126), in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2013, e già *Prestazione di fatto*, in *Trattato Carinci-Persiani*, vol. IV/I, Padova, Cedam, 2012, pp. 349-399.

Quest'ultima norma, disciplinando la prestazione resa in via "di fatto" in violazione di legge, viene a far salvi gli effetti del lavoro eseguito, in ordine sia al diritto al pagamento della retribuzione, sia agli effetti previdenziali. Anzi, l'interpretazione che della norma dà la dottrina maggioritaria, finisce per ampliarne l'area di operatività, restringendo la portata della nullità ai soli casi in cui la prestazione resa sia intrinsecamente contraria alla legge (per es. nel caso di esercizio abusivo di una professione⁶⁴⁴).

La mancata denuncia del rapporto di lavoro alle autorità (al di là delle sanzioni di cui all'art. 2098 c.c., mai applicate in concreto ed ora da considerarsi tacitamente abrogate) dà luogo a responsabilità per il datore sul piano amministrativo in relazione, innanzi tutto, alla mancata registrazione del rapporto sul c.d. "libro unico del lavoro" (che ha unificato le precedenti scritture aziendali ed è stato oramai dematerializzato in quanto trasformato in un flusso di informazioni telematiche): e di tanto e delle sanzioni relative al corretto funzionamento del mercato del lavoro⁶⁴⁵ si darà conto nel paragrafo che segue, così come non si devono dimenticare le sanzioni relative all'indebito risparmio sul piano dei costi contributivi⁶⁴⁶.

Sul piano dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, poi, non verrà ad operare la regola della traslazione del rischio in capo all'Istituto previdenziale, che interverrà quindi a riconoscere al lavoratore l'indennizzo solo in forza del principio di automaticità (art. 2116 c.c. e art. 67 t.u. 1124/65) e, quindi, solo in via di anticipazione e con riserva di rivalersi sul datore per gli importi sborsati (v. anche art. 24, l. 977/1967). Va da sé che la costituzione di rapporti invalidi non dispensa comunque il datore dall'obbligo contributivo, anche nel caso di minori di tenera età e ancora tenuti all'obbligo scolastico⁶⁴⁷, e consente agli enti previdenziali di rivalersi nei confronti del datore per l'importo complessivo delle prestazioni erogate, in conformità peraltro, per quanto

⁶⁴⁴ Ed anche in tali casi non mancano difficoltà ad una applicazione generalizzata del divieto, tanto che se per la mediazione questo si ritiene applicabile, in carenza di iscrizione all'albo di cui all'art. 6 l. 3 febbraio 1989 n. 39, ne resta invece esente la figura atipica del procacciatore di affari (così Cass., sez. III, 16/12/2005, n. 27729).

⁶⁴⁵ L'art. 22 del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 151 contiene una completa riscrittura dell'apparato punitivo; in particolare, rinviando al par. successivo per i casi di ricorso a lavoro irregolare, si deve qui ricordare la previsione di cui al co. 5 della disposizione in parola, che stabilisce una sanzione amministrativa pecuniaria per «l'omessa o infedele registrazione dei dati ... che determina differenti trattamenti retributivi, previdenziali» (art. 39.7 d.l. giugno 2008, n. 112, conv. l. n. 133) nonché per il caso di mancata o ritardata consegna al lavoratore del prospetto di paga, di cui alla l. 5 gennaio 1953, n. 4.

⁶⁴⁶ V. già l'art. art. 37 l. 689/81 ed ora l'art. 116, co. 8, lettera b), legge 23 dicembre 2000 n. 388: «In caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, cioè nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al 30 %; la sanzione civile non può essere superiore al 60% dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge. Qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima di contestazioni o richieste da parte degli enti impositori e comunque entro dodici mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi e sempreché il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa, i soggetti sono tenuti al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40% dell'importo dei contributi o premi, non corrisposti entro la scadenza di legge». L'art. 22 del d. lgs. 151/2015 ha provveduto peraltro ad eliminare la sanzione civile connessa all'evasione dei contributi e dei premi riferiti a ciascun lavoratore "in nero" che imponeva un aumento del 50%, di modo che si fa ora solo applicazione del disposto ora riportato.

⁶⁴⁷ C. cost. 29 dicembre 1976, n. 262, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1976, 3, pp. 78 ss. e v. ora l'art. 4 l. 8 agosto 1972, n. 457.

attiene ai lavoratori stranieri irregolarmente soggiornanti sul territorio italiano, alle previsioni internazionali⁶⁴⁸.

Quanto alla garanzia di stabilità, costituisce affermazione comune in giurisprudenza quella per cui l'art. 2126 c.c. "disciplina unicamente gli effetti già realizzatisi di un rapporto di fatto in concreto svoltosi tra le parti" senza attribuire garanzia in ordine alla sua conservazione⁶⁴⁹: si tratta però di una massima che trova applicazione ai soli casi nei quali sussista un impedimento normativo alla regolarizzazione, come nei rapporti instaurati alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, di modo che in questi soli casi l'effetto "sanante" conseguente in ipotesi alla disposizione in parola, viene limitato dal ben noto divieto di cui all'art. 97 Cost. (e 36 d. lgs. 165/01) in ordine alla costituzione di rapporti "fuori ruolo" alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. E lo stesso ovviamente vale per gli immigrati irregolari, i bambini di età inferiore a quella prevista per l'ammissione al lavoro e i dipendenti di imprese del tutto irregolari, perché sprovviste per es. dell'autorizzazione amministrativa ad operare.

La giurisprudenza, invero, appare orientata nel settore privato a non attribuire alcun rilievo alla carenza della denuncia alle autorità pubbliche, se non, per l'evidente difficoltà probatoria, per quanto attiene alla quantificazione delle voci indirette e differite della retribuzione applicando un principio di conglobamento complessivo: non manca, tuttavia, chi ha ritenuto che l'assenza di una clausola di rinvio nel contratto individuale ai minimi sindacali impedisca l'applicazione dell'intero trattamento retributivo previsto dalla contrattazione collettiva⁶⁵⁰. Quanto poi all'effettiva durata della prestazione resa, deve aggiungersi che la direttiva n. 2009/52 contiene sul punto una presunzione semplice di durata trimestrale, ora trasposta nell'ordinamento interno dal d. lgs. 109/2012) cui forse potrebbe darsi ingresso generale nell'ordinamento italiano, interpretando in maniera espansiva il disposto del provvedimento di trasposizione nell'ordinamento interno⁶⁵¹.

Sul piano del rapporto individuale, infine, la mancata denuncia del rapporto è frutto di responsabilità per le conseguenti omissioni contributive e del danno così provocato al lavoratore (art. 2116, co. 2° c.c.): si tratta di danno che, per costante giurisprudenza, può essere fatto valere nel

⁶⁴⁸ V. art. 9, co. 1, della Convenzione OIL n. 143 del 1975 (ratificata dall'Italia con la legge 10 aprile 1981, n. 158); in giur. V. Cass. lav., 26 marzo 2010, n. 7380. Il diritto al trattamento di disoccupazione è esplicitamente riconosciuto dall'art. 27, co. 1 r.d.l. 636/39: sul punto rinvio a V. FERRANTE - L. ZANFRINI (a cura di), *Una parità imperfetta*, Roma, EL, 2007, pp. 60 e 133.

⁶⁴⁹ Così Cass., sez. lav., 24 gennaio 1987, n. 685, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1987, 2, p. 58.; analog. fra le tante più recenti: Cass., sez. lav., 8 febbraio 2017, n. 3384 nonché Cons. St., sez. III, 2 maggio 2014, n. 2285, secondo la cui massima: «L'art. 2126 c.c. enuclea la regola di ampia salvaguardia della prestazione resa in fatto dal lavoratore, a prescindere dalla validità e dalla stessa esistenza del titolo costitutivo. La garanzia copre la prestazione nel sinallagma retributivo e si estende agli ulteriori effetti pensionistici e previdenziali, che nella retribuzione stessa e nel suo assoggettamento a contribuzione trovano il momento genetico e ad essa sono legati in rapporto di consequenzialità».

⁶⁵⁰ Appello Catania, sez. lav., 30 settembre 2015, n. 852, in *Juris data*; in senso differente P. Milano, 25 maggio 1998, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 1998, p. 1057, che nega la possibilità di applicare «il principio dell'assorbimento secondo il quale il corrispettivo pattuito deve ritenersi destinato a compensare interamente l'opera prestata (regola che vale viceversa per i rapporti qualificati dalle parti e regolamentati formalmente come rapporti di lavoro autonomo). Pertanto il lavoratore avrà diritto al pagamento degli istituti indiretti calcolati non sui minimi salariali di cui al contratto collettivo applicabile, bensì sulla paga di fatto la quale, anche in considerazione della particolare onerosità della prestazione di lavoro sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, deve ritenersi pattuita quale "paga base"».

⁶⁵¹ L'art. 3 del d. lgs. 109 del 16 luglio 2012 limita la presunzione alle sole «ipotesi di cui all'art. 22, co. 12, del d. lgs. n. 286 del 1998»: ovviamente ove sussistano idonei indizi si potrà fare applicazione di tutte le presunzioni in ordine alla durata di un fatto (v. art. 1142 c.c.).

termine decennale che decorre dal momento dell'accesso alla pensione e che solo in particolari circostanze può dar luogo al risarcimento in forma specifica mediante il versamento tardivo dei contributi (maggiorati delle sanzioni), poiché il breve termine di prescrizione dell'obbligazione contributiva (v. art. 3, co. 9-11 l. n. 335/1995) conduce in genere il datore alla condanna al risarcimento mediante la messa a disposizione presso l'INPS degli importi necessari al pagamento di un trattamento periodico di importo eguale a quello cui il lavoratore avrebbe avuto diritto ove la contribuzione fosse stata regolare (art. 13, l. n. 1338/62).

Come è noto, il termine in caso di denuncia del lavoratore dovrebbe essere decennale, a stare almeno al tenore letterale della disposizione di legge⁶⁵²; la giurisprudenza tuttavia dà della norma una interpretazione che di fatto conduce sempre all'applicazione del più breve termine quinquennale: si tratta, anche in questo caso, di un effetto che può senz'altro ricondursi alla diffidenza che l'Istituto previdenziale manifesta attraverso i suoi avvocati per una ricostruzione di posizioni pensionistiche che non hanno costituito oggetto di preventiva denuncia, poiché – almeno nel vigore del regime retributivo – appariva possibile con una contribuzione versata quasi per metà *ex post* (atteso che l'anzianità minima è di venti anni) far maturare il diritto a trattamenti pensionistici parametrati sul solo periodo di emersione (ed evidente è come in taluni casi si dovesse ipotizzare l'esistenza di un accordo fraudolento fra datore e lavoratore diretto a far emergere il rapporto solo in presenza di determinati requisiti)⁶⁵³.

Una disciplina differente ricevono però le prestazioni rese dai dipendenti pubblici in caso di "doppio lavoro", in quanto un'apposita disposizione impedisce ai dipendenti, per evidenti ragioni di imparzialità dell'azione amministrativa, di svolgere altre attività di lavoro, prevedendo in questo caso che, in assenza di espressa autorizzazione, i compensi da queste eventualmente derivanti debbano essere acquisiti alla pubblica amministrazione «ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti»⁶⁵⁴.

Sanzioni di non minore severità si applicano anche alle ipotesi in cui un soggetto benefici di aiuti pubblici, senza averne diritto (proprio a ragione dell'attività di lavoro svolta): qui l'ordinamento stabilisce una apposita norma penale⁶⁵⁵, con i limiti edittali della truffa aggravata. Problemi simili si sono posti in passato in ordine alla indennità di disoccupazione percepita da un lavoratore poi reintegrato (ed ovvio deve apparire che in questo caso il percettore non possa trattenere le somme in quanto frutto del reato, sebbene evidenti siano le difficoltà ad ottenere la restituzione di quanto indebitamente percepito, in caso di carenza di patrimonio individuale).

Al contrario si deve ricordare come il lavoro dei pensionati sia stato oramai, quasi completamente, liberalizzato rimanendo un divieto solo in caso di percezione anticipata del trattamento

⁶⁵² Art. 3, co. 9 l. n. 335/95: «Le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini di seguito indicati: a) dieci anni per le contribuzioni di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti [...] A decorrere dal 1° gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti».

⁶⁵³ Sul tema rinvio a V. FERRANTE - T. TRANQUILLO, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2016, pp. 303 ss.

⁶⁵⁴ Art. 53 d. lgs. 165/2001 (v. in part. co. 7) e art. 1, co. 60 segg., l. n. 662/96.

⁶⁵⁵ V. Art. 640 bis c.p., *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*; in ordine alle false dichiarazioni (o alla simulazione della sussistenza di un rapporto di lavoro) per conseguire l'indennità di disoccupazione, v. Cass. pen., sez. II, 18 dicembre 2014, n. 4226 ed ancora Cass. pen., sez. II, 1 ottobre 2014, n. 49464.

pensionistico⁶⁵⁶. Le ragioni che hanno portato il legislatore alla rimozione delle norme che vietavano il cumulo vanno rintracciate, non già in un ripensamento di ordine sistemico del sistema della sicurezza sociale, ma nell'evidente difficoltà a far rispettare il divieto, venendosi al contempo a perdere una fonte di finanziamento degli istituti previdenziali.

Ovviamente, si pone un problema in ordine alla effettiva soddisfazione dei crediti da lavoro derivanti dall'applicazione dell'art. 2126 c.c., soprattutto per quanti siano dipendenti da imprese anch'esse sommerse (o fantasma) e quindi non sussista un patrimonio su cui soddisfarsi. In generale però può dirsi che non sussistono questioni in ordine alla regolarizzazione, se non limitatamente alla prescrizione quinquennale dei crediti contributivi (dovendosi ritenere, a mente della ben nota giurisprudenza di legittimità, che i crediti retributivi rimangano perennemente esigibili, fin tanto che dura il rapporto per evidente carenza di garanzia di stabilità). In ogni caso, come si è anticipato, l'art. 2116 c.c. garantisce al lavoratore che non abbia potuto beneficiare per tempo dei versamenti contributivi il diritto al risarcimento da omissione contributiva, che ha termine di prescrizione decennale e che decorre dal momento del pensionamento.

Quanto poi all'eventuale accesso al fondo di garanzia INPS di cui al d. lgs. 80/92, per il pagamento del t.f.r. e delle ultime retribuzioni, in caso di insolvenza del datore, in via generale non sembrerebbero porsi ostacoli alla liquidazione del dovuto, ove il lavoratore riesca comunque a dare prova della sussistenza del credito (ad es. mediante una pronuncia giudiziale) stante la prevalenza del principio di automaticità delle prestazioni e l'assenza di una norma che imponga che il rapporto sia stato preventivamente dichiarato.

La mancata dichiarazione coinvolge, come si è più sopra evidenziato, anche i lavoratori autonomi, nei settori – per fare solo qualche esempio – dell'artigianato, dei sevizi, del commercio e delle libere professioni (e spesso per tutta la c.d. *gig economy*): si tratta di ipotesi in ordine alle quali appare quanto meno problematica l'applicazione dei principi sino a qui esaminati, non foss'altro perché è il lavoratore stesso che decide di non dichiarare la propria attività, di modo che non sembra proporsi alcun profilo di rilievo in ordine al compenso pattuito o all'eventuale recupero del mancato versamento della quota previdenziale che grava sul cliente (dovendosi intendere l'accordo per la prestazione "in nero" quale rinuncia tacita al credito corrispondente). Quanto al rapporto con le autorità di vigilanza, si deve notare (in disparte dagli aspetti fiscali) come, pur a fronte del ruolo svolto nella liquidazione del debito contributivo dall'autodenuncia individuale, non sono mancate ipotesi di sanatoria delle omissioni contributive *a posteriori*, specialmente nella prospettiva di ottenere un rapido riequilibrio della situazione di cassa⁶⁵⁷.

Ma su questi ultimi aspetti si avrà modo di tornare ancora avanti, al par. 8, quando si esamineranno le misure di contrasto.

6. Sanzioni amministrative per la mancata denuncia del lavoro subordinato.

Già si sono brevemente ricordate nel paragrafo introduttivo le numerose modifiche che ha subito il disposto dell'art. 3, co. 3 del d.l. n. 12/2002, convertito dalla legge n. 73/2002 (Disposizioni urgenti per il completamento delle operazioni di emersione di attività detenute all'estero e di lavoro irregolare) e più volte modificato (da ultimo ancora con il d.l. n. 145/2013, convertito dalla

⁶⁵⁶ V. già art. 72, l. 23 dicembre 2000, n. 388; v. ancora il testo cit. a nota che precede, pp. 114 ss.

⁶⁵⁷ D. GAROFALO, *Profili giurisprudenziali del lavoro nero*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, 2, pp. 335-357.

legge n. 9/2014). L'art. 22, c. 1, d.lgs. n. 151/2015 (c.d. "decreto semplificazioni") nel suo primo comma riscrive ora integralmente la norma, dettando le sanzioni conseguenti all'impiego di lavoratori subordinati in caso di mancata comunicazione preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore privato (resta escluso il lavoro domestico), provvedendo altresì alla rimodulazione delle sanzioni amministrative pecuniarie sulla base di un modello "a fasce" o a soglie di gravità (sino a 30 giornate, da 31 a 60, oltre sessanta), sulla scorta di quanto già operato dal legislatore in materia di orario di lavoro nell'art. 18 *bis* del d.lgs. n. 66/2003 a seguito dell'art. 7, l. n. 183/2010. Viene così abbandonato il sistema precedente che prevedeva una maggiorazione giornaliera aggiuntiva rispetto alla sanzione base, in ragione del numero delle giornate di lavoro irregolare effettuate da ciascun lavoratore.

In passato la sanzione era ridotta nei casi nei quali il lavoratore "assunto in nero" veniva poi regolarizzato dallo stesso datore di lavoro (come se si trattasse di una sorta di periodo di prova irregolarmente non dichiarato); tale disposizione viene ora eliminata, anche se la sanzione applicabile resta ridotta a mente dei commi 3-bis e 3-ter nel caso in cui si proceda a diffida a mente dell'art. 13, co. d. lgs. 124/2004 preventivamente alla irrogazione della sanzione e il datore assuma il lavoratore (a determinate condizioni anche a tempo determinato o parziale).

Di cosa si tratta? Secondo le disposizioni generali di cui al d. lgs. 124, «in caso di constatata inosservanza delle norme di legge o del contratto collettivo in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, questi provvede a diffidare il trasgressore ... alla regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili». Lo scopo, a tutta evidenza, si rintraccia nell'esigenza di promuovere comunque l'osservanza spontanea della norma di legge, rispetto ad un approccio puramente sanzionatorio. Ed infatti, a mente dello stesso art. 13, decorsi trenta giorni dalla notifica del verbale unico di accertamento, «in caso di ottemperanza alla diffida, il trasgressore o l'eventuale obbligato in solido è ammesso al pagamento di una somma pari all'importo della sanzione nella misura del minimo previsto dalla legge ovvero nella misura pari ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa».

E questa è la conseguenza: «il pagamento dell'importo della predetta somma estingue il procedimento sanzionatorio limitatamente alle inosservanze oggetto di diffida e a condizione dell'effettiva ottemperanza alla diffida stessa».

Appare evidente, quindi, come in questo caso l'ammissione a diffida con il conseguente pagamento della sanzione c.d. "ridottissima", pari al minimo della sanzione edittale per ciascuna fascia di irregolarità, venga a costituire, per i casi in cui la violazione non importi alcuna particolare attività (come invece nel caso di "messa a norma" di impianti produttivi con violazione di norme in tema di salute e sicurezza) una vera e propria riduzione generalizzata dell'impianto sanzionatorio, che resta pienamente in vigore solo per coloro che non dispongono dei mezzi finanziari necessari a così modesta incombenza.

Peraltro l'assenza di certezza in ordine alla durata del pregresso rapporto (si pensi al fatto che, in assenza di altra prova documentale o indiziaria, tale elemento non può che derivare dalle dichiarazioni rese ai funzionari ispettivi dal lavoratore, che sarà oggetto di eventuale sanatoria *ex post*), vale a rendere assolutamente mite il regime sanzionatorio, pur a dispetto della definizione attribuita in gergo a tale disposizione.

Lo stesso *Jobs Act*, del resto, lascia invariate le disposizioni di cui al comma 4 dell'art. 3 del d.l. n. 12/2002, che prevede l'esonero dall'applicazione della "maxisanzione" quando si controverta in ordine alla qualificazione del rapporto se, dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzia la volontà di non occultare il rapporto.

Novità di rilievo è data poi dall'incremento sanzionatorio del 20% previsto in caso di impiego di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, o con permesso scaduto e non rinnovato (art. 22, co. 12, del d.lgs. n. 286/1998), ovvero anche di minori in età non lavorativa (co. 3-quater); in queste ipotesi, peraltro, non è applicabile la procedura di diffida.

Ne risulta, insomma, per limitarsi a questi brevi accenni, un quadro sanzionatorio complessivamente attento alle esigenze dell'impresa, nel quale l'emersione viene senz'altro incentivata in caso di accertamento ispettivo, di modo che le sanzioni maggiori restano riservate alle ipotesi di violazioni non formali, che coinvolgono la salute e sicurezza del lavoro, come tipicamente avviene nel settore dell'edilizia, secondo una linea di frattura che si riflette anche nelle competenze delle autorità di vigilanza⁶⁵⁸. Il che è come dire che l'attività ispettiva continua ad occupare il centro della scena, almeno per il caso di minore antiigiuridicità, in assenza della previsione normativa di sanzioni accessorie, capaci di indurre gli imprenditori ad una osservanza spontanea.

7. La direttiva 2009/52/CE e le tecniche sanzionatorie in essa previste.

Eppure suggerimenti di grande interesse in ordine alle tecniche di contrasto al lavoro non dichiarato potrebbero trarsi dalla direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, «che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare».

Si tratta, come è stato sottolineato unanimemente⁶⁵⁹, di una direttiva che nasce nell'ambito delle politiche europee di contrasto all'immigrazione irregolare, sulla base di un fondamento normativo che è frutto dell'intreccio di varie competenze⁶⁶⁰. La premessa da cui prende le mosse l'iniziativa europea è al tempo stesso ovvia, ma insolita: l'Europa continua ad attrarre lavoratori da oltre i suoi confini perché per essi vi è la possibilità di trovare lavoro, pur non avendo lo *status* giuridico richiesto. I lavoratori immigrati provengono da paesi che, nella migliore delle ipotesi, sono dilaniati da una miseria endemica e, nella peggiore, da guerre civili o azioni di sterminio di massa: è ovvio che la prospettiva di lavorare, sebbene irregolarmente, è in ogni caso un orizzonte migliore di quello che si offre loro nei paesi di provenienza⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ A riguardo, v. anche l'intervento di A. Rapacciolo nel presente volume.

⁶⁵⁹ A riguardo, nella dottrina italiana, v. M. ALTIMARI, *Sanzioni ai datori che impiegano cittadini non comunitari irregolari: osservazioni sulla direttiva 2009/52/CE*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, 3, pp. 611-624; M. BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 3, pp. 71 ss.; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 2013; L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritto*, 2017, 1, pp. 1 ss. (e già con gli stessi accenti, EAD., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, cit.).

⁶⁶⁰ A riguardo, sul tentativo di riconoscere una autonoma competenza a riguardo alle istituzioni europee, v. G. F. MANCINI, *Il governo dei flussi migratori in Europa*, in *Id.*, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea* Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 193 ss.

⁶⁶¹ In generale, v. AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Bari, Cacucci, 2007, nonché, con particolare attenzione agli aspetti previdenziali, V. FERRANTE - L. ZANFRINI (a cura di), *Una parità imperfetta*, Roma, Edizioni Lavoro, 2008; in relazione alla legislazione italiana, con riguardo agli aspetti "lavoristici", v. G. DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Milano, Ipsoa, 2003; A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; S. NAPPI, *Il lavoro degli extra-comunitari*, Napoli-

A fronte di tale dato, si mira a far emergere le ambiguità delle discipline nazionali, prevedendo una disciplina diretta a reprimere l'utilizzo, da parte delle imprese, di lavoratori irregolarmente soggiornanti nei singoli paesi: va da sé, tuttavia, che l'atteggiamento adottato dal legislatore europeo è improntato ad una politica di sostanziale rifiuto dell'immigrazione, tanto che, come più sopra si è detto, non si riscontra alcun "dialogo" fra la direttiva c.d. "sanzioni" n. 2009/52 e le altre fonti, se non nei termini di un mero richiamo, là dove al "considerando" n. 33 di questa si precisa che: «la presente direttiva dovrebbe essere considerata complementare alle misure volte a contrastare il lavoro non dichiarato e lo sfruttamento».

La direttiva 52 mira, quindi, in buona sostanza, a far emergere in tutta la sua ampiezza il fenomeno del ricorso al lavoro irregolare, così da rendere palese ai decisori nazionali la sottostante questione sociale che spesso si è volutamente minimizzata, quasi che si trattasse solamente di un problema di ordine pubblico. La direttiva, tuttavia, dà veramente l'idea di come dovrebbero essere condotte le politiche di repressione del lavoro non-dichiarato. Il Parlamento europeo, che ha giocato un ruolo decisivo nella sua adozione, ha utilizzato la base giuridica di cui all'art. 63 TCE (v. ora art. 79 TFUE), per dettare, grazie alle competenze in tema di immigrazione clandestina e soggiorno irregolari, una sorta di breviario laico, da leggere ogni giorno ai servizi ispettivi dei Paesi dell'Unione.

Il criterio preso a base dalla direttiva per contrastare il lavoro "non dichiarato" è, innanzi tutto, quello del divieto di assunzione «di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» (art. 3.1, dir. 52). Un tale divieto è corredato della previsione di speciali obblighi gravanti sul datore di lavoro, che viene coinvolto nella azione di repressione.

A tal fine, la direttiva si preoccupa dell'accertamento della situazione dello straniero extracomunitario da parte del datore di lavoro che sta procedendo all'assunzione. Quest'ultimo, infatti, è obbligato, a mente delle previsioni di cui all'art. 4 della direttiva: a chiedere ad un cittadino di un paese terzo di presentargli un permesso di soggiorno valido, o un'altra autorizzazione di soggiorno (lett. a); a tenere, almeno per la durata dell'impiego, una copia o registrazione del permesso di soggiorno o altra autorizzazione di soggiorno, a fini di un'eventuale ispezione (lett. b); a informare, entro un termine fissato da ciascuno Stato membro, le autorità competenti, dell'inizio dell'impiego di un cittadino di un paese terzo (lett. c).

La disciplina circonda l'obbligo di accertamento gravante sul datore di una serie di cautele e di precisazioni, stabilendo opportunamente una differenziazione tra imprenditori e persone fisiche: è evidente infatti che dall'impresa è corretto richiedere un grado di diligenza nello svolgere la propria attività ben diverso da quello che può pretendersi dalle persone fisiche (art. 4.2 dir.). Inoltre si fa una differenziazione, che il nostro ordinamento non conosceva prima della trasposizione, tra chi offre lavoro in «condizioni lavorative di particolare sfruttamento» e chi quelle condizioni di sfruttamento non le pratica (art. 5.3, dir.; art. 22, co. 12 bis t.u. immigr., introdotto dall'art. 1 d. lgs. n.109/2012).

Roma, ESI, 2005; M. Mc BRITTON, *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in *Questione Giustizia*, 2014, 3, pp. 171-180 (anche in AA.VV. *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, cit., pp. 593 ss.); in via generale, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2008 (con aggiorn., 2010).

La direttiva sul piano delle sanzioni, si richiama al noto *acquis communautaire* stabilendo che queste debbano essere efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 5.1, dir.) e consistere in sanzioni sia finanziarie, sia – in taluni casi – di carattere penale.

All'art. 7 si prevede l'esclusione del datore di lavoro da una serie di benefici, sovvenzioni o aiuti pubblici, compresi i fondi dell'Ue (lett. a), l'esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici (lett. b), il rimborso degli importi ricevuti (lett. c), ed ancora «la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti in cui ha avuto luogo la violazione, o ritiro temporaneo o permanente della licenza d'esercizio dell'attività economica in questione, se giustificata dalla gravità della violazione» (lett. d).

All'articolo, 9 il legislatore elenca le fattispecie in presenza delle quali i legislatori nazionali dovranno prevedere sanzioni di carattere penale, vale a dire nei casi in cui: a) la violazione prosegue oppure è reiterata in modo persistente; b) la violazione riguarda l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; c) la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che [...] ricorre al lavoro o ai servizi di un cittadini di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare, nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani; e) la violazione riguarda l'assunzione illegale di un minore.

Il legislatore, opportunamente, prevede che possano essere concessi, «caso per caso», permessi di soggiorno, sebbene di durata limitata, quando i cittadini extracomunitari siano oggetto di condizioni lavorative di particolare sfruttamento. La direttiva impone, inoltre, agli Stati membri di provvedere «affinché siano disponibili meccanismi efficaci per consentire ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente di presentare denuncia nei confronti dei loro datori di lavoro, sia direttamente sia attraverso terzi designati dagli Stati membri, quali sindacati o altre associazioni o un'autorità competente dello Stato membro, qualora previsto dalla legislazione nazionale» (art. 11. 1 e 4).

Le novità del testo non si limitano al piano sanzionatorio in senso stretto, poiché il legislatore comunitario ha previsto una speciale disciplina all'art. 6, onde evitare che il datore comunque si avvantaggi del ricorso al lavoro irregolare, a ragione del ridotto numero di quanti pretendono l'esatto adempimento dei propri diritti, rispetto al numero (maggiore) dei rapporti di lavoro posti in essere.

Al fine di rendere concreta l'ipotesi del rimpatrio del lavoratore extracomunitario irregolare, così da scoraggiare anche da questo versante il ricorso al lavoro irregolare: i datori di lavoro (art. 6) oltre a farsi carico delle retribuzioni, delle imposte e dei contributi, conseguenti all'impiego di lavoro irregolare, dovranno, se è il caso, anche sostenere tutti i costi derivanti dal trasferimento di tali somme presso il paese d'origine del cittadino extracomunitario. E non solo: la direttiva prevede che i lavoratori, anche nei casi di rimpatrio volontario o forzato, possano presentare domanda⁶⁶² per ottenere l'esecuzione di una sentenza nei confronti del datore di lavoro per ogni retribuzione arretrata e ammette che gli Stati possano adoperarsi per far sì che a fronte di eventuali rimpatri sussista un soggetto (di diritto pubblico) che possa promuovere in via autonoma il recupero delle retribuzioni non pagate dei lavoratori non più presenti nel territorio nazionale. Per

⁶⁶² Soggetta, tuttavia, «ad un termine di prescrizione stabilito dalla legislazione nazionale».

rendere effettive queste prescrizioni si prevede poi che i lavoratori siano «informati sistematicamente e oggettivamente circa i loro diritti ... prima dell'esecuzione di qualsiasi decisione di rimpatrio».

La direttiva, nella consapevolezza delle difficoltà (presenti anche in molti sistemi nazionali, oltre che in quello italiano) di individuare precisi minimi retributivi, aggiunge che la retribuzione da assicurare al lavoratore migrante irregolare deve essere «pari almeno alla retribuzione prevista dalle leggi applicabili sui salari minimi, dai contratti collettivi o conformemente a una prassi consolidata nei relativi settori occupazionali, salvo prova contraria fornita dal datore di lavoro o dal lavoratore».

Il comma 3 dell'art. 6 dir. stabilisce poi, con previsione ripresa anche nel decreto italiano di trasposizione, che al fine della quantificazione delle differenze salariali «gli Stati membri presuppongono l'esistenza di un rapporto di lavoro di almeno tre mesi salvo prova contraria fornita, tra l'altro, dal datore di lavoro o dal lavoratore». L'ultimo comma della stessa disposizione prevede poi che «gli Stati membri definiscono ai sensi del diritto nazionale le condizioni che consentono l'estensione della durata di tali permessi fino a quando l'interessato non abbia ricevuto il pagamento di tutte le retribuzioni arretrate dovute ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo».

È prevista altresì (art. 8) una responsabilità dell'appaltatore per il caso del subappalto (al pari che, e si prevede l'obbligo per gli Stati di predisporre ispezioni, efficaci ed adeguate «sulla base di una valutazione dei rischi ed individuando i settori in cui si concentra nel loro territorio l'impiego di cittadini di paesi terzi irregolari» e i risultati di tali ispezioni dovranno essere comunicati ogni anno alla Commissione.

Per evitare il rischio di facili elusioni della direttiva, infine, l'art. 14 detta norme assai precise in tema di ispezioni, stabilendo che queste debbano essere «efficaci e adeguate» (v. art. 4 d. lgs. 109/2012), che siano identificati «periodicamente i settori di attività in cui si concentra ... l'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» e che gli Stati notifichino annualmente alla Commissione «il numero di ispezioni effettuate l'anno precedente, espresso come numero assoluto e come percentuale dei datori di lavoro in ciascun settore, e ne riferiscono i risultati».

La completezza delle disposizioni, unitamente all'ampiezza delle sanzioni, avrebbero dovuto condurre alla creazione di un meccanismo diretto alla effettiva repressione del lavoro irregolare, così da rendere quest'ultimo per nulla conveniente per le imprese, a motivo sia dei rischi sul piano della applicazione delle sanzioni, sia dei costi per la regolarizzazione in caso di eventuale inadempimento retributivo e contributivo.

A fronte della estrema severità e coerenza del testo, tuttavia la trasposizione della direttiva è apparsa quanto mai parziale, anche a seguito delle polemiche che l'hanno accompagnata⁶⁶³, tanto che essa si è sostanzialmente concretata nella previsione di una ulteriore sanatoria (art. 5 d. lgs. 109/2012), invero del tutto assente dal testo comunitario (se non nei termini di una misura di incentivo individuale alla collaborazione con le autorità nazionali), assicurando poca o nessuna

⁶⁶³ La difficoltà di trasposizione era emersa con grande evidenza quando il Senato, nel gennaio del 2010, prevede lo "stralcio" della direttiva 52 dalla legge comunitaria del 2010, motivando tale decisione con la volontà di non introdurre deroghe alla legislazione vigente. La norma della direttiva che si è richiamata a riguardo (invero del tutto a sproposito) è quella che prevede un permesso temporaneo («caso per caso») per quanti collaborino con l'azione di emersione del lavoro nero, affermandosi che attraverso questa previsione si sarebbe potuto dar vita ad una nuova sanatoria generalizzata (come peraltro è poi avvenuto).

attenzione allo spirito della direttiva e facendo così sopravvivere le tendenze alla informalità che connotano da secoli il nostro mercato del lavoro.

Seppure una buona parte delle previsioni erano già presenti nell'ordinamento interno (e il riferimento va, come è ovvio, all'art. 2126 c.c. di cui si è detto ampiamente al par. 4), il d. lgs. n. 109 del 16 luglio 2012, intitolato alla "attuazione della direttiva 2009/52/CE", poco o nulla sembra aggiungere all'ordinamento interno, limitandosi ad una riforma del regime sanzionatorio di cui al più volte modificato d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (artt. 1 e 2), e condensando nel già richiamato art. 3 (in tema di presunzioni di durata del rapporto irregolare) e nelle generiche previsioni di ordine amministrativo di cui all'art. 4⁶⁶⁴, tutto l'apparato di misure previste dalla direttiva.

Né miglior sorte sembrano aver avuto (a mente delle povere previsioni dell'art. 5 d. lgs. 136/2016) le disposizioni di cui agli artt. 10 e 11 della dir. 67/2016 che, nell'ambito di disposizioni dirette alla "difesa dei diritti" e alla "facilitazione delle denunce" nel caso di distacchi fittiziamente operati da società aventi in realtà sede nei confini nazionali, prevedono meccanismi di tutela simili a quelli ora richiamati, stabilendo in particolare (art. 11 dir.) il diritto dei lavoratori a «ricorrere a efficaci meccanismi per denunciare direttamente i loro datori di lavoro» e a «proporre azioni giudiziarie o amministrative, anche dopo che abbia avuto termine il rapporto di lavoro nell'ambito del quale la presunta violazione è stata commessa» così da ottenere il pagamento delle «retribuzioni arretrate nette loro spettanti in base alle condizioni di lavoro di cui all'art. 3 della dir. 96/71/CE» o i «rimborsi di arretrati o imposte o contributi di sicurezza sociale indebitamente trattenuti» o, ancora, i rimborsi ingiustamente «trattenuti o dedotti dal salario in contropartita dell'alloggio fornito dal datore di lavoro».

Il legislatore europeo mirava invero a ripulire il mercato del lavoro da quelle imprese che intendono indebitamente avvantaggiarsi della disciplina di promozione della libertà di stabilimento, combattendo, dopo le polemiche generate dalle sentenze del c.d. quartetto "Laval"⁶⁶⁵, il fenomeno del distacco fittizio, che in un recente passato ha finito per legittimare pratiche di evasione soprattutto contributiva, mediante lavoro impropriamente ricondotto alla fattispecie del distacco transnazionale

Ove si tenga conto che rimane sempre condiviso il principio che impone un riequilibrio patrimoniale quando vi sia stata comunque una prestazione in sé non illecita (erano le *obligationes quasi ex contractu* del sistema giustiniano), sembra assottigliarsi la differenza di approccio fra la direttive 52 e 67 e le specifiche comunicazioni della Commissione prima richiamate, poiché, se è vero che la definizione di lavoro non-dichiarato lascia intendere l'idea che la regolarizzazione non richieda altro se non una tardiva ufficializzazione dell'esistenza del rapporto, anche la "caccia" al lavoro radicalmente (e insanabilmente) irregolare merita attenzione, poiché la politica di contrasto che ad esso si rivolge (e che mira alla sua eradicazione) può conseguire comunque, in presenza di strutture efficienti del sistema del "collocamento", un effetto di trasparenza e di migliore distribuzione delle opportunità di lavoro.

⁶⁶⁴ Si stabilisce che il Ministero del lavoro «provvede ad effettuare controlli adeguati ed efficaci sull'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» e che annualmente «comunica alla Commissione europea il numero totale di ispezioni effettuate».

⁶⁶⁵ In relazione al quale rinvio al saggio di M. Corti e all'intervento di A. Bombelli, di cui al presente volume.

Il contrasto al lavoro sommerso, in questa luce, appare come un mezzo non già repressivo, ma rivolto ad incrementare la competitività delle imprese genuine e rispettose delle previsioni normative e, quindi, come uno strumento per la creazione di *more and better jobs*⁶⁶⁶. Non sarebbe illogico però se, nella prospettiva di un'azione di effettivo contrasto al lavoro non-dichiarato, le formidabili e dettagliate misure previste dalle direttive 52/2009 e 67/2016 per la repressione del lavoro irregolare trovassero un'applicazione generalizzata, così da costituire linee-guida per l'azione dei singoli Stati in tutte le ipotesi.

8. Combattere le ragioni della diffusione del lavoro nero.

Quanto sino a qui si è detto viene ad essere oggetto di una valutazione differente quando si passi ad esaminare il settore del lavoro autonomo, nel quale il vantaggio è apparentemente bilaterale, poiché la prestazione non dichiarata dispensa il lavoratore sia dagli oneri fiscali, sia dal versamento della quota contributiva a suo carico per quel reddito, che rappresenta una gran parte del peso complessivo (in genere solo il 4% viene ad essere richiesto al committente nel caso delle professioni liberali, mentre nel caso della c.d. gestione separata dell'INPS grava sul prestatore solo un terzo dell'aliquota complessiva pari al 32,72 % per l'anno 2017). In questi casi, il vantaggio (almeno apparente) del prestatore si manifesta chiaramente, poiché (in disparte dall'evidente guadagno fiscale) la misura assai ridotta del prelievo contributivo (e la recente politica normativa diretta alla frammentazione delle posizioni contributive) rendono per costui del tutto concreta la possibilità di poter ottenere, malgrado i versamenti effettuati, una pensione assai modesta, che poco si discosta da quell'assegno sociale di cui all'art. l. n. 153/1969, che altrimenti gli verrebbe comunque corrisposto al raggiungimento dell'età anagrafica di 65 anni e 7 mesi.

La differenza è chiara, rispetto a quanto si è più sopra sostenuto al par. 5 con riguardo al lavoratore subordinato, quando si è ipotizzato che questi sia indotto ad accettare il lavoro in nero non solo a ragione di una incerta consapevolezza in ordine ai vantaggi cui, almeno in "prima battuta" sembra rinunciare, ma anche sulla scorta del fatto che, in ultima analisi, il suo consenso alla prestazione irregolare potrebbe non risultargli di immediato pregiudizio.

Se queste considerazioni sono vere, allora, un'efficace strategia di contrasto al lavoro non-dichiarato dovrebbe tenere conto, pur nel rispetto dei precetti di elevazione sociale che la Costituzione impone al legislatore ordinario (v. *supra* par. 3, in fondo), anche delle conseguenze che si producono nella sfera patrimoniale del lavoratore. Si tratta di ipotesi che non sembrano per nulla sconosciute al legislatore che, in relazione alla indennità di disoccupazione, ha ora generalizzato un meccanismo che vale a rendere immediatamente percepibile al lavoratore lo svantaggio conseguente all'instaurazione di un rapporto di lavoro irregolare, così da attribuirgli indirettamente un ruolo nell'azione di contrasto.

Ci si riferisce al sistema della NASpI, che estende un meccanismo già sperimentato per la disoccupazione agricola⁶⁶⁷ e per la indennità di disoccupazione a requisiti ridotti: attraverso il d. lgs. n.

⁶⁶⁶ V. NUNIN, *Il contrasto al sommerso e le iniziative comunitarie*, cit., p. 227.

⁶⁶⁷ A riguardo, v. F. LISO, *I trattamenti di disoccupazione. Riflessioni critiche*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1995, 1, p. 339; ID., *La galassia normativa dopo la legge n. 223 del 1991*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, 1 ss.

22 del 4 marzo 2015, di attuazione della delega contenuta nella legge n. 183 del 10 dicembre 2014 (c.d. “jobs act”), si porta così a compimento un disegno di riforma intrapreso oramai da più di un decennio, attraverso l’assorbimento in essa di ogni altra indennità ancora lasciata in vita dalla riforma del 2012 (in particolare la Mini-ASpl e l’indennità di mobilità).

Il decreto, infatti, dà vita (a far data dal 1° maggio 2015) alla Nuova ASpl⁶⁶⁸ (NASpl, in acronimo), e quindi ad una prestazione che aspira a presentarsi in termini di universalità, che, per un verso, amplia la platea dei beneficiari ma che, per un altro, allarga il periodo da prendere a riferimento per la durata della prestazione, così da dare rilievo alla contribuzione del quadriennio antecedente la perdita del lavoro.

Il risultato è che i lavoratori vengono a godere della prestazione contro la disoccupazione in maniera direttamente proporzionale alle settimane di contributi versati nel corso degli ultimi quattro anni: al pari che per la precedente Mini-ASpl (e dell’indennità a requisiti ridotti), infatti, ai lavoratori l’indennità viene corrisposta per un periodo pari alla metà delle settimane di contribuzione fatta registrare nel quadriennio antecedente la fine del rapporto di lavoro⁶⁶⁹.

Si noti che un analogo criterio premiale era stato già adottato dalla riforma delle pensioni del 1995, attraverso il sistema della pensione contributiva che, a differenza della pensione retributiva, viene ad essere calcolata con riferimento all’intero montante dei contributi versati nel corso di tutta la carriera lavorativa. Evidente deve apparire la differenza soprattutto per le ipotesi di evasione parziale della contribuzione: in passato al lavoratore bastava accreditare per i primi anni una somma molto modesta, poiché tali importi non rientravano nella base di calcolo utile ai fini della determinazione della pensione (che insisteva solo sugli ultimi cinque anni, prima della riforma del 1992). Ovviamente l’effetto penalizzante può essere registrato dal lavoratore in via immediata e a breve distanza temporale dall’assunzione nel caso della NasPI, mentre nella legislazione pensionistica questa correlazione non sembra essere stata ancora percepita da tutti.

Poiché dunque, per le ragioni che si sono sino a qui espone, l’attività di vigilanza rischia di conseguire un ben modesto raccolto, in un’area che al contrario si immagina vasta, non va sottaciuto il vantaggio che le norme, per così dire, “auto-applicative” possono conseguire, ove l’effetto negativo della loro violazione si proietti anche nei confronti della sfera patrimoniale del lavoratore. Ed evidente deve apparire la rivoluzione rispetto al sistema delineato dall’art. 2126 c.c., che mira senz’altro a tenere indenne il lavoratore dalle conseguenze negative che discendono dalla violazione di legge, presupponendo una sua assoluta e permanente debolezza.

Ma anche quest’ultimo approccio sembra richiedere un correttivo, per non imporre al singolo una condotta sproporzionata rispetto alle sue possibilità (impedendo alle prescrizioni di legge di operare nella concreta realtà di ogni giorno).

⁶⁶⁸ Per le più recenti vicende, v. S. SPATTINI, *Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali*, Milano, Giuffrè, 2012; S. RENGÀ, *La “riforma” degli ammortizzatori sociali*, in *Lavoro e diritto*, 2012, 3-4, pp. 621-642; A. DI STASI, *Ammortizzatori industriali e società post-industriale*, Torino, Giappichelli, 2013; D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, Ipsoa, 2010; ID., *La cassa integrazione guadagni*, in *Trattato Carinci-Persiani*, vol. IV/II, Padova, Cedam, 2012, pp. 2044 ss.; sulla NasPI, v. M. D’ONGHIA, *I trattamenti di disoccupazione dopo il d. lgs. 22 del 2015: continuità e (poche) innovazioni*, F. SANTONI - M. RICCI - R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all’epoca del jobs act*, Napoli, ESI, 2016, pp. 373-400.

⁶⁶⁹ Si faccia il caso di un lavoratore “stagionale” che riesca a superare i dodici mesi di contribuzione nell’anno antecedente il sorgere dello stato di disoccupazione: mentre il passato la prestazione veniva assicurata per 8 (poi 12), o anche per 18 mesi (in ragione dell’età), adesso essa sarà pari a 6 mesi.

Infatti, se è vero che il rispetto della norma deriva innanzi tutto dalla sua conoscenza e dalla sua chiarezza, appare evidente come anche la (confusa e flessibilizzata) legislazione nazionale richieda (non solo in Italia) un'opera di vigorosa semplificazione, così da poter condurre alla individuazione di stabili *standard* minimi che facilitino la verifica e l'operatività dell'azione amministrativa di vigilanza e dell'opera di autotutela dello stesso lavoratore.

Ed invero non può nascondersi che la legislazione di contrasto al lavoro nero o non-dichiarato pare scontare una pluridecennale limitazione conseguente alla incertezza normativa, in ordine sia ai livelli salariali (evidente essendo la macchinosità di un sistema che affida al giudice, e non ad una autorità amministrativa, il rispetto del parametro conseguente all'art. 36 Cost.⁶⁷⁰), sia al contratto collettivo applicabile (a fronte della libertà sindacale e della presenza di una miriade di associazioni di scarsissima consistenza, e pur tuttavia firmatarie di accordi collettivi applicati spesso ad imprese di scarso o nullo rilievo economico⁶⁷¹), sia alla disciplina stessa, ad es. in tema di orari (e di *part time*), sia alla possibilità di una deroga contrattata a livello aziendale delle stesse disposizioni di legge che regolano le condizioni di lavoro (art. 8, co. 2 *bis* d. l. n. 138/2011).

Si tratta di discipline così complesse che i loro precetti appaiono poco compatibili con la pretesa di un rispetto volontario della disciplina di legge, tanto da inquinare anche le norme penali di repressione dei fenomeni più estremi di sfruttamento del lavoro agricolo che finiscono per tipizzare la fattispecie mediante il riferimento a soglia protettive rigide (in tema di orari e di salario) che si presentano, all'analisi più attenta, come elementi indeterminati, lasciando così il dubbio che le norme siano non sempre rispettose del principio di tassatività.

L'esperienza del resto si è preoccupata di dimostrare come l'azione di contrasto più incisiva sia quella che consegue ad indici presuntivi, secondo un approccio fortemente empirico⁶⁷², non troppo lontano dalla legislazione più antica o da qualche esempio comparato, nella consapevolezza che le attività di accertamento, conseguenti ad una eventuale contestazione, richiedono un impegno ed una attenzione che mal si conciliano con le esigenze di velocità dell'azione di vigilanza e con l'interesse alla riscossione erariale.

Insomma, resta vero che, come già si è messo in evidenza più sopra affrontando la questione del ruolo del sindacato, l'approccio organico e articolato su piani plurimi appare il migliore, specie ove si riescano a mettere in opera misure capaci di minimizzare il rischio di elusioni concordate fra le parti alla disciplina imperativa di legge e, al tempo stesso, non si abbandonino i soggetti professionalmente più deboli o meno fortunati alla propria sorte.

⁶⁷⁰ V. a riguardo già le critiche in T. TREU, Sub art. 36, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1979, p. 87.

⁶⁷¹ I contratti "pirata", già combattuti dall'art. 1 l. 389/1989, come interpretato dall'art. 2 co. 25 l. n. 549/1995 (che prevede che «in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria»), pare non abbia sortito effetti di rilievo, a stare almeno alla situazione descritta da P. TOMASSETTI, *Arginare la piaga dei contratti pirata*, in *Bollettino Adapt*, 16 giugno 2014.

⁶⁷² V. PINTO (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, Cacucci, 2007, p. 18; ID., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, cit., pp. 933-956 (anche in *Rivista Giuridica del lavoro*, 2008, 1, pp. 25-57). V. altresì la relazione dello stesso A. di cui al presente volume.

La riforma del mercato del lavoro nel contesto della “nuova geografia del lavoro”*

Lilli Casano

1. Diritto del mercato del lavoro e nuova geografia economica.	186
2. Oltre la <i>flexicurity</i> : la trasformazione del lavoro nella prospettiva dei c.d. mercati transizionali.	189
3. Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro dopo il decreto legislativo n. 150/2015.	191
3.1. La nuova governance.	193
3.2. Verso un modello di <i>workfare</i> .	195
3.3. Gli strumenti per la transizione dalla scuola al lavoro.	197
3.4. Formazione continua e ricollocazione.	199
3.5. L’inserimento lavorativo dei disabili.	201
4. Limiti dell’attuale modello alla luce della teoria dei mercati transizionali del lavoro.	202
5. Le coordinate concettuali per una moderna organizzazione e disciplina giuridica del mercato del lavoro.	209
5.1. Territorio.	211
5.2. Professionalità.	212
5.3. Certificazione delle competenze.	213
5.4. Produttività e valore del lavoro.	215

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 338/2017

1. Diritto del mercato del lavoro e nuova geografia economica.

A seguito della entrata in vigore del decreto legislativo n. 150/2015 non pochi sono stati i contributi volti a ricostruire l'impianto del nuovo modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Molti interventi della dottrina giuslavoristica si sono concentrati su specifiche questioni interpretative, con particolare riferimento alle criticità derivanti dal complesso sistema di ripartizione delle competenze emerso dall'intreccio tra riforma degli enti locali, riforma del lavoro e (mancata) riforma costituzionale ⁽⁶⁷³⁾ ed alla indeterminatezza di alcuni profili, in termini di effettività ⁽⁶⁷⁴⁾ e adeguatezza delle risorse ⁽⁶⁷⁵⁾. Non sono poi mancati interventi ricostruttivi alla luce delle buone pratiche internazionali e con riferimento al quadro giuridico e istituzionale di derivazione comunitaria ⁽⁶⁷⁶⁾. In un panorama alquanto diversificato di analisi, a favore o contro la riforma, un dato pare ampiamente condiviso: il definitivo passaggio da un tradizionale regime di *job property* ⁽⁶⁷⁷⁾ a un sistema di tutele di nuova generazione, largamente ispirato al modello nord-europeo della c.d. *flexicurity* ⁽⁶⁷⁸⁾.

Si tratta, nel complesso, di contributi utili a delineare i tratti fondativi di quel moderno "diritto del mercato del lavoro" ⁽⁶⁷⁹⁾, pur nelle sue incerte realizzazioni pratiche almeno nel nostro Paese. È tuttavia mancato, sino a oggi, uno sforzo teorico-ricostruttivo volto a rispondere, in termini di politica del diritto e politica legislativa, a uno degli interrogativi più decisivi sollevati dal decreto legislativo n. 150/2015, e cioè se esso si ponga o meno in sintonia rispetto alle imponenti trasformazioni che accompagnano il lavoro. Non solo l'impatto delle tecnologie di nuova generazione, ricondotte ora all'espressione «internet delle cose» ⁽⁶⁸⁰⁾ e ai processi della c.d. Industria 4.0 ⁽⁶⁸¹⁾, ma anche cambiamenti demografici e ambientali che hanno già contribuito a delineare una «nuova geografia del lavoro» ⁽⁶⁸²⁾ che mette radicalmente in discussione gli assunti su cui si è fino

⁽⁶⁷³⁾ Si vedano i contributi di Garofalo, Valente, Alaimo, Vergari in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro dopo il Jobs Act 2*, Cacucci, 2016. Si veda anche V. FERRANTE, *Le politiche attive del lavoro fra decentramento e accentramento: un dolce girotondo?*, in LD, 2016, n. 2, 267-280; V. FILI, *L'organizzazione e la gestione dei servizi per l'impiego nel d.lgs. n. 150/2015 alla luce della riforma costituzionale del 2016*, in RGL, 2016, n. 3.

⁽⁶⁷⁴⁾ Si veda A. DONINI, *Effettività dei servizi per l'impiego: forme e garanzie nella ricerca di lavoro*, in LD, 2016, n. 2, 297-312; A. LASSANDARI, *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi per l'impiego e le politiche attive*, ivi, 237-265.

⁽⁶⁷⁵⁾ A. LASSANDARI, *op. cit.*, 242.

⁽⁶⁷⁶⁾ Per una ricostruzione in chiave comparata, si veda A. SARTORI, *Il Jobs Act e la riforma dei servizi per l'impiego in Italia: finalmente la svolta nel solco dell'Europa?*, in RIDL, 2016, n. 1, 19-43; L. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro. Il nuovo quadro della legislazione italiana dopo il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150*, Giuffrè, 2016.

⁽⁶⁷⁷⁾ P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato. Come la riforma sta abbattendo il muro tra garantiti, i precari e gli esclusi*, Mondadori, 2015, 27-29.

⁽⁶⁷⁸⁾ La letteratura sulla *flexicurity* è sterminata. Oltre al saggio di T. WILTHAGEN, F.H. TROS, *The Concept of Flexicurity: A New Approach to Regulating Employment and Labour Markets*, in *Transfer*, 2004, vol. 10, n. 2, 166-186, si veda, da ultimo e per tutti, T. TREU, *Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, in *q. Fascicolo*.

⁽⁶⁷⁹⁾ Una definizione del diritto del mercato del lavoro come area autonoma di indagine all'interno del diritto del lavoro, di cui si auspicava lo sviluppo al fine di comprendere i mutamenti in corso nel passaggio di secolo e i *problemi del lavoro* che sempre più gravitavano intorno al *mercato del lavoro*, si ritrova nella *Presentazione* di DML, 1999, n. 1. Si veda anche la *Premessa* a M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del mercato del lavoro*, ESI, 1999.

⁽⁶⁸⁰⁾ Si veda J. RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society. The Internet of Things, the Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism*, St. Martin's Press, 2014, 73 e ss.

⁽⁶⁸¹⁾ In tema, per gli approfondimenti del caso, cfr. per tutti M. TIRABOSCHI, F. SEGHEZZI, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in LLI, 2016, n. 2, e ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁽⁶⁸²⁾ Tale espressione sta conoscendo particolare fortuna grazie all'opera di Enrico Moretti che, analizzando l'economia post industriale degli Stati Uniti, sottolinea come il passaggio ad un paradigma economico fondato sulla conoscenza e l'innovazione stia cambiando profondamente il mercato del lavoro, tanto per la tipologia dei beni prodotti, quanto per i metodi di produzione, quanto,

ad oggi basato il modello di organizzazione e disciplina giuridica del mercato del lavoro nel nostro Paese e con esso il teorizzato passaggio da un diritto del contratto di lavoro alle politiche attive e di ricollocazione “da posto a posto”.

Lo sviluppo tecnologico ha determinato tendenze non univoche ⁽⁶⁸³⁾ e differenziate nei diversi settori occupazionali, sebbene conseguenze certe e generalizzabili siano identificabili nell’eliminazione di posti di lavoro poco qualificati o esecutivi, nella creazione di nuove figure professionali in comparti professionali emergenti, nella repentina obsolescenza delle competenze tecnico-professionali. Con il diffondersi del paradigma di Industria 4.0, nuove modalità di organizzazione produttiva si affermano e mutano gli scenari occupazionali rendendo sempre più fluida la distinzione tra i settori primario, secondario e terziario per via dei processi di *servitization* dell’economia ⁽⁶⁸⁴⁾. Ciò determina importanti conseguenze anche sul piano della articolazione dei percorsi di carriera e della mobilità professionale in termini di occupabilità e competenze richieste dal sistema produttivo ⁽⁶⁸⁵⁾ e pone sfide difficili da affrontare a chi ha il compito di programmare gli interventi di politica occupazionale e le politiche del lavoro. La stessa diffusione della c.d. *gig economy* apre scenari del tutto nuovi, configurando rinnovate opportunità ma facendo emergere anche problematiche sulla disciplina applicabile e sui regimi di protezione sociale di prestazioni di lavoro che vanno ben oltre i tradizionali problemi di qualificazione giuridica nella area grigia tra lavoro e non lavoro ⁽⁶⁸⁶⁾. Formare competenze adeguate e renderle riconoscibili nei mercati fluidi diventa una priorità, insieme al riconoscimento – in termini anche reputazionali e di riconoscibilità delle professionalità ⁽⁶⁸⁷⁾ – delle attività che si svolgono nelle piattaforme spiazzando, non di rado, i canali ordinari di incontro tra domanda e offerta di lavoro. Anche i mutamenti demografici cambiano il profilo e le esigenze di lavoratori e imprese, per via dei processi migratori ⁽⁶⁸⁸⁾ e di invecchiamento

soprattutto, con riferimento ai luoghi in cui si realizza la produzione, creando nuovi vincitori e perdenti sul piano economico e sociale (cfr. E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, 2013).

⁽⁶⁸³⁾ Come sottolinea Carlo Carboni, tra gli studiosi circolano ipotesi divergenti sull’impatto che le nuove tecnologie potranno avere nel medio-lungo periodo sull’occupazione, e c’è chi sostiene che non esistano evidenze empiriche che esse distruggano più lavoro di quanto ne creino. Cfr. C. CARBONI, *Lavoro ed evoluzione tecnologica*, in *Il Mulino*, 2016, n. 2, 346-354.

⁽⁶⁸⁴⁾ Uno studio del 2015 dell’OECD dimostra come i servizi – tanto quelli orizzontali (richiesti da ogni tipo di azienda, come i servizi informatici e tecnologici) quanto quelli verticali (che sono cioè parte costitutiva di una specifica catena di produzione del valore in un dato settore) – abbiano “colonizzato” gli altri settori economici, rappresentando in quasi tutti i settori produttivi anelli ormai indispensabili nelle catene di produzione del valore. Si veda K. DE BACKER, I. DESNOYERS-JAMES, L. MOUSSEGT, *Manufacturing or Services – That is (not) the Question? The Role of Manufacturing and Services in OECD Economies*, OECD Science, Technology and Industry Policy Paper, 2015, n. 19.

⁽⁶⁸⁵⁾ L. PRIFTI, M. KNIGGE, H. KIENEGGER, H. KRUMAR, *A Competency Model for “Industrie 4.0” Employees*, in J.M. LEIMEISTER, W. BRENNER (a cura di), *Proceedings der 13. Internationalen Tagung Wirtschaftsinformatik (WI 2017)*, St. Gallen, 2017, 46-60.

⁽⁶⁸⁶⁾ Si veda P. TULLINI, *C’è lavoro sul web?*, in *LLI*, 2015, n. 1, e ivi E. DAGNINO, *Il lavoro nella on-demand economy: esigenze di tutela e prospettive regolatorie*, e A. DONINI, *Il lavoro digitale su piattaforma*.

⁽⁶⁸⁷⁾ Le analisi di frontiera sul lavoro nelle piattaforme digitali sottolineano il peso strategico della “reputazione” come leva per l’aumento del potere contrattuale del lavoratore, sebbene se ne sottolineino altresì i forti rischi con particolare riferimento ai profili discriminatori. Cfr. E. DAGNINO, *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on-demand economy*, in *q. Rivista*, 2016, n. 1, 137-163, e E. DAGNINO, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, ivi, 2017, n. 1, 247-251.

⁽⁶⁸⁸⁾ Cfr. L. ZANFRINI, *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell’immigrazione*, Laterza, 2014, cui add. W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2013.

della popolazione ⁽⁶⁸⁹⁾ che condizionano le traiettorie biografiche e le categorie valoriali centrali per le scelte di vita e di lavoro. Emergono nuove sfide legate al tema della conciliazione tra lavoro produttivo e lavoro di cura in seno alle famiglie e in ambienti di lavoro dilatati, che fuoriescono dal perimetro della fabbrica o degli uffici, anche a causa della crescita esponenziale di malattie croniche ⁽⁶⁹⁰⁾ e di nuovi rischi ambientali ⁽⁶⁹¹⁾ che impattano sui sistemi di relazioni industriali e di welfare.

Obiettivo del percorso di analisi presentato in questo contributo è verificare, in chiave giuridica e istituzionale, se il modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro scaturito dalla riforma del *Jobs Act* sia o meno in linea con le trasformazioni fin qui richiamate. A questo riguardo, dopo aver posto alcune coordinate concettuali legate alla teoria dei mercati transizionali del lavoro, che qui si è assunta come riferimento, da un lato, si guarderà alla nuova governance del mercato del lavoro dopo il decreto legislativo n. 150/2015, individuando attori, competenze, modalità di interazione tra i diversi attori e livelli istituzionali; dall'altro, si tenterà di ricostruire i frammenti dell'attuale sistema di incontro tra domanda e offerta di lavoro, al fine di valutare la sua coerenza con le dinamiche delle moderne transizioni professionali e della loro sempre più marcata caratterizzazione – e dimensione – territoriale ⁽⁶⁹²⁾.

Nel prisma della grande trasformazione del lavoro acquistano, infatti, una nuova centralità elementi quali: il livello territoriale di articolazione delle politiche, il profilo degli attori coinvolti nella loro attuazione e il ruolo delle parti sociali, i modelli di governance più idonei a gestire una sempre maggiore complessità, gli strumenti per lo sviluppo della occupabilità duratura e la creazione di “ponti” verso opportunità di lavoro di qualità (tirocini, apprendistato, formazione continua), la personalizzazione degli interventi a fronte del diversificarsi dei rischi di “fragilizzazione” delle carriere e di esclusione, a maggior ragione per le fasce deboli, la valorizzazione delle attività fuori mercato in termini di *transitional employments* (si veda *infra*, § 2). Se ne avverte, d'altro canto, l'incerto collocamento nell'attuale modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, e il mancato collegamento con quelli che sono identificati come i suoi pilastri centrali. La teoria dei mercati transizionali del lavoro, che sarà richiamata nei suoi tratti essenziali nel § 2, offre in tal senso importanti chiavi di lettura. È alla luce di tali nuovi spunti che sarà analizzato criticamente il modello attuale, al fine di proporre alcune riflessioni in merito a possibili sviluppi che tengano maggiormente conto di dimensioni finora trascurate, sia sul fronte del ruolo e delle modalità di coinvolgimento di diversi attori, sia su quello degli strumenti e delle misure da privilegiare per rispondere alle sfide in atto.

⁽⁶⁸⁹⁾ Si vedano i contributi contenuti in *RGL*, 2015, n. 2, e in particolare l'introduzione di M. BARBERA, *Cambiamenti demografici, mercato del lavoro e regolazione giuridica*; R. SEMENZA, *Condizioni occupazionali e comportamenti demografici. Le singolarità del caso italiano*; F. GUARRIELLO, *Politiche europee e mutamenti demografici*; L. Guaglianone, *Parti sociali e politiche di ageing. Una sfida tutta da giocare*.

⁽⁶⁹⁰⁾ Si veda M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *q. Rivista*, 2015, n. 3, 681-726.

⁽⁶⁹¹⁾ Gli studi sul rapporto tra lavoro e ambiente sono ancora pochi nel nostro Paese. Con riferimento al tema dell'impatto dei disastri ambientali e naturali, sempre più frequenti, sui sistemi locali del lavoro, si segnala in particolare M. TIRABOSCHI (a cura di), *Catastrofi naturali, disastri tecnologici, lavoro e welfare*, ADAPT University Press, 2014. Per ciò che concerne invece la crescente importanza delle tematiche ambientali nell'ambito della regolazione del lavoro, oltre la retorica dei *green jobs*, si veda P. TOMASSETTI, *Conversione ecologica degli ambienti di lavoro, sindacato e salari*, in *q. Rivista*, 2015, n. 2, 363-378.

⁽⁶⁹²⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, E.M. IMPOCO, *La ricerca ai tempi delle economie di rete e di Industry 4.0. Contratti di ricerca e lavoro di ricerca in impresa e nel settore privato*, Giuffrè, 2016, 7-8.

Per rispondere alle domande di ricerca si analizzeranno le previsioni del decreto legislativo n. 150/2015, insieme alle disposizioni del decreto legislativo n. 276/2003 ancora in vigore, mettendole in relazione con altri frammenti normativi che ancora non sono ricondotti a sistema nel quadro del nuovo diritto del mercato del lavoro. Non solo la revisione della disciplina sanzionatoria dei licenziamenti individuali e collettivi per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 (decreto legislativo n. 23/2015) e il potenziamento delle prestazioni di sostegno e integrazione del reddito (decreto legislativo n. 22/2015, sugli strumenti di sostegno al reddito in caso di disoccupazione, e decreto legislativo n. 148/2015, sulle tutele del reddito in costanza di rapporto di lavoro), ma anche: il riordino degli enti territoriali (legge n. 56/2014 e decreto-legge n. 78/2015, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 125/2015); la riforma del sistema di istruzione e formazione (legge n. 107/2015) e la revisione della disciplina dei tirocini extra-curricolari, oggi oggetto di nuove linee-guida ai sensi dell'articolo 1, commi 34-36, della legge n. 92/2012 ⁽⁶⁹³⁾; la riforma dell'apprendistato, ad opera del decreto legislativo n. 81/2015; le nuove norme in materia di lavoro dei disabili contenute in parte nel decreto legislativo n. 150/2015, in parte nel decreto legislativo n. 151/2015; la legge n. 81/2017 sul lavoro autonomo non imprenditoriale e sul lavoro agile. Tornerà utile anche il confronto con altre scienze sociali (economia, sociologia, geografia economica, pedagogia, principalmente), indispensabile per leggere i cambiamenti in atto e, alla luce di questi, interpretare i contenuti e ipotizzare i possibili sviluppi dell'attuale sistema giuridico e istituzionale dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

2. Oltre la *flexicurity*: la trasformazione del lavoro nella prospettiva dei c.d. mercati transizionali.

Mentre la dottrina italiana si è prevalentemente concentrata sul concetto di *flexicurity*, già sul volgere del secolo scorso la letteratura internazionale proponeva una diversa e innovativa lettura delle trasformazioni del lavoro e delle sue possibili forme di regolazione e tutela che ha preso il nome di teoria dei «mercati transizionali del lavoro» ⁽⁶⁹⁴⁾, solo parzialmente recepita nel dibattito scientifico sui nuovi equilibri tra flessibilità (nel contratto) e sicurezza (nel mercato del lavoro) ⁽⁶⁹⁵⁾, e ancor di meno nelle soluzioni normative e istituzionali che ne sono derivate attraverso il decreto legislativo n. 150/2015.

⁽⁶⁹³⁾ Il 25 maggio 2017 è stato siglato in Conferenza Stato-Regioni l'accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante *Linee Guida in materia di tirocini formativi e di orientamento* (consultabile in *Boll. ADAPT*, 2017, n. 21), ai sensi dell'articolo 1, commi da 34 a 36, della legge 28 giugno 2012, n. 92.

⁽⁶⁹⁴⁾ Si veda G. SCHMID, *Transitional Labour Markets: A New European Employment Strategy*, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung Discussion Paper, 1998, FS I 98-206; G. SCHMID, B. GAZIER (a cura di), *The Dynamics of Full Employment. Social Integration Through Transitional Labour Markets*, Edward Elgar, 2002; G. SCHMID, *Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transizionali del lavoro*, in *q. Rivista*, 2011, n. 1, 1-36; R. ROGOWSKI (a cura di), *The European Social Model and Transitional Labour Markets – Law and Policy*, Ashgate, 2008.

⁽⁶⁹⁵⁾ Tra i pochi AA. a introdurre tale prospettiva nel dibattito italiano si veda B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, n. 113, 1-134; A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel «welfare attivo» e nei «mercati del lavoro transizionali». Note sulla riforma dei servizi all'occupazione e delle politiche attive nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *RDSS*, 2012, n. 3, 555-581; A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Premesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 2015, n. 249. Si rimanda in particolare a S.B. CARUSO, M. CUTTONE, *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, in *q. Rivista*, 2016, n. 1, 63-118. Qui si fa riferimento alla differenza tra due approcci: da un lato, il paradigma “ortodosso” della *flexicurity*, fatto proprio dalle istituzioni comunitarie basato su «una responsabilizzazione spinta e atomistica del soggetto» e su un approccio alla «condizionalità *hard*»; dall'altro, un paradigma debitore della teoria della giustizia sociale delle *capabilities* di Sen, che fa proprio l'approccio dei *transitional labour markets*, puntando all'«accompagnamento del soggetto a scelte comunque libere e

Con l'espressione "mercati transizionali" si intende, in particolare, una nuova concezione del mercato del lavoro come sistema sociale aperto – consequenziale a una nuova idea e rappresentazione del lavoro stesso inteso come categoria che intercetta ed esprime diversi possibili *status* occupazionali e condizioni – in cui si verificano molteplici transizioni professionali, ciascuna caratterizzata da una combinazione di relazioni, attività, disposizioni. Da ciò l'idea di spostare il focus dal concetto di "posto di lavoro", centrale nella prospettiva della *flexicurity*, ad una idea di "statuto professionale" che includa tutte le possibili forme di attività. Il suggerimento di collocarsi "oltre il lavoro", che trova non pochi punti di contatto con la nota elaborazione di Alain Supiot⁽⁶⁹⁶⁾, si concretizza, sul piano giuridico e istituzionale, in un nuovo modello di regolazione basato su interventi complementari tra loro: dalla introduzione di nuovi diritti sociali (*active social securities*) a innovative politiche attive in grado di coniugare occupabilità individuale e competitività; da una idea di protezione della persona attiva che vada oltre la tutela contro la perdita del lavoro e del reddito (da *unemployment insurance* a *employment insurance*) allo sviluppo di strumenti di gestione condivisa dei rischi d'impresa, fino alla creazione di "comunità di apprendimento" e reti allargate di condivisione della conoscenza, intese come collettività in grado di elaborare strategie di sviluppo e innovazione concertate tramite patti sociali o convenzioni territoriali, basate sull'utilizzo strategico delle informazioni sui mercati del lavoro locali. La principale indicazione di policy della teoria dei mercati transizionali è "*make transitions pay*": da un lato, acquista peso sempre più crescente il tema della occupabilità e della dotazione individuale di risorse da mobilitare nel lavoro e nei passaggi tra diversi *status* occupazionali; dall'altro, nuove alleanze e nuove sicurezze si costruiscono intorno al tema della produttività dei sistemi economici (soprattutto a livello territoriale e sussidiario) e dei lavoratori.

La scarsa eco della prospettiva dei mercati transizionali del lavoro e della nuova geografia del lavoro nel dibattito giuslavoristico nostrano è una conferma della difficoltà della nostra dottrina a leggere con occhi nuovi le implicazioni della nuova grande trasformazione del lavoro⁽⁶⁹⁷⁾. Nel dibattito recente, in particolare, sembra che l'ambizione di ripensare l'organizzazione e disciplina del mercato del lavoro abbia lasciato il posto a riflessioni volte a interpretare e valutare le riforme in questo campo al fine di determinarne l'efficacia in termini di compensazione o completamento di interventi de-regolatori, senza interrogarsi davvero sulle determinanti del cambiamento e sulla

accettate perché in linea con il proprio personale progetto (condizionalità *soft*)» (ivi, 72). Riferimenti al concetto di mercati transizionali del lavoro si trovano anche in L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, ES, 2012, 31 ss., e in S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, 2013, 59 ss.

⁽⁶⁹⁶⁾ Tra i tanti contributi di questo cfr., in particolare, A. SUPIOT (a cura di), *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999.

⁽⁶⁹⁷⁾ Non sono mancate, invero, anche nella dottrina italiana precedente alla diffusione di tali elaborazioni teoriche nel nostro Paese, riflessioni di frontiera tangenti la prospettiva qui richiamata. Si fa qui riferimento, in particolare, al contributo di Marco Biagi: dall'idea che fosse necessario favorire la transizione verso la società dell'informazione, spostando il focus dal rapporto di lavoro ai cicli di "opportunità professionali", alla promozione di nuovi strumenti di regolazione e di una nuova generazione di contratti collettivi "soft", valorizzando la dimensione locale e il metodo concertativo; dalla centralità della formazione ("di qualità", perché progettata in raccordo con le esigenze dei tessuti produttivi locali) alla importanza di costruire meccanismi affidabili per il riconoscimento delle competenze al fine di facilitare l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro. Si veda M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, 2003 (ma 2001), 149-182; M. BIAGI, *Recessione e mercato del lavoro: la formazione alla flessibilità*, in *q. Rivista*, 1993, n. 1, 261-271; M. BIAGI, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, 117-134.

possibilità di pensare l'organizzazione del mercato del lavoro come punto di partenza (e non di arrivo, per di più in ritardo) di un nuovo modello di protezione sociale e di welfare della persona.

La teoria dei mercati transizionali del lavoro assume un indubbio valore nella ricerca di soluzioni e percorsi alternativi alla mera tecnica della deregolazione dello statuto protettivo del diritto del lavoro, in risposta alle sfide di una competizione giocata da tempo su scala globale. Un primo punto di forza è il superamento della contrapposizione tra mercati del lavoro interni ed esterni⁽⁶⁹⁸⁾, consentendo di cogliere appieno le continue interazioni tra le due dimensioni in una prospettiva di ciclo di vita. Un secondo punto di forza è il superamento della netta separazione tra il lavoro regolato da un contratto e le altre forme di attività socialmente produttive (dalla formazione, alla cura, al volontariato) che sono in grado di accrescere l'occupabilità delle persone.

Tale prospettiva contrasta l'idea che possa esistere un mercato del lavoro primario, quello del lavoro dipendente nella grande impresa, come tale regolato e coordinato, a fianco di mercati "secondari" privi di tali caratteristiche, proponendo l'istituzionalizzazione (e il coordinamento) di diverse tipologie di mercati del lavoro "reali", al fine di ridurre i fenomeni di esclusione sociale e migliorare le condizioni di vita delle persone⁽⁶⁹⁹⁾.

I recenti interventi di riforma del mercato del lavoro, ricompresi sotto l'espressione *Jobs Act*, sembrano essere andati in una direzione diversa. Essi hanno, infatti, riproposto i tradizionali dualismi (*in primis* quello tra lavoro "standard" e lavoro "non standard") e una logica dei "due tempi" (prima la flessibilizzazione del rapporto di lavoro, poi, in funzione compensativa, il potenziamento degli strumenti di sostegno al reddito e le politiche di attivazione a tutela dei disoccupati, in uno schema di condizionalità sempre più forte). Sono, in questo modo, rimasti vincolati a categorie giuridiche appartenenti ad una realtà del lavoro ormai superata (la centralità del lavoro subordinato come forma prevalente di rapporto di lavoro, a cui ancorare i principali meccanismi di protezione del lavoratore, e una logica, posta alla base dello scambio tra lavoratore e impresa, che non riconosce la nuova centralità assunta dalla professionalità nel contratto e nel mercato, si veda *infra*, § 5.2). Ciò sembra potersi affermare anche con riferimento al capitolo dedicato alle politiche attive ed ai servizi per il lavoro, che avrebbero necessitato di ben più di un "riordino" per offrire risposte coerenti con i principi pure richiamati dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 150/2015⁽⁷⁰⁰⁾.

3. Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro dopo il decreto legislativo n. 150/2015.

L'intervento di riforma del sistema delle politiche attive e dei servizi per il lavoro deve certamente essere analizzato nella sua stretta connessione con l'indebolimento delle tutele legate alla stabilità nel posto di lavoro ad opera del decreto legislativo n. 23/2015, e con la connessa evoluzione del sistema di ammortizzatori sociali (decreto legislativo n. 22/2015 e decreto legislativo n.

⁽⁶⁹⁸⁾ Cfr. P.B. DOERINGER, M.J. PIORE, *Internal Labor Markets and Manpower Analysis*, Office of Manpower Research, U.S. Department of Labor, 1970; G. GAUTIER, *Lavoro: dai mercati interni ai mercati di transizione. Implicazioni sulla solidarietà, le tutele, la formazione*, in *L'Assistenza Sociale*, 2003, n. 1-2.

⁽⁶⁹⁹⁾ G. SCHMID, *Transitional Labour Markets: A New European Employment Strategy*, cit., 2.

⁽⁷⁰⁰⁾ L'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 150/2015 affida alla rete nazionale dei servizi per il lavoro la promozione del diritto al lavoro (art. 4 Cost.), alla formazione e all'elevazione professionale (art. 35 Cost.) e del diritto ad accedere ad un servizio per l'impiego gratuitamente sancito all'art. 29 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

148/2015). Di fronte a tale evoluzione del modello giuridico di protezione del lavoratore, una nuova organizzazione e disciplina dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro sul mercato è stata invocata come contropartita in grado di bilanciare la riduzione delle tutele nel contratto subordinato a tempo indeterminato, associata a un più generoso sistema di protezione del reddito mediante più stringenti meccanismi di condizionalità delle prestazioni: come abbiamo fin qui cercato di argomentare, tale prospettiva non ha però consentito di leggere le nuove e urgenti sfide legate alla trasformazione del lavoro. D'altra parte, l'illusorio *trade-off* tra tutele nel contratto e tutele nel mercato ha già iniziato a vacillare, poiché mentre si iniziano a palesare le conseguenze della riduzione delle "vecchie tutele" ⁽⁷⁰¹⁾, non è ancora chiaro il profilo delle nuove.

Per ciò che concerne l'impatto del decreto legislativo n. 150/2015 sul modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro esso è stato sintetizzato, da autorevole dottrina, attraverso tre parole chiave: "ricentralizzazione", "informatizzazione" (con riferimento alla creazione di un sistema informativo unitario sul mercato del lavoro) e "integrazione" (tra politiche attive e passive) ⁽⁷⁰²⁾. Se la prima è certamente condivisibile, le altre due sollevano maggiori perplessità, a maggior ragione se dall'analisi puntuale del decreto legislativo n. 150/2015 si passa ad una sua lettura alla luce di numerosi altri interventi legislativi che concorrono a delineare il nuovo modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro e che sono già stati richiamati nel § 1. In questa prospettiva più ampia, la cifra descrittiva dell'intervento di riforma, oltre che nella tendenza alla ri-centralizzazione, è riscontrabile nella decisa evoluzione verso un modello tradizionale di *workfare*, accompagnata da un tentativo di semplificazione (delle procedure, degli strumenti, delle strategie di intervento), come si cercherà di argomentare in seguito. Il *Jobs Act* ha inoltre continuato a puntare, sul solco di una ormai consolidata tradizione nel nostro Paese, sugli incentivi all'assunzione temporanei, che rimangono però inquadrabili in chiave di risposta politica a situazioni emergenziali ⁽⁷⁰³⁾. Su questo fronte, a dispetto della enunciata finalità di "riordino" dell'intervento, il legislatore del decreto legislativo n. 150/2015 si è limitato ad inserire alcune scarse disposizioni di carattere generale, oltre ad un articolo espressamente rivolto a sostenere i contratti di apprendistato per la qualifica, il diploma e il certificato di specializzazione tecnica superiore e di alta formazione e ricerca, senza operare «alcuna razionalizzazione o alcun riordino del sistema degli incentivi» ⁽⁷⁰⁴⁾.

⁽⁷⁰¹⁾ Si fa riferimento, in particolare, all'indebolimento delle sanzioni in caso di licenziamento illegittimo per gli assunti dal 7 marzo 2015 in poi. Si segnala a tal proposito Trib. Roma ord. 26 luglio 2017 che ha rimesso alla Corte costituzionale la disciplina del contratto a tutele crescenti (sia gli artt. 2, 4, 10 del d.lgs. n. 23/2015 che l'art. 1, comma 7, della l. n. 183/2014) per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117 Cost. Per una disamina della giurisprudenza costituzionale in materia di licenziamenti individuali si veda G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 2, II, 77-123.

⁽⁷⁰²⁾ Cfr. D. GAROFALO, *Riforma del mercato del lavoro e ricentralizzazione delle competenze*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*

⁽⁷⁰³⁾ Si veda S. VERGARI, *Promuovere forme di occupazione stabile. I nuovi incentivi universali*, in *q. Rivista*, 2016, n. 2, 471-501. Per un inquadramento teorico del tema degli incentivi alla occupazione e per una ricostruzione del dibattito giuslavoristico di inizio anni Duemila sulla tecnica della c.d. norma-incentivo si veda M. TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, 2002.

⁽⁷⁰⁴⁾ L. MENGHINI, *Legalità e incentivi all'occupazione: dalla legge Fornero alla svolta del Jobs Act*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, 2016, 153-175, qui 165.

3.1. La nuova governance.

Sul piano della governance, il sistema italiano è oggi riconducibile a un modello neocentralista ⁽⁷⁰⁵⁾, formalmente ispirato al principio della sussidiarietà verticale nella ripartizione delle funzioni tra Stato e Regioni, venuto meno il ruolo delle Province ⁽⁷⁰⁶⁾. Da un lato, vengono ri-centralizzate ⁽⁷⁰⁷⁾ le funzioni di programmazione e coordinamento dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, in un quadro in cui al livello centrale spettano le funzioni di definizione degli indirizzi strategici e la fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni, e alle Regioni e Province autonome la declinazione delle politiche a livello territoriale. Dall'altro viene istituita una Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (Anpal) ⁽⁷⁰⁸⁾, a cui sono attribuite importanti funzioni di coordinamento della gestione delle politiche di attivazione dei lavoratori disoccupati, ma anche di proposta al Ministero, monitoraggio, definizione di standard di servizio, determinazione di modalità operative di implementazione delle misure di politica attiva ⁽⁷⁰⁹⁾.

Sul piano degli attori coinvolti nella implementazione delle politiche del lavoro, il modello appare ancora incentrato sulla cooperazione pubblico-privato. Il decreto legislativo n. 150/2015 non modifica la disciplina dei soggetti privati per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro e interviene limitatamente sui regimi autorizzatori, confermando quindi l'impianto disegnato dal decreto legislativo n. 276/2003 ⁽⁷¹⁰⁾. Nella rete nazionale dei servizi per il lavoro operano, dunque, accanto

⁽⁷⁰⁵⁾ S.B. CARUSO, M. CUTTONE, *op. cit.*

⁽⁷⁰⁶⁾ Parallelamente al processo di riforma del mercato del lavoro è proceduto, infatti, quello di riforma degli enti locali (l. n. 56/2014, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*, e d.l. n. 78/2015, *Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali*, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125/2015), che ha segnato la fine delle competenze provinciali in materia di servizi per l'impiego riportandole a Stato e Regioni, che mediante la stipula di convenzioni bilaterali devono definire le opportune modalità di coordinamento nella gestione amministrativa dei servizi per il lavoro. Per una ricostruzione del complesso iter legislativo e negoziale che ha condotto all'attuale assetto in materia di organizzazione dei servizi per il lavoro e le politiche attive a livello locale, si veda L. VALENTE, *Le competenze regionali*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 37-58.

⁽⁷⁰⁷⁾ Il sistema italiano di governo del mercato del lavoro, come noto, è stato caratterizzato da orientamenti alternanti con riferimento alle alternative pubblico/privato e centralizzazione/decentramento. Per una ricostruzione dell'evoluzione del quadro giuridico in materia si vedano i contributi contenuti nella parte I di M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012. Si rimanda in particolare ai capitoli curati da P. ICHINO, A. SARTORI, *I servizi per l'impiego*, P.A. VARESÌ, *I servizi per l'impiego nella legislazione regionale*, e all'ampia bibliografia ivi ricostruita. Una analisi di taglio storico-comparativo dei modelli di governance del mercato del lavoro è condotta da S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo. Analisi storico-comparata dei sistemi di regolazione e governo attivo del mercato*, Giuffrè, 2008.

⁽⁷⁰⁸⁾ Si veda S. SPATTINI, *La nuova governance del mercato del lavoro*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act. Commento sistematico dei decreti legislativi nn. 22, 23, 80, 81, 148, 149, 150 e 151 del 2015 e delle norme di rilievo lavoristico della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità per il 2016)*, Giuffrè, 2016, 391-407. A. ALAIMO, *L'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro (ANPAL)*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 20. Un excursus storico relativo alla ipotesi di costituzione di una agenzia nazionale per l'occupazione si ritrova in D. GAROFALO, *Le politiche del lavoro nel Jobs Act*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, ADAPT University Press, 2014, 58 ss.

⁽⁷⁰⁹⁾ L'ampiezza e l'importanza delle funzioni attribuite all'agenzia nazionale confermano che nel nuovo sistema il ruolo delle Regioni non viene certamente negato, a maggior ragione a Costituzione invariata, ma è sostanzialmente "ingabbiato" da un lato attraverso i livelli essenziali delle prestazioni, dall'altro, sul piano strutturale, dalle funzioni e dai compiti attribuiti all'Anpal. Cfr. D. GAROFALO, *Riforma del mercato del lavoro e ricentralizzazione delle competenze*, cit., 12.

⁽⁷¹⁰⁾ Con riferimento al regime autorizzatorio di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276/2003, sostanzialmente immutato, cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi. Intermediazione pubblica e privata, regimi di autorizzazione e accreditamento, borsa del lavoro, tutele del lavoratore sul mercato (artt. 3-19 D.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dal D.lgs. n. 251 del*

ai centri per l'impiego pubblici, i soggetti privati autorizzati dallo Stato, ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 276/2003, a svolgere attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione del personale. Accanto a questi, operano inoltre i soggetti autorizzati ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo n. 276/2003 ⁽⁷¹¹⁾. Anche sul fronte della selezione degli operatori idonei alla erogazione dei servizi per il lavoro e per la formazione si assiste però, in una certa misura, ad un tentativo di ri-accentramento, mediante la creazione di albi nazionali di soggetti accreditati e la definizione di linee-guida per l'accREDITAMENTO degli operatori, spostando dal livello territoriale a quello nazionale la definizione delle regole per l'accesso a un mercato che si vuole sempre più interconnesso e fluido ⁽⁷¹²⁾.

Resta limitato in tale modello organizzativo il ruolo della autonomia collettiva, con particolare riferimento, da un lato, agli enti bilaterali istituiti dalla contrattazione collettiva a cui sono affidati dalle parti sociali compiti anche in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro, raccolta di informazioni sui mercati del lavoro locali, formazione, welfare, enti che assumono particolare rilievo in determinati settori ⁽⁷¹³⁾; dall'altro, ai fondi bilaterali istituiti dalla contrattazione collettiva, su input del legislatore, che assumono funzioni cruciali in materia di formazione continua e di sostegno al reddito ⁽⁷¹⁴⁾. La rete nazionale delle politiche per il lavoro istituita dal decreto legislativo n. 150/2015 intercetta solo parzialmente questo segmento del mercato del lavoro, includendo espressamente i Fondi interprofessionali per la formazione continua ex articolo 118, legge n. 388/2000, e i Fondi bilaterali ex articolo 12, decreto legislativo n. 276/2003. Gli enti bilaterali e le stesse associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori non sono espressamente richiamati tra i soggetti che compongono la rete, ma rientrano nel sistema in virtù dei regimi speciali di autorizzazione ex articolo 6, decreto legislativo n. 276/2003. Resta fuori dall'impianto (in assenza di coordinamento a livello locale) la contrattazione decentrata in materia di politiche attive e formazione che, sebbene limitata ad oggi ⁽⁷¹⁵⁾, pure può concorrere a strutturare, nella realtà, l'organizzazione complessiva del mercato del lavoro locale.

2004), Giuffrè, 2005, 127-168. Per le modifiche apportate dal d.lgs. n. 150/2015 si veda S. SPATTINI, *La nuova governance del mercato del lavoro*, cit., 402.

⁽⁷¹¹⁾ Scuole secondarie, università, Comuni, associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, enti bilaterali, patronati e associazioni senza fine di lucro, gestori di siti internet a condizione che svolgano la predetta attività senza finalità di lucro e che rendano pubblici sul sito medesimo i dati identificativi del legale rappresentante.

⁽⁷¹²⁾ Mediante l'accREDITAMENTO (art. 7, d.lgs. n. 276/2003), le Regioni riconoscono agli operatori pubblici e privati l'idoneità a erogare i servizi al lavoro negli ambiti regionali di riferimento, anche mediante l'utilizzo di risorse pubbliche. Su questo fronte, il d.lgs. n. 150/2015 ha introdotto una novità, prevedendo che qualora ne facciano richiesta all'Anpal, le agenzie per il lavoro di cui alle lett. a e c dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 vengano accreditate ai servizi per il lavoro su tutto il territorio nazionale. Accanto all'accREDITAMENTO per i servizi al lavoro esistono inoltre i regimi di accREDITAMENTO per i servizi formativi, anch'essi disciplinati dalle Regioni. Anche su questo fronte, il d.lgs. n. 150/2015 è intervenuto, attribuendo al Ministero del lavoro e delle politiche sociali il compito di definire linee-guida per l'accREDITAMENTO degli enti di formazione (art. 4, comma 4).

⁽⁷¹³⁾ Si veda P. VARESÌ, *Bilateralità e politiche attive del lavoro*, in L. BELLARDI, G. DE SANTIS (a cura di), *La bilateralità tra tradizione e rinnovamento*, Fondazione Giulio Pastore-Franco Angeli, 2011, 65-96.

⁽⁷¹⁴⁾ I fondi interprofessionali per la formazione continua ex art. 118, l. n. 388/2000, i fondi bilaterali ex art. 12, d.lgs. n. 276/2003, i fondi di solidarietà bilaterali e i fondi di solidarietà bilaterali alternativi di cui agli artt. 26 e 27 del d.lgs. n. 148/2015.

⁽⁷¹⁵⁾ Da una analisi della contrattazione collettiva territoriale, svolta attingendo al prezioso lavoro di mappatura portato avanti da ADAPT e confluito nella banca dati della contrattazione collettiva e nei tre Rapporti sulla contrattazione collettiva in Italia che coprono il periodo 2012-2016, emerge un impegno ancora limitato delle parti sociali su questo fronte. I Rapporti si concentrano in particolare su tre settori, che presentano dinamiche differenziate: nel settore dell'edilizia la contrattazione territoriale in materia di mercato del lavoro ha riservato uno spazio significativo alla formazione professionale e in molti accordi provinciali è recepita l'indicazione del CCNL 18 giugno 2008 che prevede l'istituzione della Borsa lavoro quale «strumento per la valorizzazione piena dei lavoratori nel processo

Speculare al tema della governance c'è quello della creazione di un efficace sistema di *labour market intelligence* ⁽⁷¹⁶⁾, affrontato nel decreto legislativo n. 150/2015 attraverso una serie di disposizioni caratterizzate, però, da una certa indeterminatezza, riguardanti l'istituzione di un sistema informativo *unitario* (non ancora *unico*) delle politiche del lavoro (articolo 13) ⁽⁷¹⁷⁾, il fascicolo elettronico del lavoratore (articolo 14), il sistema informativo della formazione professionale (articolo 15). Il sistema informativo *unitario* delle politiche del lavoro riunirà i diversi sistemi informativi sul mercato del lavoro ad oggi esistenti ⁽⁷¹⁸⁾ e quelli ancora da creare, tra cui il sistema informativo della formazione professionale. Quest'ultimo raccoglierà i dati relativi ai percorsi formativi delle persone, anche al fine della creazione del fascicolo elettronico del lavoratore, che sostituisce il Libretto formativo del cittadino istituito dal decreto legislativo n. 276/2003, e conterrà le informazioni relative ai percorsi educativi e formativi, ai periodi lavorativi, alla fruizione di provvidenze pubbliche e ai versamenti contributivi ai fini della fruizione di ammortizzatori sociali (articolo 15, decreto legislativo n. 150/2015).

3.2. Verso un modello di *workfare*.

Il secondo elemento caratterizzante il nuovo modello è l'inasprimento dei meccanismi di condizionalità ad opera degli articoli 21 e 22 del decreto legislativo n. 150/2015 ⁽⁷¹⁹⁾. Tali norme, insieme alla nuova disciplina del patto di servizio personalizzato (articolo 20) e alla stessa previsione relativa dall'utilizzo diretto dei lavoratori titolari di sostegno al reddito in attività di pubblica utilità e lavori socialmente utili (articolo 26, vedi *infra*, § 4) sono state interpretate come chiari segnali di un passaggio ad un regime di *workfare* (in cui l'attenzione è prioritariamente rivolta alla riduzione della disoccupazione) e ad una concezione della inclusione lavorativa come obbligo più che come diritto, con conseguente limitazione delle possibilità di scelta per le persone ⁽⁷²⁰⁾.

I servizi e misure di politica attiva che devono essere erogati dai servizi per il lavoro, pubblici e privati, sono oggi elencati, per la prima volta in un tentativo di riassumerli in maniera esaustiva, all'articolo 18 del decreto legislativo n. 150/2015 e costituiscono livelli essenziali delle prestazioni

produttivo dell'edilizia» (cfr. ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2012-2014). Rapporto ADAPT*, ADAPT University Press, 2015, 128); nel settore agricolo la maggior parte dei contratti provinciali prevede disposizioni specifiche in materia di organizzazione del lavoro, la materia della formazione è quasi interamente gestita attraverso la bilateralità nazionale e territoriale, ma non mancano negli accordi provinciali interventi in materia di permessi per la formazione continua e il recupero dei titoli di istruzione (cfr. ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2015). Il Rapporto ADAPT*, ADAPT University Press, 2016); nel settore del turismo l'attenzione è rivolta prevalentemente alla regolazione del ricorso a modalità d'impiego flessibili (cfr. ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2016). III Rapporto ADAPT*, ADAPT University Press, 2017).

⁽⁷¹⁶⁾ Per una raccolta delle migliori esperienze internazionali in tema di *labour market intelligence* e di utilizzo dei dati relativi al mercato del lavoro per la programmazione delle politiche si veda il *First comprehensive compendium of guides on skills anticipation methods*, in 6 volumi, a cura di ETF, CEDEFOP e International Labour Office, 2015-2017.

⁽⁷¹⁷⁾ Si veda, per un primo commento, l'intervento di G. MELONI, *Prime note sul Sistema informativo unico delle politiche del lavoro*, in *Boll. ADAPT*, 2015, n. 27. Valuta positivamente il sistema, per le interrelazioni che lo connotano e la completezza dei dati che in esso confluiscono, D. GAROFALO, *Le banche dati in materia di politiche del lavoro*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 131-135.

⁽⁷¹⁸⁾ Il sistema informativo dei percettori di ammortizzatori sociali, di cui all'art. 4, comma 35, della l. n. 92/2012; l'archivio informatizzato delle comunicazioni obbligatorie, di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 297/2002; i dati relativi alla gestione dei servizi per il lavoro e delle politiche attive del lavoro, ivi inclusa la scheda anagrafica e professionale di cui al comma 3 dello stesso articolo.

⁽⁷¹⁹⁾ Per una ricostruzione delle novità introdotte dal d.lgs. n. 150/2015 in tema di condizionalità e una loro interpretazione alla luce del percorso evolutivo dell'ordinamento italiano in materia di collegamento tra politiche attive e passive, si rimanda a A. OLIVIERI, *La condizionalità nel d.lgs. n. 150/2015: luci e ombre*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 185, e alla ampia bibliografia ivi riportata.

⁽⁷²⁰⁾ Tale posizione è espressa, tra gli altri, da V. FILI, *L'inclusione da diritto a obbligo*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *op. cit.*, 117-132.

sul territorio nazionale. I destinatari delle misure sono i disoccupati e i lavoratori beneficiari di strumenti di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro e a rischio di disoccupazione. Tale limitazione non comporta che l'assistenza nella ricerca di occupazione o l'orientamento verso percorsi di riqualificazione non possa (e non debba) essere prestata nei confronti di quanti non rientrino nella definizione di disoccupato ⁽⁷²¹⁾ e la richiedano, ma senza che siano applicate le condizioni alle quali tali servizi sono prestati ai disoccupati e che sono stabilite dal decreto. Un importante elemento di novità sul fronte dei beneficiari di specifiche misure di politica attiva è stato introdotto dalla legge n. 81/2017 ⁽⁷²²⁾, che all'articolo 10 prevede adesso servizi personalizzati di orientamento, riqualificazione e ricollocazione per i lavoratori autonomi ⁽⁷²³⁾.

Secondo quanto previsto dal decreto legislativo n. 150/2015, il *jobseeker journey* ⁽⁷²⁴⁾ inizia con la registrazione al portale di cui all'articolo 13 dello stesso decreto o con la richiesta della misura di sostegno al reddito, prosegue con la profilazione in base alle chance individuali di occupabilità, culmina nella stipulazione del patto di servizio, che conterrà obblighi di attivazione il cui rispetto da parte del disoccupato è presidiato da un articolato apparato sanzionatorio. L'elenco dei servizi e delle misure rivolti ai disoccupati per facilitarne l'inserimento lavorativo (articolo 18, decreto legislativo n. 150/2015) è corposo e fa riferimento (in modo invero abbastanza generico) ai principali servizi di assistenza quali: orientamento (specialistico, individualizzato, mediante esperienze di lavoro o rivolto all'auto-impiego), analisi e bilancio delle competenze, formazione, accompagnamento al lavoro (mediante il ricorso all'assegno individuale di ricollocazione o attraverso lo strumento del *tirocinio*), gestione di incentivi, gestione di strumenti finalizzati alla conciliazione con obblighi di cura, promozione di prestazioni di lavoro socialmente utile. La recente riforma, come sottolineato quasi unanimemente dalla dottrina fin qui richiamata, dedica scarsissima attenzione ad aspetti sostanziali quali la identificazione e promozione degli strumenti e delle misure di politica attiva più efficaci, operazione, d'altra parte, estremamente complessa ⁽⁷²⁵⁾. Ne consegue la permanenza di un quadro "a macchia di leopardo" caratterizzato da pratiche fortemente differenziate su scala nazionale (per territorio, ambito di intervento, livelli di efficacia), solo parzialmente riconducibili al perimetro ora delineato dal decreto legislativo n. 150/2015, le cui disposizioni hanno ad oggi un peso, in termini operativi, relativo, in quanto sarà solo a seguito

⁽⁷²¹⁾ Ai sensi dell'art. 19, comma 1, del d.lgs. n. 150/2015, sono considerati disoccupati i soggetti privi di impiego che dichiarano, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'art. 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego.

⁽⁷²²⁾ Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato.

⁽⁷²³⁾ La legge assegna ai centri per l'impiego e agli organismi autorizzati alle attività di intermediazione in materia di lavoro il compito di istituire uno sportello dedicato al lavoro autonomo, anche stipulando convenzioni non onerose con gli ordini e i collegi professionali e le associazioni costituite ai sensi degli artt. 4, comma 1, e 5 della l. n. 4/2013, nonché con le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale dei lavoratori autonomi iscritti e non iscritti ad albi professionali. Cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in corso di pubblicazione in *q. Rivista*, 2017, n. 4.

⁽⁷²⁴⁾ Per una ricostruzione dettagliata del percorso di accompagnamento del disoccupato si rimanda a A. SARTORI, *op. cit.*, 30 ss.

⁽⁷²⁵⁾ L'individuazione degli strumenti e delle misure da promuovere dovrebbe discendere da una valutazione – sulla base di criteri e indicatori strutturati e condivisi – della immensa mole di esperienze sviluppatesi nei territori dalla fine degli anni Novanta ad oggi, al fine di identificare buone pratiche sulla base dei risultati. Si veda P.G. BRESCIANI, P.A. VARESI (a cura di), *Servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro. Le buone pratiche locali, risorsa per il sistema nazionale*, Franco Angeli, 2017.

dell'avvio delle attività di programmazione e di monitoraggio e valutazione dell'Anpal che se ne potrà valutare l'utilità e l'efficacia.

Si discosta parzialmente dalle logiche fin qui descritte quella che ha rappresentato la misura “emblematica” dell'intervento legislativo, e cioè l'assegno di ricollocazione. Attualmente disciplinato dall'articolo 23 del decreto legislativo n. 150/2015 ⁽⁷²⁶⁾, l'assegno di ricollocazione è una misura rivolta ai disoccupati percettori di Naspi (nuova assicurazione sociale per l'impiego) di cui al decreto legislativo n. 22/2015, la cui durata di disoccupazione ecceda i quattro mesi, che possono decidere liberamente se richiederlo o meno, e sembra ispirarsi a un modello di condizionalità soft ⁽⁷²⁷⁾. L'assegno potrà essere rilasciato esclusivamente dai centri per l'impiego, ma il percettore potrà decidere di spenderlo in uno qualsiasi dei soggetti pubblici o privati accreditati, ed in questa responsabilizzazione e libertà di scelta del disoccupato, oltre che nell'implicita promozione di dinamiche competitive tra diversi provider pubblici e privati, è stato riconosciuto uno degli elementi di maggiore innovatività della misura. La presenza di un tutor e la previsione di un programma intensivo di ricerca del lavoro personalizzato, il riconoscimento della somma spettante all'erogatore del servizio solo a risultato occupazionale ottenuto, la graduazione dell'assegno in relazione al profilo di occupabilità della persona, testimoniano la volontà di connotare lo strumento con i tratti di innovatività caratterizzanti le migliori esperienze internazionali.

3.3. Gli strumenti per la transizione dalla scuola al lavoro.

Meritano sicuramente un approfondimento, in virtù del carattere emergenziale che riveste la situazione occupazionale del target interessato, i due istituti che da tempo si contendono il primato di principale canale per l'inserimento occupazionale dei giovani, e cioè l'apprendistato e i tirocini. Per ciò che concerne i tirocini extra-curricolari ⁽⁷²⁸⁾ le nuove linee-guida approvate il 25 maggio 2017 ⁽⁷²⁹⁾ introducono importanti novità: la prima è il venir meno della differenza tra tirocini formativi e di orientamento rivolti ai giovani ⁽⁷³⁰⁾ e tirocini per l'inserimento lavorativo, le cui discipline vengono unificate, anche sotto il profilo dei soggetti promotori e della durata massima (dodici mesi) ⁽⁷³¹⁾. Vengono, d'altro canto, rafforzati i meccanismi sanzionatori e introdotti strumenti di “controllo” della qualità e genuinità del tirocinio mutuati dalla disciplina dell'apprendistato,

⁽⁷²⁶⁾ Dopo un iter alquanto accidentato, per una ricostruzione si rimanda ancora a S.B. CARUSO, M. CUTTONE, *op. cit.*, 87 ss.; M. TIRABOSCHI, *Jobs Act e ricollocazione dei lavoratori*, in *q. Rivista*, 2016, n. 1, 119-136. Si veda anche L. VALENTE, *Il contratto di ricollocazione e l'assegno di ricollocazione*, in L. CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea dopo il d.lgs. 81/2015*, Giuffrè, 2016; G. CANAVESI, *La ricollocazione secondo il Jobs act: dall'attività al contratto?*, in *RDSS*, 2015, n. 3, 547-578; P. ICHINO, *Che cos'è il contratto di ricollocazione e come funziona*, in *GLav*, 2014, n. 4.

⁽⁷²⁷⁾ S.B. CARUSO, M. CUTTONE, *op. cit.*

⁽⁷²⁸⁾ Per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina dei tirocini formativi e di orientamento si veda P. PASCUCCHI, *Verso le nuove regole dei tirocini. L'evoluzione delle regole sui tirocini formativi e di orientamento: un'ipotesi di eterogenesi dei fini?*, in *DLRI*, 2013, n. 139, 413-427. Si veda anche G. CANAVESI, *I tirocini nel caos delle fonti di disciplina. Dalla legge alle “Linee-guida”*, in *RDSS*, 2014, n. 2, 213-232.

⁽⁷²⁹⁾ La l. n. 92/2012, all'art. 1, comma 34, dispone la stipula di un accordo tra Governo e Regioni per la definizione di linee-guida condivise in materia di tirocini formativi e di orientamento che le Regioni e le Province autonome, titolari della regolamentazione in materia, si impegnano a recepire nelle proprie normative.

⁽⁷³⁰⁾ I giovani sono di fatto assimilati ai disoccupati o, meglio, ricondotti a tale categoria, poiché si presuppone che per accedere ad opportunità di tirocinio debbano avere lo status di disoccupato ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 150/2015.

⁽⁷³¹⁾ Aspetto, questo, che non manca di sollevare perplessità con riferimento ai giovani in uscita dai percorsi formativi, per i quali, al fine di scongiurare un rischio di intrappolamento precoce nella precarietà, la normativa precedente prevedeva un limite massimo di 6 mesi.

come il *Dossier individuale*, che deve contenere una valutazione del tirocinante da parte del tutor da effettuare alla fine del periodo di tirocinio, in vista di una futura certificazione delle competenze ⁽⁷³²⁾. Mentre si scrive, le Regioni, che hanno potestà legislativa esclusiva in materia, sono chiamate a recepire le nuove linee-guida, e si dovrà dunque attendere che il processo sia concluso per valutare la portata del cambiamento.

Per quanto riguarda l'apprendistato, riassumere in questa sede le vicende che hanno caratterizzato l'evoluzione anche recente dell'istituto sarebbe impossibile, così come è impossibile rendere conto della sterminata letteratura sull'argomento ⁽⁷³³⁾, che si colloca all'incrocio tra diverse materie essendo allo stesso tempo un contratto, un tassello del sistema di istruzione e formazione e uno strumento di politica attiva. Preme solo qui sottolineare come questa ultima dimensione (quella di politica attiva) sia stata senza dubbio quella meno valorizzata sul piano normativo e su quello scientifico. La regolamentazione attuale dell'apprendistato testimonia una netta discontinuità rispetto al processo evolutivo che dalla fine degli anni Novanta al Testo Unico dell'apprendistato del 2011 era andata nella direzione di configurare un sistema integrato dell'apprendistato come principale leva di *placement* per giovani, proposito di fatto mai realizzatosi ⁽⁷³⁴⁾. Il *Jobs Act* è intervenuto a modificare la disciplina dell'apprendistato con gli articoli 41-47 del decreto legislativo n. 81/2015 ⁽⁷³⁵⁾, collocandola dunque significativamente tra le disposizioni che riguardano i rapporti di lavoro flessibili. L'impianto regolatorio non è mutato nei suoi tratti essenziali e la nuova regolamentazione è prevalentemente finalizzata al rilancio dell'apprendistato di primo livello che viene completamente riformato, in "sintonia" con la valorizzazione dell'alternanza scuola-lavoro nella riforma del sistema di istruzione, sebbene il collegamento con *La Buona Scuola* (legge n. 107/2017) sia lasco laddove l'apprendistato non è escluso, ma neanche immediatamente e operativamente contemplato tra le modalità di realizzazione dell'alternanza ⁽⁷³⁶⁾. Il *favor* del legislatore per questa tipologia è invece evidente con riferimento ai benefici a favore dell'assunzione di apprendisti, poiché per l'apprendistato di primo livello l'articolo 32 del decreto legislativo n. 150/2015 introduce ulteriori vantaggi rispetto al quadro di incentivi economici, norma-

⁽⁷³²⁾ L'istituto della certificazione delle competenze non è ancora sistematicamente connesso al tirocinio, a causa della incompleta attuazione del d.lgs. n. 13/2013, ma è prevista una attestazione delle competenze e la produzione di evidenze che possano successivamente agevolare la certificazione.

⁽⁷³³⁾ Senza alcuna pretesa di esaustività, vista l'enorme mole di letteratura sull'argomento, si rimanda, per una ricostruzione della evoluzione dell'istituto dell'apprendistato dall'inizio degli anni Duemila ad oggi, a P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, Giuffrè, 2006; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all'articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Giuffrè, 2011; F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista (l'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, Cedam, 2012; S. FAGNONI, P.A. VARESI, *Apprendistato: il nuovo quadro normativo dopo il Testo Unico ed i più recenti interventi legislativi*, in *q. Rivista*, 2015, n. 1, 155-181; D. GAROFALO, *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, 241 ss.; E. MASSAGLI, *Alternanza formativa e apprendistato in Italia e in Europa*, Studium, 2016.

⁽⁷³⁴⁾ Si veda M. TIRABOSCHI, *Apprendistato: una riforma calata "dall'alto"*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, cit., 179-187.

⁽⁷³⁵⁾ *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014*, n. 183.

⁽⁷³⁶⁾ Si vedano i rilievi di A. BALSAMO, U. BURATTI, *Apprendistato di primo livello: i contorni della via italiana al sistema duale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, cit., 188-198.

tivi, contributivi e fiscali già previsti per tutte le tipologie di apprendistato. Poche le novità introdotte dalla recente riforma sul fronte dell'apprendistato professionalizzante ⁽⁷³⁷⁾, mentre rilevano le modifiche che riguardano l'apprendistato di alta formazione e di ricerca. Anche su questo fronte, si interviene con la leva degli incentivi economici ⁽⁷³⁸⁾. La regolamentazione dei profili formativi spetta alle Regioni, tuttavia, il decreto ministeriale 12 ottobre 2015 definisce con previsioni di dettaglio e con un grado di complessità non trascurabile standard formativi, piano formativo individuale e organizzazione della formazione interna ed esterna, che costituiscono livelli essenziali delle prestazioni ⁽⁷³⁹⁾.

3.4. Formazione continua e ricollocazione.

Al cuore del modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, seppur “poco frequentato” dalla letteratura sull'argomento, c'è il sistema della formazione continua ⁽⁷⁴⁰⁾, e in particolare degli interventi c.d. *extra-aziendali* volti a aggiornare e ri-qualificare le persone già inserite nel mercato del lavoro in occasione di significative transizioni occupazionali ⁽⁷⁴¹⁾. Anche tale sistema – pesantemente e perennemente sotto accusa per i risultati deludenti sotto il profilo della efficacia degli interventi e della trasparenza nell'utilizzo dei fondi pubblici, e estremamente frammentario e diversificato tra le diverse Regioni – è coinvolto nel processo di riforma innescato dal decreto legislativo n. 150/2015 che interviene anche in questo ambito nel segno del ri-accentramento delle funzioni di programmazione e controllo, attribuendo al Ministero del lavoro potere di indirizzo sul sistema della formazione professionale continua (articolo 3, comma 3, lettera c), oltre che la competenza in merito alla adozione, con intesa in Conferenza Stato-Regioni, di linee-guida per l'accreditamento degli enti di formazione, di competenza regionale. Viene, quindi, istituito un albo nazionale degli enti accreditati a svolgere attività di formazione professionale e un sistema informativo della formazione professionale, entrambi gestiti dall'Anpal (articolo 15, decreto legislativo n. 150/2015), anche al fine di realizzare il fascicolo elettronico del lavoratore. Il decreto prevede che anche i fondi interprofessionali per la formazione continua siano soggetti a potere di indirizzo del Ministero del lavoro, oltre che di vigilanza da parte dell'Anpal, e che contribuiscano al funzionamento del sistema informativo sulla formazione professionale e al rafforzamento dei meccanismi di condizionalità nelle prestazioni relative ai beneficiari di sostegno al

⁽⁷³⁷⁾ Che era stato oggetto di un tentativo di riforma in direzione di una semplificazione “estrema” dei profili formativi di competenza regionale (formazione di base e trasversale) con l'art. 2 del d.l. n. 34/2014 (c.d. decreto Poletti), profili poi attenuati nel testo finale convertito dalla l. n. 78/2014. Per un commento critico nei confronti dell'intervento legislativo, ritenuto incoerente con le finalità dell'apprendistato nella sua dimensione di politica attiva per i giovani, si veda A. BIANCO, *Apprendistato, formazione e politiche attive del lavoro. Osservazioni sulla legge n. 78 del 2014*, in *LD*, 2014, n. 4, 647-668.

⁽⁷³⁸⁾ Si veda M. TIRABOSCHI, *Apprendistato di terzo livello: la semplificazione può attendere*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, cit., 204-211.

⁽⁷³⁹⁾ I nuovi strumenti posti a presidio della qualità del percorso formativo connesso all'apprendistato risultano abbastanza complessi, imponendo correlazioni di non facile realizzazione tra contenuti dell'attività formativa svolta in azienda e modalità di definizione della formazione (unità di apprendimento) e sua quantificazione (crediti formativi universitari). Cfr. M. TIRABOSCHI, *Apprendistato di terzo livello: la semplificazione può attendere*, cit.

⁽⁷⁴⁰⁾ Una ricostruzione del sistema aggiornata alle recenti riforme legislative in G. OCCHIOCUPO, *Il sistema della formazione continua e la rete nazionale del lavoro: un quadro d'insieme*, Fondazione G. Brodolini Working Paper, 2016, n. 12.

⁽⁷⁴¹⁾ Approfondiscono il tema della formazione in rapporto al governo del mercato del lavoro G. LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1988; M. NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *RGL*, 1997, n. 3-4, 263-271; D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, 2004; B. CARUSO, *op. cit.*; A. LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, 2012; S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*

reddito in costanza di rapporto di lavoro, sebbene non siano chiare le modalità con cui è previsto svolgano queste nuove funzioni.

In una recente proposta di riforma ⁽⁷⁴²⁾ – relativa alla gestione delle ricollocazioni in casi di crisi aziendale – è stato prospettato un meccanismo in cui le imprese in crisi siano chiamate a versare un ticket di licenziamento, da tradursi in incentivo per una impresa intenzionata ad assumere i lavoratori licenziati, a seguito di interventi di formazione da gestire nell'ambito di "assegni di ricollocazione collettivi", finanziabili anche attraverso le risorse dei fondi interprofessionali e gestiti dai servizi pubblici e privati per il lavoro.

Da un lato, dunque, si assiste a un tentativo di integrazione delle politiche e degli strumenti di formazione continua per gli occupati (i fondi interprofessionali) nel sistema delle politiche attive, anche in funzione redistributiva con riferimento ai lavoratori a rischio di disoccupazione; dall'altro, nessun intervento pare però teso specificamente a rafforzare la funzione principale dei fondi interprofessionali e più in generale del sistema della formazione continua, quella cioè dello sviluppo di competenze che consentano ai lavoratori di affrontare le repentine trasformazioni del lavoro e le frequenti transizioni occupazionali, mediante un coordinamento puntuale con gli altri strumenti per lo sviluppo della occupabilità delle persone, da tempo atteso ⁽⁷⁴³⁾.

Certamente occorre guardare con favore a recenti esperienze di cooperazione tra Stato e Regioni nella gestione delle crisi aziendali mediante l'utilizzo di assegni di ricollocazione collettivi ⁽⁷⁴⁴⁾, poiché rappresentano una innovativa declinazione in senso «relazionale, inter-organizzativo e partenariale» ⁽⁷⁴⁵⁾ dello strumento. Tali esperienze sembrano, infatti, scongiurare il rischio che l'assegno di ricollocazione (vedi § 3.2) si configuri come dote individuale di scarsa efficacia laddove intesa come leva (per quanto potenziata) di capacitazione del singolo disoccupato, demandata alla attivazione di una rete ancora sottodimensionata (in termini di risorse economiche e professionali) di servizi per l'impiego pubblici e privati, e in assenza di adeguati raccordi con i fabbisogni territoriali e aziendali ⁽⁷⁴⁶⁾. Non si registrano, però, interventi sul fronte della anticipazione dei bisogni di qualificazione e riqualificazione dei lavoratori e della articolazione di strategie preventive, e non "curative", finalizzate a promuovere le condizioni della sostenibilità, della crescita e dello sviluppo a medio-lungo termine delle imprese e dei territori.

Nel novero degli strumenti utilizzabili per il reinserimento delle persone adulte in cerca di occupazione attraverso una adeguata riqualificazione, rientra adesso a pieno titolo anche l'apprendistato, in virtù della estensione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto: l'articolo 47, comma 4, del decreto legislativo n. 81/2015 prevede, infatti, la possibilità di assumere in apprendistato professionalizzante e senza limiti di età i lavoratori beneficiari di indennità di mobilità o di

⁽⁷⁴²⁾ Si fa riferimento, in particolare, alla recente proposta di Nannicini e Leonardi, che ha suscitato un intenso dibattito sulle pagine de *Il Sole 24 Ore*, dibattito ora ricostruito in L. CASANO, C. VALSEGA (a cura di), *Formazione continua: il tassello mancante per l'organizzazione del mercato del lavoro*, Boll. Spec. ADAPT, 2017, n. 4.

⁽⁷⁴³⁾ Cfr. L. CASANO, *Il sistema della formazione: fondi interprofessionali, certificazione delle competenze*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, cit., 471-484.

⁽⁷⁴⁴⁾ Si veda il contributo di L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in q. Fascicolo.

⁽⁷⁴⁵⁾ S.B. CARUSO, M. CUTTONE, *op. cit.*, 116.

⁽⁷⁴⁶⁾ M. TIRABOSCHI, *Jobs Act e ricollocazione dei lavoratori*, cit.

un trattamento di disoccupazione, ampliando dunque una categoria già contemplata dal Testo Unico con esclusivo riferimento ai beneficiari di indennità di mobilità.

3.5. L'inserimento lavorativo dei disabili.

Alla luce delle trasformazioni tecnologiche che determinano un aumento dei rischi di esclusione dei soggetti più deboli sul mercato del lavoro e dei nuovi rischi connessi all'invecchiamento della popolazione attiva e all'aumento della incidenza di malattie croniche ⁽⁷⁴⁷⁾, è importante dedicare un veloce approfondimento anche al tema dell'inserimento dei disabili ⁽⁷⁴⁸⁾: le strategie di intervento articolate con riferimento a questa fascia della popolazione sono, peraltro, particolarmente rappresentative della capacità di un sistema di guardare all'obiettivo primario della "autosufficienza" di ogni persona (in termini di occupabilità, salute, libertà dal bisogno assoluto, sicurezza) con interventi personalizzati ⁽⁷⁴⁹⁾. Non sarà possibile in questa sede affrontare nel dettaglio questo tema, ci si limiterà a sottolineare l'evoluzione del modello di organizzazione e disciplina di questo specifico segmento del mercato del lavoro determinata dal decreto legislativo n. 151/2015 ⁽⁷⁵⁰⁾ e dal decreto legislativo n. 150/2015 (articolo 18, comma 3) ⁽⁷⁵¹⁾. Da un lato, viene meno l'obbligo di chiamata numerica per i datori di lavoro, vengono inasprite le sanzioni per le imprese che non rispettano l'obbligo di assunzione e si rafforzano le misure volte all'adattamento del posto di lavoro e alla realizzazione di percorsi di inserimento personalizzati. Dall'altro, vengono applicate ai disabili le stesse norme che disciplinano i principi generali e comuni in materia di politiche attive del lavoro ⁽⁷⁵²⁾. Ciò pone non pochi problemi, in particolare, con riferimento alla accentuazione della condizionalità, alla quale è funzionalizzato l'intero intervento di riforma ⁽⁷⁵³⁾. Non sono state ancora emanate, d'altra parte, le linee-guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità, previste dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 151/2015, che dovrebbero promuovere la costruzione di una rete integrata per migliorare il sistema di inserimento lavorativo dei disabili, anche attraverso la promozione di accordi territoriali con i sindacati e le organizzazioni datoriali, e di sostenere la predisposizione di progetti di collocamento mirati.

⁽⁷⁴⁷⁾ S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *L'evoluzione del concetto giuridico di disabilità: verso un'inclusione delle malattie croniche?*, in *q. Rivista*, 2017, n. 1, 74-97.

⁽⁷⁴⁸⁾ Per una trattazione approfondita e un excursus sulla evoluzione della disciplina del collocamento dei disabili si rimanda a M. NAVILLI, *I lavoratori disabili e il collocamento «mirato»*, in M. BROLLO (a cura di), *op. cit.*, 275-343.

⁽⁷⁴⁹⁾ S. BRUZZONE, *Il Disability Management come approccio inclusivo, oltre la gestione delle risorse umane*, Working Paper ADAPT, 2017, n. 8.

⁽⁷⁵⁰⁾ *Disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, capo I, Razionalizzazione e semplificazione in materia di inserimento mirato delle persone con disabilità.*

⁽⁷⁵¹⁾ Per una trattazione approfondita si rimanda a D. GAROFALO, *Jobs Act e disabili*, in *RDSS*, 2016, n. 1, 89-115.

⁽⁷⁵²⁾ L'art. 18, comma 3, del d.lgs. n. 150/2015 prevede che le norme del capo II (*Principi generali e comuni in materia di politiche attive del lavoro*) si applichino anche al collocamento dei disabili «in quanto compatibili».

⁽⁷⁵³⁾ D. GAROFALO, *Jobs Act e disabili*, cit.

4. Limiti dell'attuale modello alla luce della teoria dei mercati transizionali del lavoro.

In questo paragrafo si proporrà una analisi critica del sistema sopra brevemente descritto, alla luce delle coordinate teoriche dei mercati transizionali del lavoro, qui ripercorse nel § 2, guardando tanto al modello di governance, quanto agli strumenti e alle misure di politica attiva attualmente esistenti.

Sul piano del modello organizzativo, l'impianto istituzionale che è derivato dai recenti interventi di riforma è di fatto verticale, sebbene sia caratterizzato anche da una dimensione di rete (la *rete nazionale* delle politiche del lavoro). Tale dimensione è tuttavia declinata a livello nazionale, in netta controtendenza rispetto alle attuali configurazioni dei mercati del lavoro e alle promettenti intuizioni del legislatore del 2012 (le "reti territoriali" della legge Fornero) ⁽⁷⁵⁴⁾. La teoria dei mercati transizionali enfatizza l'importanza di strategie concertate di governo del mercato del lavoro mediante patti e convenzioni territoriali ⁽⁷⁵⁵⁾: in quest'ottica, decentramento e concertazione tra istituzioni e parti sociali sono le parole d'ordine al fine di costruire le condizioni della «occupabilità interattiva» ⁽⁷⁵⁶⁾. Tali assunti non sono estranei al modello di regolazione del mercato del lavoro italiano che è andato consolidandosi dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso in poi, in una prospettiva di diversificazione dei mercati del lavoro su base locale, di valorizzazione degli attori sociali e delle istituzioni locali, del metodo concertativo, e di un coordinamento tra politiche del lavoro *diversificate* e politiche di sviluppo locale ⁽⁷⁵⁷⁾, che sembra essere stata abbandonata nell'ultima riforma, sebbene gli interpreti più sensibili alla impostazione teorica dei mercati transizionali del lavoro, siano possibilisti: anche l'attuale sistema, secondo questa interpretazione, ispirandosi alle logiche del neocentralismo, consentirebbe in linea di principio la valorizzazione di sperimentazioni locali, da realizzarsi, però, all'interno di una logica di «confronto continuo e dinamico, volto al reciproco apprendimento ed entro uno schema generale costituito dal modello nazionale» ⁽⁷⁵⁸⁾. Il successo di tale modello «coordinato e sussidiario» ⁽⁷⁵⁹⁾ è legato però alla forza del compromesso politico-istituzionale tra Stato e Regioni e alla effettiva valorizzazione dello strumento della convenzione tra Stato e Regione, che assume in tale sistema un ruolo cruciale per assicurare flessibilità e un genuino dialogo volto al costante adattamento tra i livelli istituzionali coinvolti. Ad oggi, tuttavia, lo strumento è stato utilizzato in modo alquanto

⁽⁷⁵⁴⁾ Si veda il contributo di A. SARTORI, *Le reti nel mercato del lavoro: le esperienze europee*, in D. GOTTARDI, T. BAZZANI (a cura di), *Il coordinamento degli attori del mercato del lavoro*, ESI, 2015, per una analisi comparata delle reti *multi-stakeholder* e del rapporto tra imprese e rete dei servizi per il lavoro.

⁽⁷⁵⁵⁾ Si veda G. SCHMID, *Il lavoro non standard. Riflessioni nell'ottica dei mercati transizionali del lavoro*, cit.

⁽⁷⁵⁶⁾ B. CARUSO, *op. cit.*, 22. Con tale espressione l'A. si riferisce a un modello di occupabilità che «enfatizza il ruolo degli attori pubblici e collettivi e le relative reti regolative di protezione e promozione». Seguendo sempre l'A., il metodo della concertazione e del partenariato, in tale approccio, non ha valore in sé ma solo in quanto funzioni da fattore di conversione e quindi di declinazione delle *capabilities* individuali. Sul concetto di *capability* il riferimento è chiaramente a A.K. SEN, *Risorse, valori e sviluppo*, Bollati Boringhieri, 1992, e A.K. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, 2000; A.K. SEN, *La disuguaglianza*, Il Mulino, 2000. Il concetto è, come risaputo, sviluppato anche da M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, 2001; M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, 2002.

⁽⁷⁵⁷⁾ Si veda tra tutti M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 210 ss.

⁽⁷⁵⁸⁾ S.B. CARUSO, M. CUTTONE, *op. cit.*, 105.

⁽⁷⁵⁹⁾ Si veda B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *ADL*, 2004, n. 3, 801 ss.

limitativo ⁽⁷⁶⁰⁾. Il venire meno del livello provinciale, inoltre, e il connesso trasferimento di funzioni alle Regioni avvenuto in assenza di una adeguata verifica delle risorse disponibili e di un vero piano di ammodernamento dei servizi pubblici ⁽⁷⁶¹⁾, destano preoccupazione, al pari del ruolo assegnato alla nuova agenzia nazionale. Se alcuni commentatori attribuiscono all'Anpal un ruolo che è prevalentemente di coordinamento ⁽⁷⁶²⁾, altri si interrogano sulla natura e le funzioni dell'Agenzia e sulle implicazioni di una "ipertrofia funzionale" che solleva dubbi non solo di natura interpretativa ma anche sul piano della implementazione del sistema e dei rischi di sovraccarico a cui l'Agenzia sembra esposta ⁽⁷⁶³⁾, in uno scenario peraltro complicato dall'esito negativo del referendum del 4 dicembre 2016 con cui si cercava di portare le politiche attive nell'ambito della competenza di livello statale e centrale.

A una infrastruttura istituzionale verticale e centralizzata fa da pendant una infrastruttura tecnologica che dovrebbe consentire il coordinamento del sistema, in modo da arginare la complessità organizzativa derivante dalla scelta di accentrare funzioni strategiche ma anche alcuni aspetti procedurali e operativi relativi alla implementazione degli strumenti e misure di politica attiva. Tuttavia, questa sembra la parte dell'intervento di riforma meno chiara e dagli esiti più incerti. Il progetto del Sistema informativo unitario (poi unico) delle politiche del lavoro è in effetti molto ambizioso: esso non mira solo a creare una infrastruttura informatica per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, ma a tracciare tutte le informazioni relative ai percorsi educativi e formativi, ai periodi lavorativi, alla fruizione di provvidenze pubbliche, che confluiranno poi per ogni persona nel fascicolo elettronico del lavoratore ⁽⁷⁶⁴⁾. Pur senza entrare nel merito della complessa infrastruttura tecnologica che dovrà soggiacere a tale sistema, sembra però che la strada per la costruzione di un efficace sistema di *labour market intelligence* sia ancora lunga, anche considerando gli sviluppi di altri importanti (e non certo di facile implementazione) strumenti di raccordo tra sistemi formativi e del lavoro, e cioè: il Sistema informativo sulle professioni ⁽⁷⁶⁵⁾, attualmente scollegato dalle strutture partecipate dagli attori sociali per il monitoraggio dei fabbisogni professionali a livello territoriale; il Repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione professionale istituito dal decreto legislativo n. 13/2013 ⁽⁷⁶⁶⁾, ancora non operativo e parzialmente sostituito, al momento, da un "atlante del lavoro"; il registro nazionale per l'alternanza scuola-lavoro

⁽⁷⁶⁰⁾ Si vedano le *Schede Regionali Servizi e Politiche Attive Lavoro* contenute in www.anpalservizi.it, area *Banca Dati Documenta*, sezione *Focus Territoriali*.

⁽⁷⁶¹⁾ L. VALENTE, *Le competenze regionali*, cit., 40.

⁽⁷⁶²⁾ Si veda S. SPATTINI, *La nuova governance del mercato del lavoro*, cit., 393.

⁽⁷⁶³⁾ A. ALAIMO, *L'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro (ANPAL)*, cit., 29.

⁽⁷⁶⁴⁾ Che sostituisce il Libretto formativo del cittadino, mentre non è chiaro il rapporto con la Scheda anagrafica e professionale del lavoratore (art. 1-bis, d.lgs. n. 181/2000), non soppressa, e per la quale anzi è previsto l'Anpal predisponga un nuovo modello. Cfr. L. CASANO, *Il sistema della formazione: fondi interprofessionali, certificazione delle competenze*, cit.; A. ALAIMO, *Sistema Informativo Unitario delle Politiche del Lavoro (SIUPoL) e Fascicolo Elettronico del Lavoratore (FEL)*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 109-116.

⁽⁷⁶⁵⁾ Il Sistema informativo integrato sulle professioni promosso congiuntamente da Isfol e Istat coinvolge diversi soggetti pubblici e non che, per loro finalità e a vario titolo, producono ed erogano nel nostro Paese informazioni inerenti alle professioni, al lavoro, all'occupazione e alla formazione. Esso collega il set informativo su professioni, fabbisogni professionali e previsioni di occupazione dell'Inapp con i dati forniti da Istat (forze di lavoro), Ministero del lavoro e delle politiche sociali (portale *Cliclavoro*, in particolare offerta e domanda di lavoro), Unioncamere (previsioni di assunzione a breve termine), Inail (incidentalità) e Regioni (osservatori sul mercato del lavoro e sulla formazione).

⁽⁷⁶⁶⁾ Istituito dall'art. 8 del d.lgs. n. 13/2013.

(⁷⁶⁷), che si candida a diventare il primo (in ordine temporale) canale informatizzato di incontro tra giovani e imprese, ma non risulta integrato con gli altri sistemi. La riduzione dei deficit informativi, nella teoria dei mercati transizionali del lavoro, è una delle principali leve per un governo efficiente delle transizioni, ma è qualcosa di molto diverso dalla creazione di una infrastruttura informatica per la correlazione di flussi informativi. Uno dei modi più efficaci per ridurre i rischi legati alla opacità del mercato del lavoro è la creazione, nei territori, di *learning communities* che adottino il principio del *learning by monitoring* (⁷⁶⁸): tutti gli attori rilevanti in un determinato contesto locale (scuole, università, imprese, associazioni datoriali e sindacati, istituzioni), mediante la stipula di accordi, patti e convenzioni, cooperano alla strutturazione di beni pubblici cruciali nei nuovi mercati del lavoro quali l'informazione e la formazione.

Per ciò che concerne gli attori coinvolti, il modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro disegnato dal decreto legislativo n. 150/2015 risulta ancora basato sulla coesistenza e sulla integrazione tra pubblico e privato nella attuazione delle politiche (⁷⁶⁹): la dottrina si è interessata prevalentemente dei rapporti tra attori pubblici e privati "tradizionali", mentre meno approfondito è stato un altro nodo che sembra destinato a diventare sempre più centrale e cioè la disciplina dei soggetti autorizzati in virtù di regimi speciali e agevolati ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo n. 276/2003. Tale materia sembra oggi rivestire un ruolo cruciale: è mediante la disciplina dei regimi speciali di autorizzazione che entra in gioco l'insieme diversificato di attori sociali chiamati a concorrere alla strutturazione di specifici *mercati transizionali* (quelli che si strutturano tra la scuola e il lavoro, in specifici settori, comparti o aree territoriali), ma anche le piattaforme internet che sempre più strutturano veri e propri mercati del lavoro virtuali che sfuggono agli intermediari tradizionali.

Resta residuale, nell'attuale modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, il ruolo e l'apporto delle parti sociali e degli enti loro espressione, ai diversi livelli di intervento. Senza voler entrare nel merito della natura, delle funzioni e della efficacia degli strumenti espressione della autonomia collettiva che operano nel campo delle politiche attive (⁷⁷⁰), preme qui sottolineare come emerga una tensione di fondo tra le tendenze alla ri-centralizzazione del governo del mercato del lavoro fin qui descritte e le potenzialità della contrattazione collettiva decentrata; così come emerge una contraddizione latente rispetto alla caratterizzazione del sistema italiano di formazione professionale come modello misto statale-associativo (⁷⁷¹) e decentrato. Il timore, sul fronte della governance, è che vengano meno le condizioni favorevoli alla cooperazione inter-istituzionale e pubblico-privato che in alcuni territori hanno consentito la creazione di sinergie

(⁷⁶⁷) Istituito dalla l. n. 107/2014 presso le Camere di Commercio per facilitare l'organizzazione dei percorsi di alternanza obbligatori, e consultabile on-line accedendo a un apposito portale.

(⁷⁶⁸) C.F. SABEL, *Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development*, Center for Law and Economic Studies Working Paper, 1993, n. 102.

(⁷⁶⁹) M. TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 40-96.

(⁷⁷⁰) Si veda P. VARESI, *Bilateralità e politiche attive del lavoro*, cit.

(⁷⁷¹) Si consenta di rimandare alla modellizzazione dei sistemi di regolazione della formazione continua contenuta in L. CASANO, *Formazione e instabilità del lavoro: una sfida impossibile? I fondi bilaterali per la formazione dei lavoratori tramite agenzia in Italia e in Francia*, Franco Angeli, 2013.

virtuose, per l'innescarsi di processi di burocratizzazione e centralizzazione dei meccanismi di regolazione del mercato dei servizi per il lavoro e per la formazione, che sempre più dovrebbero invece essere ispirati al principio di sussidiarietà per valorizzare le potenzialità e incontrare le esigenze differenziate dei territori.

Un'altra criticità è riscontrabile sul piano della genericità delle disposizioni che oggi disciplinano le misure di politica attiva rivolte ai disoccupati. Un primo profilo a cui guardare è l'ambito di estensione soggettiva delle tutele ⁽⁷⁷²⁾, "rivelatore" dello spirito della riforma, che va più nella direzione di aumentare i livelli quantitativi dell'occupazione e di rafforzare la condizionalità degli strumenti di sostegno al reddito, che in quella di rafforzare le tutele nel mercato per le transizioni occupazionali. Tale strategia testimonia la difficoltà del legislatore di leggere le trasformazioni che interessano i percorsi di carriera evidenziate nel § 1, limitando la sfera di applicazione delle tutele "forti" alla "tradizionale" transizione *posto di lavoro – disoccupazione – nuovo posto di lavoro*. Ad attenuare l'anacronismo di tale impostazione è intervenuta la legge n. 22/2017, che prevede servizi personalizzati di orientamento, riqualificazione e ricollocazione per i lavoratori autonomi, raggruppando per la prima volta in una logica unitaria lavoratori con statuti diversi, ma esposti agli stessi rischi e dunque meritevoli delle stesse tutele sul mercato. Occorrerà ora capire come l'Anpal integrerà operativamente tali previsioni, in termini di connessione con le misure e i servizi previsti dal decreto legislativo n. 150/2015, evitando che si creino "corsie separate" per il lavoro autonomo e per quello subordinato, incoerenti con il fluidificarsi dei percorsi di carriera che possono prevedere ripetuti passaggi da un'area all'altra.

La genericità delle disposizioni in materia di servizi e misure di politica attiva è stata indicata come una delle maggiori criticità dell'intervento di riforma, e si segnala altresì un preoccupante scollamento con gli sforzi portati avanti negli ultimi anni nel nostro Paese sul fronte dell'ammodernamento dei sistemi di sviluppo, riconoscimento e trasferibilità delle competenze, che appaiono cruciali per il governo delle transizioni occupazionali. È stato sottolineato in dottrina come, rispetto a questo quadro, rappresenti una eccezione positiva la disciplina dell'assegno di ricollocazione, che combinando alcuni tra gli elementi più innovativi già sperimentati nell'ambito di buone pratiche internazionali e locali ⁽⁷⁷³⁾, rappresenterebbe la più importante innovazione sul fronte degli strumenti di politica attiva. I primi dati sulla implementazione della misura su scala nazionale ci consegnano, tuttavia, un quadro poco incoraggiante ⁽⁷⁷⁴⁾.

Solleva perplessità anche l'evoluzione della disciplina in materia di transizione dalla scuola/università al lavoro. Le nuove regole in materia di tirocini si muovono in una direzione di semplificazione che sacrifica, però, la specificità delle logiche di intervento fin qui differenziate a seconda dei target di riferimento, con la sostanziale assimilazione dei tirocini per i giovani in uscita dal sistema formativo ai tirocini per l'inserimento o il reinserimento lavorativo. Attirati nell'orbita degli strumenti di attivazione, i tirocini extra-curricolari non si configurano, quindi, come forme

⁽⁷⁷²⁾ L'iter di approvazione del d.lgs. n. 150/2015 è stato caratterizzato da incertezze relative allo *status* occupazionale per accedere ai servizi: il progetto di decreto aveva esteso gli interventi di politica attiva anche ai "disoccupati parziali". Il testo poi approvato ha limitato l'ambito di estensione soggettiva delle tutele ai disoccupati come definiti dall'art. 19 del d.lgs. n. 150/2015. Cfr. A. DONINI, *Effettività dei servizi per l'impiego: forme e garanzie nella ricerca di lavoro*, cit., 298-299.

⁽⁷⁷³⁾ Per le esperienze regionali che hanno fatto da apripista si veda S.B. CARUSO, M. CUTTONE, *op. cit.*, 100 ss.

⁽⁷⁷⁴⁾ P. ICHINO, *Anpal: ciò che si sperimenta non è la riforma*, in www.pietroichino.it, 10 aprile 2017.

di *transitional employment* inserite in una logica di sistema, in cui opportunità formative, sostegno economico e misure di orientamento sono graduati in misura differente a seconda dei soggetti beneficiari. Anche con riferimento all'apprendistato emergono criticità legate all'abbandono della logica partecipativa, di condivisione e sussidiaria che aveva caratterizzato il Testo Unico, che cede il passo ad un processo *top-down* in cui si riduce l'importanza della contrattazione collettiva e si ri-centralizza a livello ministeriale la definizione degli standard formativi e professionali di tutte le tipologie. Il *favor* del legislatore del *Jobs Act* nei confronti dell'apprendistato di primo livello si esprime, ancora una volta, in termini di mere petizioni di principio e semmai sotto forma di incentivi economici, mentre non ci si preoccupa di assicurare «un raccordo stabile ed effettivo» tra gli attori del sistema, continuando a trascurare l'importanza di strumenti quali le reti scuola-impresa ⁽⁷⁷⁵⁾ e la funzione cruciale degli uffici *placement* delle scuole ⁽⁷⁷⁶⁾ al fine di stimolare il coinvolgimento delle imprese. Viene meno, nella nuova disciplina dell'apprendistato, il raccordo tra standard professionali e standard formativi, contenuto nell'articolo 6 del decreto legislativo n. 167/2011, che avrebbe dovuto realizzarsi riunendo in un repertorio nazionale titoli e qualifiche del sistema di istruzione e formazione e qualifiche contrattuali, e con esso l'anima stessa dell'apprendistato come sistema, che poteva rappresentare (ancora prima di *Garanzia Giovani*) la vera sperimentazione di un modello di governo del mercato del lavoro basato sul raccordo tra istruzione, formazione e lavoro e sul sostegno nelle transizioni occupazionali mediante la valorizzazione, il riconoscimento e la trasparenza delle competenze nel passaggio da un (micro)sistema all'altro ⁽⁷⁷⁷⁾. Con riferimento, infine, alla estensione dell'ambito di applicazione soggettiva ai percettori di ammortizzatori sociali, è stato sottolineato il rischio di "spiazzamento" dei giovani da parte degli adulti nell'accesso alle opportunità di apprendistato ⁽⁷⁷⁸⁾. Qui preme soprattutto rilevare come tale previsione dia ulteriore conferma di quale sia l'obiettivo primario dell'intervento di riforma in materia di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, e cioè l'attivazione dei disoccupati e il sostegno nella mobilità *job-to-job*. Quasi assente, in termini di raccordi normativi e strumenti operativi, come politica attiva per i giovani, l'apprendistato assurge a strumento di attivazione dei disoccupati percettori di indennità di disoccupazione, confermando il netto sbilanciamento verso la logica del *workfare*. Si trascura, ancora una volta, la difficoltà di costruire relazioni con imprese che non hanno mai metabolizzato la necessità di rivestire un ruolo nuovo, difficile da affermare finché non si consolida una cultura di integrazione e partecipazione degli attori economici alle dinamiche dell'incontro tra domanda e offerta, in termini di co-costruzione delle condizioni per lo sviluppo sociale ed economico che passa anche per la collaborazione in materia di formazione e lavoro.

⁽⁷⁷⁵⁾ Per una ricognizione degli strumenti individuati a livello europeo e di alcune buone pratiche di reti scuola-impresa realizzate in Italia si veda A. BALSAMO, *Reti scuola-impresa: un modello d'integrazione tra scuola e lavoro per l'industria 4.0*, Adapt University Press, 2017.

⁽⁷⁷⁶⁾ Ivi, 197.

⁽⁷⁷⁷⁾ Sul fronte della validazione degli apprendimenti non formali e della certificazione delle competenze, poi, il mancato raccordo tra riforma dell'apprendistato e riordino del sistema di servizi per il lavoro e politiche attive è evidente anche sul piano terminologico, laddove l'art. 46 del d.lgs. n. 81/2015 fa ancora riferimento al Libretto formativo del cittadino, oramai sostituito dal fascicolo elettronico, istituito dall'art. 14 del d.lgs. n. 150/2015.

⁽⁷⁷⁸⁾ D. GAROFALO, *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015*, cit., 241-287.

Le stesse considerazioni possono farsi con riferimento al sistema della formazione professionale continua, e, in particolare, al ruolo dei fondi paritetici interprofessionali, inclusi dal decreto legislativo n. 150/2015 nella rete nazionale dei servizi per il lavoro e delle politiche attive con una operazione formalistica, che interviene a valle di un processo di progressiva marginalizzazione e riduzione delle risorse di questi enti ⁽⁷⁷⁹⁾, e a dispetto del sostanziale isolamento (sul piano dei meccanismi di cooperazione inter-istituzionale) dei fondi stessi. Il decreto legislativo n. 150/2015 interviene ora sulla disciplina dei fondi, ma in direzione opposta rispetto alle esigenze di valorizzazione del loro ruolo di promozione della occupabilità tra mercati interni ed esterni e di coordinamento operativo con la rete dei servizi. Da un lato, i fondi sono attirati nell'orbita ministeriale, soggetti alle linee di indirizzo triennali e agli obiettivi annuali in materia di politiche attive del lavoro che saranno emanati dal Ministero previa intesa in conferenza Stato-Regioni. Dall'altro, sono chiamati a contribuire a funzioni cruciali, quali la costruzione di un sistema informativo della formazione professionale e il rafforzamento dei meccanismi di condizionalità nelle prestazioni relative ai beneficiari di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, senza che siano esplicitate le modalità con cui i fondi, in molti casi privi di risorse e strutture organizzative adeguate, possano svolgere tali funzioni. L'inclusione nominale in una rete *nazionale* dei servizi per il lavoro, e la collocazione dei fondi al servizio della logica della condizionalità degli strumenti di sostegno al reddito, lasciano ancora inevaso un obiettivo di riforma a più riprese evocato dagli attori del sistema, quello di un miglioramento (sul piano qualitativo e quantitativo) della offerta di formazione per i lavoratori, in modo da dotarli delle competenze che li aiuteranno ad essere occupabili non solo oggi, ma anche nel futuro. A tal fine si rivelano cruciali interventi volti a promuovere, sul fronte della governance dei fondi, l'autonomia e la genuinità della dimensione bilaterale, e a professionalizzarne l'azione mediante un maggiore (e non minore) investimento nelle dotazioni funzionali e professionali dei fondi e una formazione mirata per i rappresentanti sindacali e datoriali. Un elemento di debolezza del sistema, poi, resta il mancato ancoraggio dell'azione dei fondi a un vero diritto individuale alla formazione. Al contempo, il sistema è caratterizzato da una logica settoriale che mal si concilia con la nuova geografia del lavoro in cui scompaiono i confini tra settore primario, secondario e terziario per come li conoscevamo, e così si affievoliscono le esigenze di specializzazione settoriale delle strategie formative ⁽⁷⁸⁰⁾.

È proprio tale logica di sistema a mancare, più in generale, nell'attuale modello di politiche attive. L'obiettivo generale del legislatore del *Jobs Act* di un maggiore coordinamento e di efficientamento del sistema dei servizi per il lavoro e delle politiche attive si è tradotto, da un lato, in un

⁽⁷⁷⁹⁾ Tendenze, peraltro, comuni ad altre esperienze nazionali e in particolare quella francese. Le proposte di riforma della formazione professionale del neo-eletto Presidente Macron vanno esattamente nella direzione di deviare le risorse degli *Organismes paritaires collecteurs agréés* (OPCA) settoriali verso la formazione per i disoccupati, dopo diversi interventi di riforma che sono andati nella direzione di ridurne la vocazione "aziendale" e "settoriale" a vantaggio di strategie di intervento più inclusive e al contempo individualizzate. Cfr. J.-M. LUTTRINGER, *Actualité du droit de la formation: le paritarisme de gestion de la formation professionnelle enjeu politique*, in *DS*, 2016, n. 12, 1024-1028; M. TALLARD, C. VINCENT, *Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi?*, ivi, 2014, n. 3, 212-216.

⁽⁷⁸⁰⁾ Nel caso francese una risposta alla esigenza di superare logiche settoriali che rischiavano di essere foriere di segmentazione ed esclusione è stata l'istituzione del *Fond paritaire de sécurisation des parcours professionnels*, che finanzia, utilizzando una parte delle risorse provenienti dagli OPCA settoriali, interventi di formazione per il sostegno delle transizioni occupazionali sia dei lavoratori che dei disoccupati. Esistono, inoltre, fondi intersettoriali che promuovono interventi trasversali (tra cui il fondo *Opalia*, cui aderiscono imprese di più di 30 settori).

aumento dei meccanismi di controllo e in un rafforzamento della logica *top-down* nella programmazione degli interventi; dall'altro, in sforzi di semplificazione che rischiano di sacrificare la logica della personalizzazione ormai costantemente invocata sul piano teorico e valoriale con riferimento alle politiche del lavoro. Questa seconda distorsione sembra riguardare anche il tema dell'inserimento dei disabili nel mercato del lavoro, qui velocemente richiamato, laddove vengono estese a questa categoria le stesse norme in materia di servizi e misure di politica attiva che sono applicate alla generalità delle persone, mentre si è ancora in attesa della realizzazione delle disposizioni più innovative riguardanti la creazione di reti integrate tra gli "uffici competenti" e i servizi sociali, sanitari, educativi e formativi del territorio, nonché l'Inail, che tuttavia nasceranno già minate alla base in assenza di adeguati percorsi di ri-qualificazione degli operatori ⁽⁷⁸¹⁾.

Un ultimo aspetto, infine, merita di essere sottolineato con riferimento all'attuale modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, cioè l'assenza di interventi concreti sul fronte del riconoscimento delle attività fuori mercato e delle occasioni di lavoro senza contratto che possono rappresentare, se adeguatamente regolate e riconosciute, importanti opportunità di promozione dell'occupabilità, in particolare di fasce deboli ⁽⁷⁸²⁾. Il decreto legislativo n. 150/2015 interviene, in realtà, nell'ambito della regolazione dei lavori socialmente utili, ma con l'obiettivo, ancora una volta, di operare un riordino all'insegna della semplificazione. L'intervento, nonostante l'ampia delega, non è di portata rivoluzionaria: si conferma un orientamento restrittivo con riferimento alla platea dei beneficiari, viene circoscritto l'ambito geografico di utilizzazione dei lavoratori socialmente utili al comune di residenza, viene allargata la platea di potenziali soggetti utilizzatori. Il tema è molto ampio e non può essere trattato esaustivamente in questa sede, tuttavia si tratta di un capitolo che non dovrebbe essere trascurato nelle agende di riforma del mercato del lavoro, alla luce delle trasformazioni richiamate nel § 1 che suggeriscono un allargamento dell'ambito di interesse giuslavoristico al "lavoro senza contratto". Nella prospettiva dei mercati transizionali del lavoro, le politiche attive sono principalmente orientate al riconoscimento delle attività fuori mercato ed alla loro assicurazione mediante forme di sostegno al reddito che le trasformino in *transitional employment*, una prospettiva ribaltata rispetto a quello del sostegno al reddito per i disoccupati condizionato alla "attivazione" del soggetto. In quest'ottica, la disciplina dei lavori socialmente utili, sopra brevemente richiamata, appare ancora fortemente limitante, tanto sul fronte della ristretta platea di beneficiari, quanto su quello della logica sottostante che è chiaramente riconducibile alla tradizionale impostazione di *workfare* in cui il lavoro fuori mercato è definito come obbligo legato alla applicazione del meccanismo di condizionalità per alcune specifiche categorie di beneficiari di sostegno al reddito, senza particolare attenzione al profilo delle attività da promuovere. Queste dovrebbero essere funzionali alla creazione di bacini di occupazione in settori innovativi o in espansione da individuare nelle comunità locali, e la disciplina sui lavori socialmente utili dovrebbe mirare a valorizzare, più in generale, tutte le attività fuori mercato, e ad intercettare condizioni di svantaggio differenziate. In tale prospettiva diverse tipologie di beneficiari possono adempiere, mediante l'attività fuori mercato, ad un obbligo

⁽⁷⁸¹⁾ S. BRUZZONE, *op. cit.*, 7.

⁽⁷⁸²⁾ Si vedano i contributi nella sezione *Ricerche di q. Rivista*, 2017, n. 2, intitolata *Lavoro e regole ai confini del mercato*: C. CORDELLA, *Il lavoro in proprio nelle carceri*, 317-335; T. PULA, *Il baratto amministrativo: profili giuslavoristici*, 336-362; V. PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, 363-396.

sociale, ottenendo in cambio l'accesso a strumenti di capacitazione modulati a seconda della situazione personale, anche, ad esempio, nella forma di crediti per accedere ad opportunità formative, come nella esperienza francese del *Compte personnel d'activité* ⁽⁷⁸³⁾. Tali strumenti non possono che essere configurati nei contesti locali, con strategie coordinate tra una pluralità di attori e tarate sulle specifiche situazioni dei beneficiari, tenendo conto dei bacini occupazionali che possono realmente rappresentare opportunità di crescita per le persone e il territorio.

Una preconditione indispensabile per il funzionamento di tutti gli interventi di politica attiva, infatti, ancora una volta trascurato dalla recente riforma, è l'elaborazione di strategie efficaci sul fronte dell'analisi e anticipazione dei fabbisogni formativi. Il tema della mappatura e della anticipazione dei fabbisogni professionali ⁽⁷⁸⁴⁾ nel nostro Paese resta relegato a iniziative di tipo informativo, a pratiche manageriali avanzate, o a operazioni formalistiche degli enti preposti alla formazione finalizzate al mantenimento di accreditamenti o al reperimento di risorse pubbliche ⁽⁷⁸⁵⁾, più che configurarsi come strumento di policy ⁽⁷⁸⁶⁾ e come fonte di dati strategica per la programmazione e la valutazione delle politiche formative e del lavoro. Eppure le indagini sui risultati delle politiche attive, e in particolare degli interventi di formazione per l'occupabilità, testimoniano chiaramente quanto sia illusorio pensare che questi interventi possano funzionare in assenza di un raccordo con i fabbisogni espressi dai mercati del lavoro locali ⁽⁷⁸⁷⁾.

5. Le coordinate concettuali per una moderna organizzazione e disciplina giuridica del mercato del lavoro.

La trattazione fin qui presentata risponde evidentemente in modo parziale e selettivo al tentativo di ricostruzione e analisi del modello italiano di organizzazione e disciplina giuridica del mercato del lavoro. Tale operazione è, infatti, ardua e implica una ricognizione di frammenti di un sistema che ancora stenta ad emergere anche perché sin qui trattati separatamente dalla dottrina. Nella

⁽⁷⁸³⁾ La loi n. 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (artt. 40, 44, 45, 46) definisce le condizioni per la operatività, a partire dall'1 gennaio 2017, del *Compte personnel d'activité* (CPA), un conto individuale che riunisce i diritti maturati da tutte le persone a partire dai 16 anni a titolo di *Compte personnel de formation* (CPF), *Compte personnel de prévention de la pénibilité* (C3P) e *Compte d'engagement citoyen* (CEC), al fine di rendere più sicuri i percorsi professionali aumentando al contempo la libertà di scelta delle persone. In particolare, attraverso lo svolgimento di attività fuori mercato, è possibile accumulare ore nel CEC, utilizzabili per accedere a opportunità di formazione finanziabili nell'ambito del CPF. Ogni titolare del CPA ha diritto a un *Conseil en évolution professionnelle* (CEP) a cura dei servizi per il lavoro, finalizzato ad aiutarlo ad esercitare i propri diritti in materia di costruzione di un percorso professionale (art. 39, loi n. 2016-1088). Cfr. B. GAZIER, *Sécurisation des transitions professionnelles et compte personnel d'activité: remettre la charrue derrière les bœufs*, in *DS*, 2016, n. 10, 829; N. MAGGI-GERMAIN, *Le compte personnel d'activité. Requiem for a dream?*, ivi, n. 6, 541.

⁽⁷⁸⁴⁾ Cfr. L. CASANO, *Introduzione. L'anticipazione dei fabbisogni di competenze tra apprendimento permanente e mercato del lavoro*, in *Nuova Secondaria – Ricerca*, 2017, n. 10. Si veda anche L. ALLEGRETTA, *La questione dell'analisi dei fabbisogni formativi (non solo) nelle imprese*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro: un punto di vista formativo*, La Scuola, 2013, 29-54.

⁽⁷⁸⁵⁾ ISFOL, *XVI Rapporto sulla Formazione continua. Annualità 2014-2015*, 2015, 124-125, consultabile in L. CASANO, C. VALSEGA (a cura di), *op. cit.*

⁽⁷⁸⁶⁾ Per una disamina delle due dimensioni e della loro evoluzione si veda L. ALLEGRETTA, *Il lavoro che verrà. Significati, approcci e pratiche di analisi previsionale di fabbisogni formativi e occupazionali*, Franco Angeli, 2016.

⁽⁷⁸⁷⁾ Cfr. A. TESELLI (a cura di), *Formazione professionale e politiche attive del lavoro. Misure, carriere, esiti in Italia*, Carocci, 2016, 74-86.

ricostruzione fin qui presentata, si è consapevoli, inoltre, di non rispettare i confini e le articolazioni interne tracciati da fonti autorevoli che hanno ricostruito sistematicamente la materia ⁽⁷⁸⁸⁾. Questi schemi interpretativi hanno come elemento comune quello di seguire, seppure con sensibilità diverse, la struttura della Riforma Biagi che ha continuato, anche dopo la Riforma Fornero, a rappresentare «l'ordito» sul quale il legislatore ha svolto gran parte del suo «lavoro di tessitura» ⁽⁷⁸⁹⁾ in materia di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Essi, tuttavia, non sfuggono alla storicità di tale impostazione, rispondendo solo parzialmente alla necessità di identificare i nuovi strumenti attraverso cui garantire trasparenza ed efficienza al mercato e migliorare le capacità di inserimento professionale per coloro i quali sono in cerca di lavoro ⁽⁷⁹⁰⁾.

Alla luce del percorso di ricerca fin qui condotto, l'analisi del modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro dovrebbe, in primo luogo, recuperare le aspettative e le linee programmatiche che hanno caratterizzato la nascita di questo ramo della disciplina: l'importanza, cioè, di un approccio al lavoro «calato nella dimensione economica in cui il lavoro può acquistare valore e restituire valore a chi lavora: la dimensione del mercato» ⁽⁷⁹¹⁾, e di un ammodernamento degli approcci culturali e operativi al mercato del lavoro da considerare, seguendo l'insegnamento di Solow, una fondamentale istituzione sociale le cui caratteristiche riflettono gli assetti complessivi delle diverse società e ne condizionano dinamiche evolutive e regolative ⁽⁷⁹²⁾.

Ciò vuol dire anche, da un lato, considerare i processi di diversificazione dei mercati e analizzarne le conseguenze al fine di comprendere le sfide che pongono ai modelli di regolazione del lavoro (attori, livelli e modalità di intervento), in un dialogo costante con altre discipline come la geografia e l'economia del lavoro; dall'altro, individuare le transizioni occupazionali significative che meritano oggi (e meriteranno nel futuro) attenzione al fine di identificare, creare o valorizzare, laddove già esistenti, gli strumenti e le regole più appropriati alla configurazione di tutele personalizzate e alla creazione di attività transizionali. In questa operazione, sembra cruciale il dialogo con la letteratura sociologica che ha studiato l'evoluzione dei percorsi di carriera e ha messo a punto strumenti di analisi delle transizioni occupazionali e dei rischi ad esse connesse ⁽⁷⁹³⁾, così come è indispensabile la mappatura delle esperienze di valutazione delle politiche locali e delle misure e degli strumenti di politica attiva. Altrettanto importante è la valorizzazione del patrimonio di conoscenze che discipline quali la pedagogia e la psicologia del lavoro ci consegnano in relazione alle condizioni di efficacia degli interventi per lo sviluppo della occupabilità di specifici target.

Acquisiti, poi, l'estrema complessità del quadro giuridico riguardante la organizzazione e la disciplina del mercato del lavoro nel nostro Paese, e anche le incoerenze e le criticità determinate dal succedersi di interventi di riforma non sempre coordinati tra di loro, occorrerebbe analizzare sistematicamente i *sistemi* e i *modelli* già esistenti nei territori e che si verranno a configurare,

⁽⁷⁸⁸⁾ Si fa qui riferimento a P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, e alla parte I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, del volume M. BROLLO (a cura di), *op. cit.*; E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*; L. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro. Il nuovo quadro della legislazione italiana dopo il d.lgs. 14 settembre 2015*, n. 150, cit.

⁽⁷⁸⁹⁾ M. BROLLO, *Introduzione* a M. BROLLO (a cura di), *op. cit.*, XLVIII.

⁽⁷⁹⁰⁾ Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁷⁹¹⁾ *Presentazione* di DML, 1999, n. 1, cit., 3-4.

⁽⁷⁹²⁾ R.M. SOLOW, *The labor market as a social institution*, Blackwell, 1990.

⁽⁷⁹³⁾ Si veda A. CORTESE, *Biografie, istituzioni, carriere lavorative*, in A. CORTESE (a cura di), *Carriere mobili. Percorsi lavorativi di giovani istruiti nel Mezzogiorno*, Franco Angeli, 2012.

all'incrocio tra: assetti istituzionali; legislazione nazionale; normative regionali; contrattazione collettiva (specialmente territoriale); accordi, intese, convenzioni e reti anche informali per l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro; strumenti e misure riguardanti particolari gruppi o specifici contesti. Una "mappa" dei modelli di organizzazione e disciplina dei mercati del lavoro da costruire interrogandosi tanto sugli strumenti e le tecniche di regolazione più efficaci per portare (o riportare) al lavoro il più alto numero possibile di persone, quanto su quelli idonei a promuovere l'inclusione e lo sviluppo.

In questa prospettiva di analisi quattro paiono essere le determinanti sui cui riflettere: territorio, professionalità, certificazione delle competenze, produttività e valore del lavoro.

5.1. Territorio.

Il dibattito ormai annoso sulla alternativa centralizzazione/decentramento dovrebbe lasciare il campo ad una analisi accurata, inevitabilmente interdisciplinare, su quale sia la dimensione più appropriata, oggi, per la costruzione e la regolazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Se è acquisita la artificiosità della geografia amministrativa del lavoro, altrettanto inadeguata si rivela la rappresentazione statistica dei sistemi del lavoro, creati da algoritmi di aggregazione che si basano sui flussi di pendolarismo (numero di occupati che effettuano lo spostamento dalla località di alloggio a quella di lavoro) per configurare la dimensione territoriale dei mercati del lavoro ⁽⁷⁹⁴⁾. La configurazione dello spazio determinata dal fenomeno lavoro muta con il diversificarsi dei *luoghi* e delle modalità di lavoro: se prima era plasmata da processi di mobilità geografica e di pendolarismo convergenti verso grandi centri di interesse (le imprese "fisiche"), adesso è fortemente influenzata dalla attrattività di un territorio in termini di esistenza di infrastrutture e network di collaborazione fra attori strategici ⁽⁷⁹⁵⁾. A tale prospettiva è collegata la letteratura sui *technological districts* e quella sui distretti industriali, troppo ampie per essere esaustivamente richiamate in questa sede ⁽⁷⁹⁶⁾, e quella più recente sui *brain hubs* come cuore pulsante dei nuovi modelli produttivi ⁽⁷⁹⁷⁾.

A fronte di tali scenari, i temi richiamati nei paragrafi precedenti (dall'apprendistato, alla formazione continua; dalla dimensione sussidiaria e partecipata delle reti per il governo delle transizioni

⁽⁷⁹⁴⁾ ISTAT, *La nuova geografia dei sistemi locali*, 2015.

⁽⁷⁹⁵⁾ La società della conoscenza e la sempre maggiore compenetrazione tra lavoro e processi di apprendimento (e di innovazione) rendono centrali per lo studio del mercato del lavoro alcune prospettive sviluppate nell'ambito della geografia economica e degli studi urbanistici, a partire dal concetto di *learning regions*, cioè sistemi territoriali caratterizzati da relazioni significative e da processi tecnologici e cognitivi, aree in cui si registra una ampia produzione di nuova conoscenza grazie all'apporto di capitale umano altamente qualificato, alla esistenza di network consolidati tra le imprese, al supporto da parte delle istituzioni. Tale concetto è stato sviluppato da R. FLORIDA, *Toward the Learning Region*, in *Futures*, 1995, vol. 27, n. 5, 527-536, successivamente approfondito da altri AA. Per una ricostruzione della letteratura e dello sviluppo di tali concetti nell'ambito della geografia economica, degli studi urbanistici e sociologici, si veda M. LAZZERONI, *High-Tech Activities, System Innovativeness and Geographical Concentration. Insights Into Technological Districts in Italy*, in *European Urban and Regional Studies*, 2010, vol. 17, n. 1, 45-63.

⁽⁷⁹⁶⁾ I "distretti industriali" e i "distretti tecnologici" sono da oltre trent'anni temi oggetto di interesse di diverse discipline (sociologia, geografia, economia) e non è qui possibile richiamare la copiosa letteratura sull'argomento. Tra i primi ad occuparsene in Italia, G. BECATTINI, *Dal "settore" industriale al "distretto" industriale. Alcune considerazioni sull'unità di indagine dell'economia industriale*, in *L'Industria*, 1979, n. 1, 7-21. Si veda anche R.P. CAMAGNI, *Cambiamento tecnologico, "milieu" locale e reti di imprese: verso una teoria dinamica dello spazio economico*, in *Economia e Politica Industriale*, 1989, n. 64; C. TRIGILIA, *La costruzione sociale dell'innovazione. Economia, società e territorio*, Firenze University Press, 2007.

⁽⁷⁹⁷⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, E.M. IMPOCO, *op. cit.*

occupazionali alla crucialità di sistemi informativi costruiti dal basso) dovrebbero ricevere grande attenzione in quanto rappresentano strumenti di strutturazione di reti locali per l'apprendimento e l'innovazione, di network promozionali non solo per il singolo o per il gruppo di beneficiari, ma per le imprese e per i territori, interventi di sistema preziosi per creare le condizioni della produzione e della crescita occupazionale.

La globalizzazione e la digitalizzazione del lavoro sembrano polverizzare la dimensione spaziale, ma non la annullano, se è vero che le grandi città di oggi sono *serendipity machines*, in cui si realizza l'interazione tra spazi virtuali e spazi reali. È nelle città, infatti, che è più facile stabilire connessioni e creare beni pubblici, promuovere l'innovazione, in regime di competizione ma anche di cooperazione con altre città che affrontano sfide simili ⁽⁷⁹⁸⁾. In quest'ottica, la realizzazione di un modello di governance multi-livello e multi-attore appare cruciale, ma sembra al momento solo una promessa. L'utilizzo dello strumento delle convenzioni (anche di secondo livello) potrebbe forse essere la leva per costruzione di strategie mirate nei singoli territori, superando ripartizioni amministrative anacronistiche e configurando sistemi a geometria variabile in cui i confini entro cui programmare e implementare gli strumenti di intervento si modellano sulle esigenze reali dei territori. In tal senso, le convenzioni di secondo livello potrebbero essere lo strumento attraverso cui sperimentare e valorizzare modelli innovativi a livello di città metropolitane, coerentemente con la centralità sempre maggiore delle città nella nuova geografia del lavoro. Al contempo, una forte cabina di regia a livello centrale dovrebbe garantire il controllo delle disparità territoriali, se sarà in grado di avvalersi delle più moderne tecnologie per svolgere quella che dovrebbe essere considerata la vera priorità del governo centrale e cioè la raccolta e la diffusione delle informazioni sul mercato del lavoro.

5.2. Professionalità.

L'aver trascurato la crucialità delle connessioni con il sistema di istruzione e formazione e l'aver prefigurato in modo vago e inconsistente modalità e strumenti di collegamento tra tale sistema, quello dei servizi per il lavoro e il sistema di relazioni industriali costituisce senza dubbio un elemento di debolezza che fa dubitare della capacità dell'ultimo intervento di riforma di "essere all'altezza" delle sfide in atto. Non si tratta solo di valorizzare il ruolo della formazione come strumento di politica attiva, ma di creare "*bridging mechanisms*" ⁽⁷⁹⁹⁾ realmente in grado di favorire l'incontro tra domanda e offerta supportando la professionalità ⁽⁸⁰⁰⁾ in una prospettiva di corso di vita. Al contrario, nonostante l'illusorio ingresso del diritto all'apprendimento permanente nel

⁽⁷⁹⁸⁾ Si veda A. BAGNASCO, *L'organizzazione sociale nello spazio. Argomenti di un buon vicinato scientifico*, in *Documenti Geografici*, 2014, n. 1, 11-12, secondo cui «Flussi crescenti di persone, di merci, di messaggi non escludono comunque la condensazione di interazioni in punti specifici dello spazio. Sfidati dai flussi, i luoghi permangono. Da questo punto di vista le città, luoghi nello spazio fisico sono dunque anche dispositivi di connessione di spazio dei luoghi e spazio dei flussi». Si veda anche E. CASTI, *Rappresentare la spazialità della mondializzazione*, in *Nuova Secondaria*, 2015, n. 7.

⁽⁷⁹⁹⁾ G. SCHMID, *Transitional Labour Markets: A New European Employment Strategy*, cit., 27.

⁽⁸⁰⁰⁾ Tale espressione è qui utilizzata nell'accezione usata da M. NAPOLI, *La professionalità*, in M. NAPOLI, *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi (2001-2005)*, Giappichelli, 2006, qui 490, che ricorda come tale termine, sebbene evochi nel linguaggio comune la dimensione della attività dei "professionisti", «rappresenti in realtà la dimensione necessaria, non sempre riconosciuta e tutelata, per l'esplorazione di qualsiasi lavoro, sia autonomo che subordinato nelle imprese».

nostro ordinamento, con la legge n. 92/2012⁽⁸⁰¹⁾, il tema della effettività di tale diritto⁽⁸⁰²⁾ resta ai margini delle preoccupazioni del legislatore e delle parti sociali, e anche della dottrina giuslavoristica. I profili più innovativi del sistema di apprendimento permanente prefigurato dalla legge Fornero sono rimasti sulla carta: dall'idea di reti territoriali per l'apprendimento formate da tutti gli *stakeholders* locali per la promozione di strategie formative mirate e concertate⁽⁸⁰³⁾, al sistema di validazione degli apprendimenti non formali ed informali e di certificazione delle competenze. Al contempo, la professionalità fatica a porsi come elemento centrale del rapporto di lavoro, e ciò, insieme alla arretratezza dei sistemi di classificazione e di inquadramento del personale, influisce non poco sulla possibilità della affermazione di un effettivo diritto alla formazione⁽⁸⁰⁴⁾, nel rapporto di lavoro oltre che nel mercato del lavoro. Il dibattito sul rapporto tra professionalità e contratto di lavoro è molto ampio e non può essere richiamato in questa sede⁽⁸⁰⁵⁾. Certo è che l'accresciuta importanza della conoscenza e delle competenze del lavoratore nei nuovi modelli produttivi rende non più procrastinabile il ripensamento del ruolo da riconoscere alla professionalità ed al suo adeguato riconoscimento, in tutti gli snodi cruciali dei percorsi di carriera (interna ed esterna). Più che rappresentare un rischio per il lavoratore⁽⁸⁰⁶⁾ il riconoscimento della professionalità come oggetto dello scambio tra lavoratore e impresa può rappresentare il viatico per l'affermazione di nuove tutele coerenti con le logiche che caratterizzano il lavoro oggi, tanto quello subordinato che quello espletato in altre forme. Esso consentirebbe, forse, di dare nuove risposte all'invito di Massimo D'Antona, di prendere sul serio il diritto al lavoro, come garanzia dell'essere anziché dell'avere⁽⁸⁰⁷⁾. In tale prospettiva, acquistano un peso determinante il diritto all'apprendimento permanente e al riconoscimento formale della professionalità, ai fini della progressione nella carriera – verticale o orizzontale – e di ri-collocazione nel mercato.

5.3. Certificazione delle competenze.

Sulla scorta di tali considerazioni, preoccupa l'evanescenza, nel nostro ordinamento, di un vero e proprio pilastro di un moderno sistema di valorizzazione della professionalità quale la certificazione delle competenze⁽⁸⁰⁸⁾. L'identificazione, il riconoscimento e la trasferibilità delle competenze sviluppate nel luogo di lavoro e più in generale in contesti non formali e informali sono

⁽⁸⁰¹⁾ Art. 4, comma 51, l. n. 92/2012, e art. 1, d.lgs. n. 13/2013.

⁽⁸⁰²⁾ Nel nostro ordinamento, certamente, non mancano le basi costituzionali e normative necessarie per il riconoscimento di un più effettivo diritto sociale alla formazione, valorizzandone il collegamento con gli artt. 4, 3, secondo comma, 35 e 38 Cost. (S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*; A. LOFFREDO, *op. cit.*). Tuttavia, la configurazione giuridica, il grado di tutela e l'effettività del diritto alla formazione si differenziano a seconda della situazione del soggetto, così come muta il profilo dell'obbligato a seconda che il diritto sia esercitato sul mercato o nel contratto. Non si può, dunque, parlare di un diritto alla formazione durante l'intero arco della vita.

⁽⁸⁰³⁾ Art. 4, commi 55-57, l. n. 92/2012.

⁽⁸⁰⁴⁾ Cfr. M. NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, cit., 263-271.

⁽⁸⁰⁵⁾ Si veda, fra tutti, M. NAPOLI (a cura di), *La professionalità*, Vita e Pensiero, 2004; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004; M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, n. 101, 165 ss.

⁽⁸⁰⁶⁾ Così nelle analisi che vedono nel riconoscimento della professionalità come oggetto del contratto di lavoro un allargamento eccessivo del debito del lavoratore nel rapporto di lavoro subordinato: cfr. U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, n. 101, 1 ss.

⁽⁸⁰⁷⁾ M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere. I. Opere. Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Giuffrè, 2000, 265-275.

⁽⁸⁰⁸⁾ Già M. NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, cit., 265, ricordando l'ostracismo del diritto del lavoro verso i problemi formativi, sottolineava come la cultura giuridica e le istituzioni sottovalutassero un problema centrale, e cioè quello

tasselli imprescindibili di moderni sistemi di tutela dei lavoratori, ma sebbene siano da decenni al centro del dibattito istituzionale europeo e nazionale e siano state oggetto di una grande mole di ricerche, non sono ancora considerate temi centrali per il diritto del lavoro, né in ambito comunitario, né a livello nazionale ⁽⁸⁰⁹⁾. Nel nostro Paese si è tentato di superare tale impostazione e sul solco tracciato dalla legge n. 92/2012 il sistema definito dal decreto legislativo n. 13/2013 sembrava destinato a collocare stabilmente la certificazione delle competenze tra formazione e lavoro e tra le politiche del lavoro. Tuttavia, come ampiamente argomentato in precedenti contributi ⁽⁸¹⁰⁾, i limiti del sistema italiano di certificazione delle competenze sono riscontrabili tanto sul piano della logica di fondo (un sistema incentrato sull'attore pubblico in cui limitato è l'apporto degli attori del sistema di relazioni industriali, che consentirebbe di creare utili connessioni con i sistemi retributivi e di misurazione del valore del lavoro) quanto su quello della operatività del sistema, ancora in attesa di attuazione per via della complessità tecnica e procedurale che lo caratterizza.

La principale criticità del modello italiano consiste nella mancata comprensione di come il tema della certificazione delle competenze attraversi trasversalmente gli ambiti di regolazione del lavoro: dall'incontro tra domanda e offerta di lavoro, alla gestione e valorizzazione dei percorsi di carriera interna ed esterna, alla regolazione della relazione impresa/lavoratori con particolare riferimento all'obiettivo della produttività. L'obiettivo di tutelare il lavoratore nelle transizioni occupazionali non può prescindere dalla disponibilità di informazioni certe che consentano innanzitutto al lavoratore e all'impresa, e poi agli altri soggetti del mercato del lavoro, di "conoscere" e "riconoscere" i contenuti delle attività svolte dalle persone, funzioni che gli studi sul dispositivo francese della VAE – *validation des acquis des expériences* – hanno dimostrato essere efficaci se frutto di una condivisione tra tutti gli attori interessati ⁽⁸¹¹⁾. A tal fine, una pluralità di soggetti, autorizzati e adeguatamente integrati nel sistema delle politiche del lavoro, dovrebbero poter concorrere (con strumenti e logiche di intervento differenziati) a comporre quel «gioco a incastri che deve essere sviluppato contemporaneamente e con una visione d'insieme (non pezzo per pezzo) di quello che si vuole fare sul versante della occupabilità» ⁽⁸¹²⁾.

della corrispondenza tra la certificazione del sistema formativo e i criteri di classificazione delle professioni, e di una sfasatura tra i sistemi di valutazione della professionalità che rischiava di pregiudicare la libera circolazione della manodopera.

⁽⁸⁰⁹⁾ Seguendo lo stesso destino delle politiche della formazione professionale iniziale e continua promosse dalle istituzioni comunitarie a partire dagli anni Novanta, le iniziative riguardanti la validazione degli apprendimenti non formali e informali e la certificazione delle competenze sono rimaste per lo più relegate all'ambito delle politiche educative, limitatamente tangenti quello delle politiche del lavoro. Cfr. M. FREEDLAND, *Vocational Training in the EC Law and Policy – Education, Employment or Welfare?*, in *ILJ*, 1996, vol. 25, n. 2.

⁽⁸¹⁰⁾ G. BERTAGNA, L. CASANO, M. TIRABOSCHI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, 392-403; L. CASANO, *Quadri nazionali delle qualifiche: la situazione italiana alla luce degli sviluppi europei*, in *q. Rivista*, 2015, n. 3, 905-914; L. CASANO, *Transizioni occupazionali e certificazione delle competenze*, in *Formazione, Lavoro, Persona*, 2014, n. 12.

⁽⁸¹¹⁾ M.-C. BUREAU, C. TUCHSZIRER, *La validation des acquis de l'expérience est-elle un moyen de reconnaissance du travail?*, in *Sociologie du Travail*, 2010, vol. 52, n. 1, 55-70.

⁽⁸¹²⁾ M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego alla luce dell'articolo 1 della legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego. Commentario al D.Lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 e prospettive di attuazione dell'articolo 1, legge 14 febbraio 2003, n. 30*, Giuffrè, 2003, 35.

Lo spostamento di focus sul concetto di *transizione* mette in crisi categorie concettuali come apprendimento non formale, informale e formale (su cui ancora il legislatore arranca nel tentativo di codificare qualcosa che forse presto non servirà più). Nella prospettiva in cui i processi di lavoro e formativi sono diffusi e sovrapposti esiste solo un tipo di apprendimento, quello situato ⁽⁸¹³⁾, esito della partecipazione ad un contesto, in cui si interagisce con altre persone in una determinata situazione. Appare impossibile ricondurre un fenomeno di questo tipo agli schemi procedurali immaginati dal legislatore nazionale ed europeo per il riconoscimento e la trasferibilità delle competenze ⁽⁸¹⁴⁾. In questa prospettiva occorre pensare a strumenti giuridici e procedurali che si limitino a creare, valorizzare e connettere una pluralità di meccanismi di riconoscimento degli apprendimenti situati, che si realizzano nelle diverse forme di attività. Le trasformazioni in corso stanno determinando un aumento delle concrete situazioni in cui, da un lato, la prestazione lavorativa non è definibile in termini di corrispondenza a mansioni predeterminate, e l'assolvimento dell'obbligo del lavoratore consiste nella mobilitazione delle sue competenze soggettive; dall'altro la prestazione non è facilmente riconducibile a profili professionali riconosciuti dai contratti collettivi. In questi casi, la certificazione delle competenze potrebbe condurre ad una migliore qualificazione del rapporto di lavoro. In fase costitutiva, poiché accertando le competenze del lavoratore ne dimostra l'idoneità a svolgere la prestazione richiesta dal datore, non più in termini di mansioni ma di capacità di perseguire determinati obiettivi di sviluppo aziendale mobilitando determinate competenze. Nel corso della collaborazione e nelle transizioni occupazionali, perché puntualmente offerta al lavoratore come obbligazione del datore di lavoro gli consentirebbe di trasferire sul mercato e in successive opportunità lavorative le competenze sviluppate in funzione di un determinato valore di mercato assegnato dai sistemi di contrattazione collettiva. Diversi dispositivi di certificazione, da tarare sulla base degli specifici mercati (interni, professionali, transizionali) di riferimento, potrebbero poi trovare nel riconoscimento delle competenze maturate da parte dell'attore pubblico una garanzia di trasferibilità su scala nazionale e europea e anche nei sistemi di istruzione e formazione. Ciò, però, senza cedere a soluzioni semplicistiche che vincolano il riconoscimento delle competenze a standard comuni che invecchiano prima che si riesca a costruirli. Anche nella definizione degli standard occorre tenere conto della dimensione collettiva in cui le competenze sono (e possono essere) riconosciute.

5.4. Produttività e valore del lavoro.

Oggi, con intensità ancora maggiore di quanto fosse prevedibile al volgere del secolo scorso, la centralità della conoscenza tra i fattori di produzione sta cambiando in modo ormai trasversale ai diversi settori economici il ruolo dei lavoratori nelle organizzazioni produttive, rendendo cruciale una competenza che è stata definita di «partecipazione cognitiva» ⁽⁸¹⁵⁾, e cioè la volontà di acquisire, condividere e utilizzare la conoscenza propria e dell'impresa per migliorare i prodotti e i processi produttivi. L'esercizio di tale competenza presuppone l'appartenenza a una comunità (le

⁽⁸¹³⁾ Per un approfondimento si rimanda a V. ALASTRA, C. KANEKLIN, G. SCARATTI, *La formazione situata. Repertori di pratica*, Franco Angeli, 2012.

⁽⁸¹⁴⁾ Cfr. G. BERTAGNA, L. CASANO, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*

⁽⁸¹⁵⁾ L. TRONTI, *Economia della conoscenza, innovazione organizzativa e partecipazione cognitiva: un nuovo modo di lavorare*, in *EL*, 2015, n. 3, 7-20.

learning community), che è il modello verso cui le medie e grandi imprese sono da tempo chiamate ad evolvere, molto più difficile da realizzare in un tessuto come quello italiano caratterizzato da piccole e piccolissime imprese: in questo contesto, l'unica strada percorribile è quella delle comunità territoriali. Se è vero, cioè, che nella nuova geografia del lavoro il datore di lavoro è il territorio e non l'impresa ⁽⁸¹⁶⁾, le amministrazioni locali e la contrattazione territoriale devono farsi carico di garantire una rete di supporto anche in forma di servizi quali intermediazione, informazione, formazione, *networking*, alle piccole imprese supportandole nella costruzione di reti locali, ma interconnesse su scala globale ⁽⁸¹⁷⁾.

Gli attori delle relazioni industriali sono ancora chiamati a confrontarsi con i temi della produttività del lavoro e della sua valorizzazione, della partecipazione dei lavoratori e della concertazione territoriale ⁽⁸¹⁸⁾. Il cambiamento di paradigma tuttavia non riguarda solo il livello e gli ambiti di azione, ma anche le logiche di organizzazione e di azione della rappresentanza, poiché i cambiamenti tecnologici sintetizzati nella espressione Industria 4.0 abbattano i confini tra settori produttivi e impongono logiche orizzontali, soprattutto sul fronte della promozione dello sviluppo e della co-costruzione di infrastrutture di governo delle transizioni occupazionali a livello territoriale. Allo stesso tempo, si impone la necessità di ampliare la rappresentanza delle nuove forme di lavoro che sfuggono alla contrattazione nazionale e alla contrattazione di secondo livello, un passaggio ineludibile se si intende passare dalla tutela del posto di lavoro a quella di uno statuto professionale che si costruisce nella successione di transizioni tra diversi lavori e attività: a tal fine «è necessario predisporre strumenti di tutela, di promozione e di verifica che spazino sul territorio e siano in questo *intersettoriali*. L'approccio orizzontale territoriale piuttosto che non quello verticale appaiono entrambi strumenti parziali se non raccordati fra loro» ⁽⁸¹⁹⁾.

Il ragionamento sin qui sviluppato, nel legare territorio, professionalità, certificazione delle competenze, potrebbe consentire di dare atto di un mutamento di paradigma, evidente già alla fine degli anni Novanta, che suggerisce di porre come principale obiettivo della politica del lavoro quello di assicurare al lavoratore di poter essere «appetibile per le imprese, in quanto portatore di un contributo produttivo aggiornato e spendibile, in un contesto di mercato, lungo tutta la durata della sua vita attiva» ⁽⁸²⁰⁾. La solidarietà tipica dei sistemi di diritto del lavoro si riconfigura, in questa prospettiva, come «solidarietà produttiva» ⁽⁸²¹⁾. Una solidarietà che supera gli steccati tra mercati interni ed esterni e la contrapposizione tra *insider* e *outsider*. Il punto, infatti, non è più (o solo) tutelare i lavoratori dal rischio di disoccupazione, ma articolare reti di protezione da un ventaglio più diversificato di rischi connessi al lavoro: esclusione, precarietà, riduzione della capacità lavorativa in particolari fasi biografiche o a causa di disabilità o malattie croniche in crescente aumento, o di nuovi rischi ambientali. Soprattutto, si tratta di proteggere tutte le persone (e non solo i disoccupati beneficiari di ammortizzatori sociali) dal rischio di depauperamento o

⁽⁸¹⁶⁾ A. BONOMI, *Il capitalismo molecolare. La società al lavoro nel Nord Italia*, Einaudi, 1997; si veda anche E. MORETTI, *op. cit.*

⁽⁸¹⁷⁾ L. TRONTI, *Un nuovo modo di lavorare. Stabilità occupazionale, partecipazione e crescita*, in L. PENNACCHI (a cura di), *Tra crisi e «grande trasformazione»*. Libro bianco per il Piano del Lavoro, Ediesse, 2013, 239-253.

⁽⁸¹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁸¹⁹⁾ G. SATERIALE, *Ripensare la contrattazione*, in *q. Fascicolo*.

⁽⁸²⁰⁾ CESOS (a cura di), *Le relazioni sindacali in Italia. 1997-1998*, Cnel, 2000, 233.

⁽⁸²¹⁾ L'espressione è richiamata da M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, con riferimento alle riflessioni di Leonello Tronti, espresse in diverse sedi, tra cui si veda L. TRONTI, *Il mercato e le politiche del lavoro*, in CESOS (a cura di), *Le relazioni sindacali in Italia. Rapporto 1995-96*, Edizioni Lavoro, 1998; L. TRONTI, A. TOMA, *The Relational Side of Employability: The Italian Case*, in B. GAZIER (a cura di), *Employability: Concepts and Policies. Report 1998*, IAS, 1999.

insufficiente dotazione di competenze indispensabili nei nuovi mercati del lavoro. Un rischio che si configura nel corso della vita e che riguarda anche i lavoratori. In questa prospettiva, si rivela cruciale, sul piano analitico e interpretativo, l'integrazione delle prospettive del diritto del mercato del lavoro e del diritto delle relazioni industriali intorno al tema della produttività dei lavoratori e dei territori e a quello della professionalità (e della sua valorizzazione) lungo tutto il corso della vita.

La prospettiva fin qui delineata, infatti, incontra ancora robusti ostacoli che non possono essere affrontati confidando nella retorica delle tutele sul mercato affidate all'intervento pubblico. Tra questi, il permanere di una visione anacronistica del ruolo della formazione nei nuovi modelli di tutela del lavoro. Ne sono un esempio la scarsa attenzione fin qui riservata al tema della effettività del diritto alla formazione (ora, all'apprendimento permanente) e lo "scetticismo" con cui si guarda alla introduzione di un obbligo formativo nella recente riforma dell'articolo 2103 c.c. ad opera del decreto legislativo n. 81/2015 ⁽⁸²²⁾, sottovalutando la possibilità che la contrattazione collettiva sappia cogliere la "sfida" di una valorizzazione del "bene comune" della formazione e di una sua connessione con i sistemi di inquadramento ⁽⁸²³⁾. Ne è un esempio anche l'attuale dibattito sulle politiche di ricollocazione in caso di crisi aziendali ⁽⁸²⁴⁾, che – riproponendo un'idea "antagonistica" dei rapporti lavoratore/impresa – configura la partecipazione dell'impresa all'obiettivo della promozione della occupabilità dei lavoratori come contropartita di una riduzione dei costi e dei tempi della fuoriuscita dei lavoratori in situazioni di crisi, anziché puntare a reali strategie preventive, coordinate e cooperative di sviluppo a lungo termine del capitale umano aziendale e territoriale. In tale contesto, sembra sempre più urgente una riflessione sui contenuti e sul valore del lavoro, per la persona, per l'azienda e per i territori, che vada oltre la sua dimensione economica. Di particolare interesse, in questa direzione, una recente ordinanza del Tribunale del lavoro di Roma ⁽⁸²⁵⁾ che ha rimesso alla Corte costituzionale la disciplina del contratto a tutele crescenti per contrasto con gli articoli 3, 4, 76 e 117 Cost. Al di là dei vari aspetti tecnici l'ordinanza sviluppa importanti riflessioni sul (contro)valore monetario del nuovo regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato ritenuto inadeguato, in una prospettiva di *law and economic*, non solo perché di importo irrisorio ma anche perché di entità fissa, come se cioè il lavoro fosse (ancora) una "merce" quantificabile in modo standardizzato al di là di casistiche reali. Senza voler entrare nel merito delle complesse e controverse questioni toccate dall'ordinanza, si vuole qui sottolineare come, da un lato, le argomentazioni toccate siano ancora inquadrabili in un paradigma che i recenti interventi di riforma intendevano superare, avendo proprio l'obiettivo di spostare il focus delle tutele dalla stabilità del posto di lavoro (assicurata anche attraverso il carattere dissuasivo dei costi del licenziamento) alla protezione delle persone sul mercato mediante più

⁽⁸²²⁾ Si veda C. PISANI, *I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2016, n. 310, per cui l'obbligo formativo è al contrario un «Indispensabile corollario» della nuova disciplina delle mansioni, oltre che una previsione «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».

⁽⁸²³⁾ Secondo Caruso, sebbene la riforma della disciplina delle mansioni risponda solo parzialmente (e in ritardo) alle trasformazioni del lavoro, essa offre importanti occasioni di rinnovamento, anche sul fronte della contrattazione collettiva, rimettendo al centro la sua funzione di regolazione dinamica con particolare riferimento al ruolo e all'importanza della formazione. Il legislatore lancerebbe in questo modo una "sfida" alle parti sociali, sfida che è stata prontamente raccolta, ad esempio, nel recente rinnovo del contratto dei metalmeccanici. Si veda B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e Industria 4.0*, in corso di pubblicazione in *DLRI*.

⁽⁸²⁴⁾ Si veda la recente proposta di Nannicini e Leonardi, qui già richiamata nel § 3.4, nota 70.

⁽⁸²⁵⁾ Trib. Roma ord. 26 luglio 2017, cit.

generosi strumenti di sostegno al reddito e efficaci politiche attive; dall'altro, in attesa che si compia la tanto attesa transizione verso un sistema efficace di tutele sul mercato, la debolezza dell'impianto emerge con forza, perché come si è cercato fin qui di argomentare gli strumenti per la costruzione di una sicurezza che sia in primo luogo legata alla professionalità del lavoratore sono ancora lontani da una piena effettività. Il dibattito intorno a questi temi continua, tuttavia, a trascurare non solo la dimensione *qualitativa* del lavoro, ma anche il peso delle politiche attive, proprio adesso che i nuovi modelli produttivi, i cambiamenti dei mercati e dei modelli di carriera rendono sempre più centrale il contenuto del lavoro, e con esso la ricerca di strumenti per la valorizzazione e la tutela della professionalità nel contratto e nel mercato.

Qualche riflessione sul lavoro irregolare*

Marianna Russo

1. Breve premessa.	220
2. Le molteplici sfumature del lavoro irregolare.	220
2.1. Cause del fenomeno e conseguenze individuali e collettive.	222
2.2. Uno sguardo ai dati del lavoro irregolare in Italia.	224
3. L'attività di vigilanza nel contrasto al lavoro irregolare: dalle origini al nuovo Ispettorato Nazionale del Lavoro.	225
4. Gli strumenti di contrasto al lavoro irregolare: in particolare, la c.d. maxisanzione per il lavoro nero.	227
4.1. Il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale.	231
5. Osservazioni e prospettive.	234

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 339/2017

1. Breve premessa.

Nella prefazione alla quinta edizione del suo manuale, il prof. Giuseppe Santoro-Passarelli fa riferimento al “triplo mercato del lavoro, contrassegnato dagli *insiders* supertutelati, dagli *outsiders* precari con poche tutele [...] e da coloro che lavorano in nero, e quindi senza alcuna tutela, prevalentemente immigrati”⁸²⁶.

È proprio al “terzo segmento”⁸²⁷ del mercato del lavoro – talvolta trascurato in sede scientifica ma di rilevante impatto economico-sociale – che desidero dedicare qualche riflessione, anche alla luce delle novità introdotte in materia di contrasto al lavoro irregolare su impulso della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, c.d. *Jobs Act*⁸²⁸.

2. Le molteplici sfumature del lavoro irregolare.

Pur essendo un argomento di grande interesse mediatico e legislativo⁸²⁹, non è agevole definire il lavoro irregolare secondo le tradizionali categorie giuridiche.

Si tratta, infatti, di un fenomeno antico e complesso, capillarmente diffuso e molto variegato, in quanto il *genus* “lavoro irregolare” presenta numerose *species*, talvolta difficilmente distinguibili l’una dall’altra: lavoro nero, lavoro sommerso, lavoro invisibile, lavoro simulato, lavoro difforme, lavoro grigio, *undocumented work*⁸³⁰, *illegal work*⁸³¹, *informal employment*⁸³², *undeclared work*⁸³³ secondo la definizione adottata dall’Unione Europea per la prima volta nel 1998⁸³⁴.

Ciò che accomuna tutte queste espressioni è la riconducibilità a un rapporto di lavoro per il quale non sono stati adempiuti – in tutto o in parte – gli obblighi vigenti in materia civile, amministrativa,

⁸²⁶ G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori e dell’occupazione*, Giappichelli, Torino, 2015, XXIII.

⁸²⁷ Dalla definizione di G. Santoro-Passarelli, *ibidem*.

⁸²⁸ Cfr. M. Esposito, *Legalità e lavoro sommerso nella legge delega n. 183/2014: an euro-international approach?*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP Csdle “Massimo D’Antona”, *Collective Volumes*, 2014, n. 3, p. 96.

⁸²⁹ Per limitarsi ai più recenti interventi normativi, vd. d. lgs. 14 settembre 2015, n. 149, sulla razionalizzazione e semplificazione dell’attività ispettiva in materia di lavoro e legislazione sociale, e d. lgs. 14 settembre 2015, n. 151 (in particolare l’art. 22 sulla modifica delle disposizioni sanzionatorie in materia di lavoro), entrambi in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183, c.d. *Jobs Act*; l. 29 ottobre 2016, n. 199, in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo.

⁸³⁰ L. Calafà, *Undocumented work (by foreigners) and sanctions. The situation in Italy*, in WP Csdle “Massimo D’Antona”, 2017, n. 321.

⁸³¹ Con tale espressione generalmente si fa riferimento al lavoro irregolare svolto dai soggetti illegalmente presenti sul territorio nazionale (vd. Commissione Europea – Direzione Generale per l’Occupazione, gli affari sociali e l’inclusione, *Undeclared Work in the European Union, Special Eurobarometer 402*, Bruxelles, 2014, p. 8), ma può anche essere intesa in senso più ampio, come fenomeno di illegalità lavorativa (vd. A. Viscomi, *Lavoro e legalità: “settori a rischio” o “rischio di settori”? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, in WP Csdle “Massimo D’Antona”, 2015, n. 253, p. 2).

⁸³² G. Vermeylen, *Informal employment in the European Union*, in *wiego.org*.

⁸³³ Per “lavoro non dichiarato” si intende “qualsiasi attività retribuita lecita di per sé ma non dichiarata alle autorità pubbliche, tenendo conto delle diversità dei sistemi giuridici vigenti negli Stati membri. Detta definizione (...) abbraccia attività disparate che vanno dai servizi informali rivolti alle famiglie al lavoro nero delle persone che soggiornano illegalmente; restano però escluse le attività criminali”: vd. parere del Comitato economico e sociale europeo n.2014/C - 177/02 sul tema “Una strategia di lotta all’economia sommersa e al lavoro non dichiarato (parere d’iniziativa)”, in *eur-lex.europa.eu*.

⁸³⁴ Commissione Europea, *Communication on Undeclared Work*, 7 aprile 1998. Per un’ampia disamina delle questioni terminologiche, vd. M. Peruzzi, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell’Unione Europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, n. 1, p. 115.

fiscale, previdenziale e assicurativa⁸³⁵. Per tale ragione, nonché per comodità espositiva, preferisco adottare la definizione “lavoro irregolare”, che risulta sicuramente più generica⁸³⁶, ma ha il vantaggio di essere onnicomprensiva.

La definizione è ricavabile *in negativis*, in quanto ricostruisce il fenomeno in base alla contrapposizione con il lavoro regolare⁸³⁷e, pertanto, richiede qualche precisazione.

Innanzitutto, per lavoro irregolare non si intende un lavoro *senza regole*, nel senso di un rapporto privo di disciplina normativa: il contenuto contrattuale – anche se non formalizzato – è sempre riconducibile a una fattispecie prevista dalla legge, i cui effetti funzionali sono, però, sconosciuti alla Pubblica Amministrazione e restano circoscritti nell’ambito dell’autonomia privata. Secondo un’efficace espressione, il lavoro irregolare è il segno dello “sfasamento tra la norma formalmente vigente e l’effettività della stessa”⁸³⁸.

Ciò non significa – necessariamente – che si tratti di un rapporto di lavoro nullo per illiceità dell’oggetto o della causa, a norma del primo comma dell’art. 2126 c.c.: nella maggior parte dei casi il lavoro irregolare consiste nell’esercizio di un’attività lecita che, però, viene svolta in violazione degli obblighi che la regolano. Quando la violazione è totale (c.d. evasione) si può parlare di lavoro nero o sommerso⁸³⁹; quando si tratta di una violazione parziale (c.d. elusione) si assiste al c.d. lavoro difforme (o simulato o grigio)⁸⁴⁰.

È opportuno ricordare che, generalmente, gli obblighi imposti al datore di lavoro per la corretta instaurazione del rapporto di lavoro scaturiscono da norme inderogabili poste a tutela del lavoratore⁸⁴¹: per tale ragione, in base al secondo comma dell’art. 2126 c.c., il prestatore di lavoro “ha in ogni caso diritto alla retribuzione”⁸⁴². E anche al versamento dei contributi previdenziali, che rientrano nel novero dei diritti indisponibili⁸⁴³, finanche nell’ipotesi in cui si tratti di un lavoratore sprovvisto del regolare permesso di soggiorno⁸⁴⁴.

⁸³⁵ L’espressione “lavoro irregolare”, in tale accezione, si rinviene nell’art. 1 L. 18 ottobre 2001, n. 383. Non tutti i Paesi membri dell’Unione Europea hanno un espresso riferimento normativo al lavoro irregolare o all’undeclared work: per un approfondimento, vd. R. Robert, *Defining undeclared work in Europe*, Ginevra, 2014, in www.ilo.org.

⁸³⁶ Cfr. M. Esposito, *Il contrasto al lavoro nero: discontinuità dei percorsi legislativi e cultura dei valori giuridici*, in Discussion Paper CRISEI, Università Parthenope, Napoli, 2012, n. 2, p. 2.

⁸³⁷ Cfr. sul punto, A. Federici, *Lavoro irregolare e omissione contributiva*, Halley Editrice, 2006, p. 24.

⁸³⁸ A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, 2000, p. 2.

⁸³⁹ La seconda espressione sottolinea maggiormente gli aspetti fiscali, facendo riferimento alla c.d. economia sommersa. Sulla non tecnicità di tale espressione, cfr. E. Ales, *Del lavoro sommerso o, meglio, “non dichiarato”*: una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di “attività remunerata”, in *Dir. lav. merc.*, 2014, n. 1, p. 11. Secondo la definizione del Comitato economico e sociale europeo, “il concetto generico di economia sommersa raggruppa diverse attività, da quelle legali realizzate illecitamente a quelle illegali”: parere n. 2014/C - 177/02, cit.

⁸⁴⁰ Le ipotesi più frequenti sono i rapporti di lavoro dichiarati come part-time ma, in realtà, svolti a tempo pieno; oppure i contratti stipulati sotto forma di collaborazioni coordinate e continuative, che, però, mascherano prestazioni di lavoro subordinato tout court.

⁸⁴¹ Cfr. art. 41 Cost., secondo cui l’iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

⁸⁴² Per un approfondimento, vd. M. Dell’Olio, *Il lavoro sommerso e la “lotta per il diritto”*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, n. 1, p. 43; A. Viscomi, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, n. 2, p. 379.

⁸⁴³ *Ex plurimis*, Cass. 24 novembre 2011, n. 24832, in *Resp. civ. prev.*, 2012, n. 6, p. 1981; Cass. 9 maggio 2002, n. 6663, in *Mass. giur. lav.*, 2002, n. 10, p. 674; Cass. 8 giugno 2001, n. 7800, in *Lav. prev. oggi*, 2001, n. 11-12, p. 1610.

⁸⁴⁴ Cass. 26 marzo 2010, n. 7380, in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 3, p. 549, con nota di M. Mc Britton, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, n. 2, p. 778, con nota di A. Donini, *Prestazione resa dal lavoratore extracomunitario privo del permesso di soggiorno e obblighi datoriali*. Tale principio è stato confermato in via legislativa dall’art. 3 d. lgs. 16 luglio 2012, n. 109.

Al già variegato mosaico del lavoro irregolare è stata recentemente aggiunta una sfumatura dai toni più accesi, consistente nello sfruttamento di lavoro, introdotto dall'art. 1, comma 1 n. 2), L. 29 ottobre 2016, n. 199, c.d. legge sul caporalato⁸⁴⁵, che ha modificato l'art. 603-bis c.p. Tale reato, punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa fino a € 1.000,00⁸⁴⁶, consiste nell'impiego di lavoratori in condizioni di sfruttamento ed approfittando dello stato di bisogno, a prescindere dall'eventuale rispetto degli adempimenti previsti per l'assunzione⁸⁴⁷.

La cartina al tornasole del reato di sfruttamento di lavoro è costituita dalla sussistenza di una o più tra le modalità di svolgimento del rapporto indicate nel terzo comma dell'art. 1 L. n. 199/2016: la reiterata corresponsione di retribuzioni palesemente inferiori a quelle stabilite dai contratti collettivi nazionali o territoriali, la ripetuta violazione della normativa in materia di orario di lavoro e di riposi, il mancato rispetto degli obblighi di sicurezza e di igiene nei luoghi di lavoro e la sottoposizione del lavoratore a condizioni, metodi di sorveglianza o alloggi che risultino degradanti. Alla luce di ciò, è evidente che tra le frange del lavoro "nero" – cioè quei rapporti completamente sconosciuti alla P.A. perché instaurati in violazione di qualunque adempimento amministrativo, fiscale e contributivo – è più probabile che si annidino le condotte penalmente rilevanti descritte nel citato art. 1.

2.1. Cause del fenomeno e conseguenze individuali e collettive.

Le cause del lavoro irregolare sono molteplici e diverse tra loro.

Il primo fattore è sicuramente il *costo* del lavoro, intendendo con tale espressione non tanto l'importo delle retribuzioni nette corrisposte ai lavoratori, quanto i cd. Costi extrasalariali, cioè gli oneri fiscali, previdenziali ed assicurativi, che in Italia sono molto elevati e superano di gran lunga la media europea⁸⁴⁸. In tale prospettiva il ricorso al lavoro "nero" nei periodi di crisi economica potrebbe addirittura essere letto come un tentativo fai-da-te di "ammortizzatore sociale" per imprese e lavoratori⁸⁴⁹: si tratta, però, di un'interpretazione molto pericolosa, che sembra offrire al lavoro irregolare una parvenza di giustificazione e perfino di utilità sociale e così prestare il fianco alle innumerevoli conseguenze negative del fenomeno, sia sul piano individuale che collettivo.

Un altro elemento da prendere in considerazione è l'utilizzo improprio delle tipologie contrattuali previste dall'ordinamento giuridico. Non sempre si tratta di una condotta datoriale fraudolenta, finalizzata all'illecita riduzione dei costi di produzione o alla volontà di sottrarsi al rispetto della regolamentazione e degli *standard* di lavoro (ad es., minimi retributivi, orario massimo di lavoro, sicurezza...)⁸⁵⁰. Talvolta è semplicemente frutto di ignoranza o negligenza, in quanto la continua

⁸⁴⁵ Per un approfondimento, vd. M. Faioli, Caporalato e ispezioni, in M. Esposito (a cura di), Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il Jobs Act, Giappichelli, 2017, p. 91.

⁸⁴⁶ Se i fatti sono commessi con violenza o minaccia si applica la pena della reclusione fino a otto anni e della multa fino a € 2.000,00 per ciascun lavoratore.

⁸⁴⁷ Ad es., la trasmissione della comunicazione al competente Centro per l'Impiego, di cui all'art. 9-bis d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, convertito con modificazioni dalla L. 28 novembre 1996, n. 608.

⁸⁴⁸ Vd. dati Eurostat aggiornati al 2016, pubblicati in ec.europa.eu.

⁸⁴⁹ Cfr. M. Esposito, Un approccio inclusivo e resiliente: tutele crescenti per l'undeclared work?, in Dir. lav. merc., 2014, n. 2, p. 289.

⁸⁵⁰ Sul punto, vd. parere n. 2014/C - 177/02, cit.

evoluzione del diritto del lavoro esige un costante aggiornamento degli operatori del settore, che spesso esercitano attività di consulenza nei confronti dei datori di lavoro.

Inoltre, non si può trascurare che talvolta sia il lavoratore a scegliere – e non a subire – l'irregolare instaurazione del rapporto di lavoro: ad esempio, nel caso di un soggetto percettore di prestazioni a sostegno del reddito (Naspi, integrazione salariale per Cigs...) ⁸⁵¹ oppure nell'ipotesi di lavoratore extracomunitario senza un valido permesso di soggiorno.

La frequenza di tali irregolarità e la gravità delle loro conseguenze rendono auspicabile un sempre maggior impegno nella promozione dell'educazione alla legalità in materia di lavoro, al fine di arginare la dilagante mentalità elusiva delle tutele previste ⁸⁵². Prima ancora che giuridico, infatti, il problema è culturale e sociale e provoca numerosi effetti dannosi, che investono sia i singoli sia la collettività. Basti pensare che il contrasto al lavoro irregolare rappresenta uno degli obiettivi prioritari dell'Unione Europea, in quanto si ripercuote negativamente sulla qualità e produttività del lavoro, nonché sulla coesione sociale ⁸⁵³.

In primis, il lavoro irregolare – come attestano i recenti interventi normativi in materia ⁸⁵⁴ – è strettamente legato alla piaga degli infortuni sul lavoro e alle c.d. morti bianche: è altamente probabile che un lavoratore occupato in violazione degli obblighi vigenti non abbia ricevuto l'adeguata informazione e formazione per svolgere le mansioni assegnate. Dunque, per il prestatore di lavoro la prima conseguenza è un più elevato rischio infortunistico, che va ad aggiungersi al danno patrimoniale relativo alle (probabili) differenze retributive ⁸⁵⁵, nonché alla mancata copertura contributiva ⁸⁵⁶.

Gli effetti negativi del lavoro irregolare non si limitano al singolo lavoratore, ma si ripercuotono sull'intera collettività: il mancato introito da parte dello Stato degli oneri fiscali, assicurativi e previdenziali imposti per il regolare impiego di lavoratori si traduce inevitabilmente in una riduzione

⁸⁵¹ In riferimento alle comunicazioni relative all'assunzione di lavoratori percettori di integrazioni salariali ordinarie, straordinarie o in deroga, vd. circ. Inps 6 maggio 2014, n. 57. È opportuno ricordare che, nel caso in cui i funzionari ispettivi, nel corso degli accertamenti, vengano a conoscenza di tale situazione, sono tenuti a segnalare alla Procura della Repubblica il lavoratore "in nero" che abbia dichiarato lo status di disoccupazione: si tratta del reato di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, di cui all'art. 483 c.p. Se il lavoratore sia anche percettore di un trattamento economico statale, si configura il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato ex art. 316-ter c.p. Nell'anno 2016, come risulta dal rapporto annuale di vigilanza del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, sono state trasmesse n. 25 informative di reato, di cui 13 per truffa a norma dell'art. 640 c.p., con l'accertamento di importi indebitamente percepiti pari a € 97.200,00.

⁸⁵² Sul punto, vd. F. Fita Ortega, La promozione del lavoro regolare e le misure per l'emersione del lavoro irregolare in Spagna, in M. Brollo, C. Cester, Luigi Menghini (a cura di), Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni, EUT, Trieste, 2016, p. 217.

⁸⁵³ M. Giaconi, Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law, in Lav. dir., 2016, n. 3, p. 439.

⁸⁵⁴ Nell'arco degli ultimi quindici anni si sono susseguiti innumerevoli interventi normativi in materia: vd. art. 3 d.l. 22 febbraio 2002, n. 12, convertito con modificazioni dalla Legge 23 aprile 2002, n. 73; d. lgs. 23 aprile 2004, n. 124; art. 36-bis d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248; art. 14 d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81; art. 4 legge 4 novembre 2010, n. 183; art. 14 d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9; d. lgs. n. 149/2015, cit.; art. 22 d.lgs. n. 151/2015, cit.

⁸⁵⁵ Generalmente, ai lavoratori "in nero" viene corrisposta una retribuzione inferiore ai minimi salariali previsti dai Ccnl.

⁸⁵⁶ Sia in caso di evasione totale che di elusione. Per un approfondimento, vd. E. D'Avino, Profili previdenziali del lavoro sommerso, in M. Esposito, G. della Pietra (a cura di), L'accesso alla sicurezza sociale. Diritti soggettivi e tutele processuali, Giappichelli, 2015, p. 59.

dei servizi pubblici e in un aumento dei tributi per i cittadini e per gli stessi imprenditori, innescando una sorta di circolo vizioso.

Inoltre, non si può dimenticare che l'irregolare occupazione di lavoratori comporta una concorrenza sleale tra le aziende, a discapito degli imprenditori onesti e falsando, così, la corretta competizione nel mercato⁸⁵⁷.

2.2. Uno sguardo ai dati del lavoro irregolare in Italia.

Per comprendere appieno la portata del fenomeno e, pertanto, la sua incidenza sull'economia del Paese, basta consultare i risultati dell'attività di vigilanza svolta dagli organi competenti.

Nell'anno 2016⁸⁵⁸ circa il 63,01% delle aziende ispezionate⁸⁵⁹ è risultato irregolare: gli accertamenti svolti hanno rilevato il 33,38% di lavoratori impiegati in nero, cioè occupati in assenza della trasmissione della preventiva comunicazione di assunzione al competente Centro per l'Impiego.

Le irregolarità sono emerse in tutti i settori merceologici⁸⁶⁰ – dall'edilizia al terziario, dall'agricoltura all'industria – e sono state riscontrate nell'intero territorio nazionale.

Particolarmente significativo è il dato relativo all'utilizzo distorto delle forme contrattuali flessibili⁸⁶¹: nonostante gli interventi anti-elusivi già messi in campo dalla c.d. Riforma Fornero⁸⁶² e il tentativo di semplificazione operato dal d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, sulla disciplina organica dei contratti di lavoro, ancora non è stato arginato il fenomeno patologico della non corretta qualificazione dei rapporti di lavoro.

Allarmante è anche il rischio di *dumping* sociale che emerge dal dato concernente le esternalizzazioni fittizie⁸⁶³, che nel 2016 hanno coinvolto n. 13.416 lavoratori, con un incremento del 39% rispetto all'anno precedente.

Anche se si tratta soltanto di un piccolo campione – in quanto le aziende con dipendenti in Italia sono circa 1,6 milioni⁸⁶⁴ – i numeri consentono di quantificare il fenomeno: basti pensare che, sulla base degli accertamenti svolti nel 2016, i premi assicurativi e i contributi evasi ammontano a € 1.101.105.790,00.

⁸⁵⁷ Cfr. sul punto P. Rauseri, Le ispezioni amministrative, in G. Santoro-Passarelli (a cura di), Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico, Utet, Milano, 2017, p. 2242.

⁸⁵⁸ Vd. Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale relativo all'anno 2016 in www.lavoro.gov.it.

⁸⁵⁹ Sono state complessivamente ispezionate n. 191.614 attività imprenditoriali.

⁸⁶⁰ Per un approfondimento, vd. F. Buffa, Lavoro nero, Giappichelli, Torino, 2008, p. 45.

⁸⁶¹ Nell'arco del 2016 sono stati riqualificati ben 7.598 rapporti di lavoro.

⁸⁶² L. 28 giugno 2012, n. 92. Cfr., in merito alla "stretta sulle collaborazioni autonome" ad opera della riforma Monti-Fornero, M. Del Conte, La regolazione del mercato del lavoro dopo il Jobs Act, in Dir. rel. ind., 2015, n. 4, p. 939 ss. Per un approfondimento, vd. G. Santoro-Passarelli, I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?, Jovene Editore, Napoli, 2015, p. 73.

⁸⁶³ In caso di somministrazione irregolare, fattispecie illecite di appalto o subappalto e di distacco, anche transazionale.

⁸⁶⁴ Vd. www.infocamere.it.

3. L'attività di vigilanza nel contrasto al lavoro irregolare: dalle origini al nuovo Ispettorato Nazionale del Lavoro.

Alla luce delle considerazioni sopra riportate si coglie con maggiore chiarezza l'importanza dell'attività di vigilanza ispettiva e l'attenzione dedicata dal c.d. *Jobs Act* alla realizzazione e promozione dell'Agenzia unica per le ispezioni del lavoro, denominata Ispettorato Nazionale del Lavoro, in cui sono confluiti i servizi ispettivi del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dell'Inps e dell'Inail⁸⁶⁵.

Come previsto dall'art. 2 d. lgs. n. 149/2015, l'Ispettorato "esercita e coordina [...] la vigilanza in materia di lavoro, contribuzione e assicurazione obbligatoria, nonché legislazione sociale, ivi compresa la vigilanza in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro".

Gli organi ispettivi, pertanto, hanno come compito principale quello di "vigilare sull'esecuzione di tutte le leggi in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, di tutela dei rapporti di lavoro e di legislazione sociale ovunque sia prestata attività di lavoro a prescindere dallo schema contrattuale, tipico o atipico, di volta in volta utilizzato"⁸⁶⁶.

Se è vero che "l'efficacia del diritto del lavoro dipende in gran parte, anche se non in modo esclusivo, dal corretto funzionamento di un sistema di ispezione del lavoro"⁸⁶⁷, le aspettative nei confronti della neonata Agenzia sono sicuramente tante ed elevate⁸⁶⁸. In ogni caso, non è un'impresa agevole superare le inevitabili difficoltà burocratiche ed organizzative⁸⁶⁹ e soprattutto realizzare la riforma a "costo zero"⁸⁷⁰.

La vigilanza ispettiva in materia di lavoro, però, non è una novità dei giorni nostri: la sua storia affonda le radici nell'ultimo scorcio del diciannovesimo secolo, quando, nel 1879, sono stati istituiti due posti di ispettore presso l'allora Ministero dell'agricoltura, dell'industria e del commercio⁸⁷¹.

Da allora si sono susseguiti numerosi interventi normativi per meglio delineare tale figura e renderne più efficace l'attività.

⁸⁶⁵ Art. 1 d. lgs. n. 149/2015. Vd. anche protocollo sull'avvio del funzionamento dell'Ispettorato nazionale del lavoro sottoscritto il 14 settembre 2016 e circ. MLPS 26 settembre 2016, n. 29.

⁸⁶⁶ Vd. Art. 7, lett. a), d. lgs. n. 124/2004.

⁸⁶⁷ G. Casale, Efficacia del diritto del lavoro e ruolo dell'ispezione del lavoro, in Riv. it. dir. lav., 2013, n. 2, p. 301.

⁸⁶⁸ Cfr. M. Esposito, Le attività ispettive e il contrasto al lavoro irregolare nel sistema del Jobs Act, in Riv. giur. lav., 2016, n. 3, p. 589.

⁸⁶⁹ Vd. P. Rausei, Un anno dopo il d. lgs. n. 149/2015 parte l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, in Bollettino Adapt, 17 ottobre 2016; M. Esposito, E. D'Avino, Il personale ispettivo: profili di organizzazione e di gestione, in M. Esposito (a cura di), Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il Jobs Act, Giappichelli, 2017, p. 17.

⁸⁷⁰ "Senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente": art. 1, comma 7 lett. l), l. 10 dicembre 2014, n. 183.

⁸⁷¹ L. 3 aprile 1879, n. 4828. Per un più ampio excursus storico, vd. M. Moffa, L'ispettorato del lavoro. Storia, organizzazione, funzioni e compiti, Istituto Poligrafico dello Stato, 1968, p. 30; R. La Costa, Guida documentale della costituzione ed evoluzione dell'Ispettorato del lavoro in Italia, Centro Studi ANCL, 2008; P. Rausei, Ispezioni del lavoro, IPSOA, 2010, p. 9; L. Gaeta, L. Pelliccia, L'ispettorato nazionale del lavoro: composizione e funzioni, in M. Esposito (a cura di), Op. cit., p. 1.

Nel 1893⁸⁷² è stato istituito il Corpo degli ispettori e ingegneri delle miniere, cave e torbiere, con lo scopo di garantire il rispetto della normativa contro gli infortuni sul lavoro. Con la legge 29 settembre 1904, n. 572, l'Italia ha ratificato la convenzione, sottoscritta il 15 aprile dello stesso anno con la Francia, avente ad oggetto l'istituzione di un servizio di ispezione del lavoro⁸⁷³.

Si tratta sicuramente di passaggi importanti, attraverso i quali la vigilanza ispettiva prende sempre più forma e consistenza, ma la vera e propria istituzione in ogni provincia dell'Ispettorato (dell'industria) e del lavoro – rivolta ad assicurare il rispetto della normativa in materia di lavoro in tutti i settori merceologici e non soltanto in quelli più rischiosi, come le miniere, cave e torbiere – avviene qualche anno più tardi, con la l. 22 dicembre 1912, n. 1361.

Durante i lavori parlamentari è stato l'on. Filippo Turati a tratteggiare – in maniera ideale – la figura dell'ispettore del lavoro: “trattasi di personale che deve essere dotato di prontezza e resistenza fisica quasi militari, di cultura varia e incessante incremento di agilità intellettuale, propria a seguire i rapidi progressi delle industrie e a sentire e a risolvere problemi nuovi e sottili, insospettabile per sicura probità fra molteplici lusinghe, e capace di acquistarsi in breve l'autorità necessaria a vincere, con accorta e delicata fermezza, la resistenza e talvolta la collusione di industriali potenti e di intere masse operaie”.

La rilevanza della l. n. 1361/1912 è confermata dal fatto che, ancora oggi, alcuni suoi passaggi vengono riportati sulle carta di riconoscimento ad uso degli ispettori del lavoro, la c.d. tessera ispettiva: “gli ispettori del lavoro hanno facoltà di visitare in ogni parte, a qualunque ora del giorno e della notte i laboratori, gli opifici, i cantieri, gli uffici, i locali di pubblico spettacolo ed i lavori in quanto siano sottoposti alla loro vigilanza, nonché i dormitori e refettori annessi agli stabilimenti. Gli ispettori, nei limiti del servizio a cui sono destinati e secondo le attribuzioni ad essi conferite dalle singole leggi e dai regolamenti, sono ufficiali di polizia giudiziaria. Nel caso di rifiuto d'obbedienza agli ispettori del lavoro, salve le penalità stabilite dalle leggi speciali, sono applicabili le disposizioni del codice penale”.

Durante il ventennio fascista l'Ispettorato ha assunto la denominazione di “corporativo del lavoro”⁸⁷⁴, per poi essere revisionato in epoca repubblicana con il D.P.R. 19 marzo 1955, n. 520, che lo inserisce nella più ampia riorganizzazione centrale e periferica del Ministero del lavoro e della previdenza sociale.

L'art. 7 del D.P.R. n. 520/1955 assegna all'Ispettorato del Lavoro numerosi compiti, tra cui spicca quello di cui alla lett. a), consistente nel controllo “sull'esecuzione di tutte le leggi sul lavoro e di previdenza sociale nelle aziende industriali, commerciali, negli uffici, nell'agricoltura, ed in genere ovunque è prestato un lavoro salariato o stipendiato, con le eccezioni stabilite dalle leggi”.

La verifica – periodica e capillare – del rispetto della normativa in materia di lavoro e l'irrogazione delle sanzioni amministrative conseguenti alla mancata osservanza di quanto prescritto sono ancora oggi il più efficace deterrente all'occupazione irregolare di personale.

⁸⁷² L. 30 marzo 1893, n. 184 e, in seguito, l. 17 marzo 1898, n. 80.

⁸⁷³ Per dare esecuzione alla Convenzione italo-francese viene poi emanata la l. 19 luglio 1906, n. 380.

⁸⁷⁴ P. Righi, L'ispettore del lavoro: dalla gendarmeria al partenariato. La nuova filosofia del ruolo, in C. Marvasi (a cura di), *Ispezioni sul lavoro. Procedure e strategie di difesa*, Maggioli, 2015, p. 51.

Negli ultimi trenta anni, però, l'attività ispettiva è stata profondamente trasformata da alcuni importanti interventi normativi. Basti pensare che fino all'emanazione della legge 24 novembre 1981, n. 689, le violazioni in materia di lavoro erano penalmente perseguibili e il compito dell'ispettore del lavoro consisteva esclusivamente nell'accertamento dei fatti e nella trasmissione del relativo rapporto alla competente autorità giudiziaria per l'instaurazione del processo nei confronti del datore di lavoro-trasgressore.

Con la depenalizzazione della maggior parte degli illeciti in materia di lavoro e previdenza sociale⁸⁷⁵ è lo stesso ispettore del lavoro ad accertare la violazione e ad irrogare la conseguente sanzione amministrativa: da un lato aumenta il carico di lavoro⁸⁷⁶, dall'altro diminuisce il *metus* nei confronti dell'organo ispettivo, in quanto la sanzione pecuniaria è, generalmente, meno intimidatoria di un procedimento penale.

Con il d. lgs. 23 aprile 2004, n. 124, considerato come la *Magna Charta* della vigilanza ispettiva, viene delineata con maggiore chiarezza e incisività la nuova funzione e il nuovo "volto" dell'ispettore del lavoro: alla tradizionale *vis* repressiva si affiancano nuovi compiti di prevenzione, promozione, informazione e conciliazione⁸⁷⁷. L'obiettivo primario resta il "contrasto del lavoro sommerso e irregolare"⁸⁷⁸, ma cresce la consapevolezza della necessità di un impegno su più fronti per poter arginare la piaga del c.d. lavoro nero e di tutte le sue *sfumature*.

In tale prospettiva – e nell'ottica della semplificazione amministrativa – vanno anche letti i tentativi di un sempre più efficace coordinamento dell'attività di vigilanza tra il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e gli Istituti previdenziali e assicurativi⁸⁷⁹ fino ad arrivare all'istituzione di un'Agenzia unica, che raccoglie tutte le competenze ispettive per un'azione di contrasto più mirata, efficiente ed efficace.

4. Gli strumenti di contrasto al lavoro irregolare: in particolare, la c.d. maxisanzione per il lavoro nero.

La prima sanzione *ad hoc* per contrastare il lavoro nero è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 3, d. l. 22 febbraio 2002, n. 12, convertito con modificazioni dalla legge 23 aprile 2002, n. 73. Ciò non deve indurre nell'equivoco che in precedenza tale fenomeno non venisse punito: il datore di lavoro che occupasse irregolarmente dei lavoratori incorreva in tutte le sanzioni amministrative previste per le violazioni di legge commesse (omessa comunicazione al Centro per l'impiego, omessa registrazione sul Libro Matricola e sul Libro Paga all'epoca vigenti, mancata consegna al lavoratore della dichiarazione di assunzione e dei prospetti-paga, ecc...).

⁸⁷⁵Vd. artt. 34, lett. m) e n), e 35 legge n. 689/81. Di recente, con il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, sono state introdotte nuove disposizioni in materia di depenalizzazione.

⁸⁷⁶L'ispettore non ha più soltanto il compito di accertare la violazione e trasmettere il rapporto all'autorità giudiziaria, ma redige il verbale ispettivo, diffida il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido a regolarizzare le inosservanze materialmente sanabili, provvede alla notificazione degli illeciti amministrativi e all'ammissione al pagamento delle relative sanzioni nella misura minima prevista dall'art. 13 d. lgs. n. 124/2004 o nella misura ridotta di cui all'art. 16 L. n. 689/1981.

⁸⁷⁷Vd. art. 7 e ss. d. lgs. n. 124/2004.

⁸⁷⁸Vd. art. 1 d. lgs. n. 124/2004.

⁸⁷⁹Cfr., in questo iter di armonizzazione, anche l'art. 14, lett. d), d. l. 23 dicembre 2013, n. 145, soppresso, però, dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 9.

Per censurare con maggiore rigore l'utilizzo di lavoro irregolare, il citato intervento normativo aggiunge – e non sostituisce – alle sanzioni già previste la c.d. maxisanzione per il lavoro nero: si tratta di un tentativo volto ad arginare il fenomeno mediante il deterrente di una sanzione amministrativa dall'importo particolarmente elevato⁸⁸⁰. Basti pensare che nella formula originaria la sanzione viene calcolata, per ciascun lavoratore irregolare, dal 200 al 400% del costo del lavoro – sulla base dei vigenti contratti collettivi nazionali – per il periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la data di constatazione della violazione⁸⁸¹. Tale è la complessità nel calcolo di tale sanzione che la competenza in materia di irrogazione viene inizialmente affidata all'Agenzia delle Entrate⁸⁸², mentre alla constatazione della violazione procedono tutti gli organi preposti ai controlli in materia fiscale, contributiva e del lavoro.

Nel 2006, con il c.d. Decreto Bersani-Visco⁸⁸³, la sanzione – amministrativa e non più tributaria – viene determinata con maggiore precisione⁸⁸⁴ e la competenza viene assegnata alla Direzione provinciale (poi territoriale) del Lavoro (ora ITL). Inoltre, per sottolineare il disvalore di tale condotta, cioè l'impiego irregolare di lavoratori, non è ammessa la procedura di diffida a norma dell'art. 13 d. lgs. n. 124/2004 e, pertanto, non è possibile pagare la sanzione nella misura minima edittale, ma soltanto in misura ridotta a norma dell'art. 16 L. n. 689/1981.

Nel passaggio dalla formula originaria del 2002 alla versione del 2006 muta anche il presupposto dell'illecito: non si tratta più di impiego di lavoratori “dipendenti” non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, ma semplicemente di “lavoratori”. E l'espunzione dal testo del termine “dipendenti” amplia a dismisura il ventaglio di ipotesi in cui è configurabile l'illecito, cioè ogniquale volta venga posta in essere un'attività lavorativa senza aver effettuato gli adempimenti richiesti dalla legge⁸⁸⁵.

Con il c.d. Collegato Lavoro⁸⁸⁶ si restringe nuovamente l'ambito di applicazione, riferito ai soli lavoratori subordinati⁸⁸⁷ che siano stati impiegati senza la preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto al Centro per l'Impiego⁸⁸⁸. In un'ottica di *favor* nei confronti del trasgressore,

⁸⁸⁰ Da qui la denominazione “maxisanzione” per il lavoro nero.

⁸⁸¹ Su quest'ultimo punto è intervenuta la dichiarazione di illegittimità costituzionale della Consulta, nella parte in cui la norma “non ammette la possibilità di provare che il rapporto di lavoro irregolare ha avuto inizio successivamente al primo gennaio dell'anno in cui è stata constatata la violazione”:

⁸⁸² Vd. comma 5 dell'art. 3 d. l. n. 12/2002, conv. dalla L. n. 73/2002.

⁸⁸³ Art. 36-bis, comma 7, d. l. n. 223/2006, convertito dalla L. n. 248/2006.

⁸⁸⁴ Da € 1.500,00 a € 12.000,00 per ciascun lavoratore irregolare, maggiorata di € 150,00 per ogni giornata di lavoro effettivo.

⁸⁸⁵ A titolo meramente esemplificativo, gli adempimenti obbligatori per i lavoratori dipendenti sono la comunicazione di assunzione al Centro per l'Impiego, la registrazione sul Libro Matricola (dal 18 agosto 2008 Libro Unico del Lavoro), il versamento dei contributi previdenziali; per i collaboratori coordinati e continuativi: comunicazione al Centro per l'Impiego, registrazione sul Libro Unico del Lavoro, versamento dei contributi alla Gestione Separata; per i lavoratori autonomi occasionali ex art. 2222 c.c.: versamento della ritenuta d'acconto.

⁸⁸⁶ Art. 4 L. n. 183/2010. Per un approfondimento, vd. D. Garofalo, *Le misure contro il lavoro sommerso nel Collegato Lavoro 2010*, in *Lav. giur.*, 2011, n. 1, p. 71; P. Rausei, *Collegato Lavoro: nuova ispezione e sistema sanzionatorio*, Ipsoa, 2011.

⁸⁸⁷ Sono esclusi, però, i lavoratori domestici.

⁸⁸⁸ Questo è l'adempimento scelto dal legislatore come “prova regina” della regolarità di un rapporto di lavoro, ferma restando la possibilità per il datore di lavoro di dimostrare la volontà di non occultare il rapporto attraverso l'assolvimento di adempimenti di carattere contributivo assolti prima dell'accesso ispettivo (vd. circ. MLPS 12 novembre 2010, n. 38).

viene anche introdotta un'ipotesi attenuata o affievolita⁸⁸⁹, una sorta di mini-maxisanzione, applicabile quando al periodo "in nero" segua un periodo di regolare occupazione, comunque precedente agli accertamenti ispettivi. Inoltre, il datore di lavoro è ammesso al pagamento della relativa sanzione nella misura minima ex art. 13 d. lgs. n. 124/2004. Sono competenti ad irrogare tale sanzione tutti gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza.

La modifica intervenuta con l'art. 14 d. l. n. 145/2013, convertito con modificazioni dalla L. n. 9/2014, non ha inciso sui presupposti, ma soltanto sugli importi: al fine di rafforzare l'attività di contrasto al fenomeno del lavoro sommerso e irregolare e di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, le sanzioni amministrative sono aumentate del 30%⁸⁹⁰ e dalla data di entrata in vigore della L. n. 9/2014⁸⁹¹ non è più ammessa la procedura di diffida ai sensi dell'art. 13 d. lgs. n. 124/2004⁸⁹².

Qualche particolarità in più presenta la rivisitazione della maxisanzione per lavoro nero ad opera del c.d. *Jobs Act*⁸⁹³. Il presupposto – impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico – resta invariato, ma a mutare non sono soltanto gli importi sanzionatori e la loro modalità di calcolo, non più basata su una maggiorazione giornaliera, ma graduata in scaglioni⁸⁹⁴.

Sono soprattutto due gli aspetti più rilevanti ed innovativi, che meritano un'attenta riflessione. Innanzitutto, la maxisanzione non si aggiunge più alle altre violazioni precedentemente previste, come ulteriore aggravio con finalità deterrente, ma si sostituisce ed assorbe gli illeciti connessi e le relative sanzioni⁸⁹⁵. Inoltre, per essere considerato adempiente ed ottenere il beneficio dell'ammissione al pagamento della sanzione nella misura minima, non è più sufficiente che il datore di lavoro dimostri di aver provveduto ai vari adempimenti in materia di lavoro (invio della comunicazione al centro per l'Impiego, consegna della dichiarazione di assunzione...). La nuova normativa richiede espressamente la sottoscrizione di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, anche *part-time*⁸⁹⁶ o di un contratto a tempo pieno e determinato di durata non

⁸⁸⁹ Sanzione da € 1.000,00 a € 8.000,00 per ciascun lavoratore, maggiorato di € 30,00 per ogni giornata di lavoro irregolare.

⁸⁹⁰ Da € 1.950,00 a € 15.600,00 per lavoratore e € 195,00 per giornata di lavoro effettivo nell'ipotesi standard e da € 1.300,00 a € 10.400,00 per lavoratore e € 39,00 per giornata per la mini-maxisanzione.

⁸⁹¹ Il 22 febbraio 2014.

⁸⁹² Cfr. circ. MLPS 4 marzo 2014, n. 5.

⁸⁹³ Per un approfondimento, vd. P. Rausei, Il sistema sanzionatorio delle leggi sul lavoro, in G. Santoro-Passarelli (a cura di), Op. cit., p. 2278.

⁸⁹⁴ Art. 22 d. lgs. n. 151/2015: da € 1.500 a € 9.000 per ciascun lavoratore irregolare, in caso di impiego del lavoratore sino a trenta giorni di effettivo lavoro; da € 3.000 a € 18.000 per ciascun lavoratore irregolare, in caso di impiego del lavoratore da trentuno e sino a sessanta giorni di effettivo lavoro; da € 6.000 a € 36.000 per ciascun lavoratore irregolare, in caso di impiego del lavoratore oltre sessanta giorni di effettivo lavoro. Tali importi, inoltre, vengono aumentati del 20% in caso di impiego irregolare di lavoratori extracomunitari sprovvisti del valido permesso di soggiorno e di minori in età non lavorativa.

⁸⁹⁵ Si tratta delle sanzioni relative all'omesso invio della comunicazione di assunzione al competente Centro per l'Impiego, alla mancata consegna al lavoratore della dichiarazione di assunzione e all'omessa registrazione dei dati sul Libro Unico del Lavoro. Sul punto, vd. anche circ. MLPS 12 ottobre 2015, n. 26.

⁸⁹⁶ Con riduzione dell'orario di lavoro non superiore al 50% dell'orario a tempo pieno.

inferiore a tre mesi e la garanzia del mantenimento in servizio⁸⁹⁷ dei lavoratori regolarizzati per un periodo di almeno tre mesi⁸⁹⁸.

Cosa avviene nell'ipotesi in cui – per qualunque ragione⁸⁹⁹ – al datore di lavoro non sia possibile garantire il mantenimento in servizio del lavoratore per almeno novanta giorni? La sanzione dovrà essere corrisposta in misura ridotta, a norma dell'art. 16 L. n. 689/1981, perché – non ottemperando alla diffida impartita – il trasgressore è decaduto dal beneficio dell'ammissione al pagamento nella misura minima ex art. 13 d. lgs. n. 124/2004, che è, in un certo qual modo, considerato una sorta di bilanciamento dei costi sostenuti per il mantenimento del rapporto di lavoro in regola⁹⁰⁰.

In ogni caso, l'autore degli illeciti non può essere ammesso al beneficio del pagamento nella misura minima – e, pertanto, non può essere impartita la diffida a sanare l'illecito – quando il lavoratore in nero sia extracomunitario sprovvisto del permesso di soggiorno o minore in età non lavorativa⁹⁰¹.

Alla luce dell'importanza e delicatezza della materia ben si comprende l'*iter* travagliato del nuovo istituto, che, negli ultimi quindici anni, ha vissuto alterne vicende ed è stato interessato, come visto, da numerose modifiche normative⁹⁰², oscillando tra maggior severità e tentativi di *favor* nei confronti del datore di lavoro, tanto da richiedere l'autorevole pronuncia della Corte di Cassazione a sezioni unite⁹⁰³ per ribadire, in materia di illecito amministrativo, il principio *tempus regit actum*⁹⁰⁴. D'altronde, un approfondimento sul punto non risulta affatto peregrino. Anzi, assodato che deve essere applicata la regolamentazione vigente, si rende necessario un ulteriore passaggio: qual è il momento da prendere in considerazione? Il *tempus commissi delicti* coincide con l'assunzione irregolare o con la cessazione della condotta?

Si tratta di una questione di non poco conto: sulla natura – istantanea o permanente – dell'illecito si *gioca* l'applicazione di una normativa anziché di un'altra e le conseguenze sanzionatorie nei confronti del datore di lavoro possono anche essere rilevanti.

Chi sostiene che l'impiego irregolare di manodopera sia un illecito istantaneo – anche se con effetti permanenti – ritiene che la condotta si esaurisca *uno actu*, “nel primo segmento di condotta atto a perfezionare l'evento lesivo del bene tutelato dalla norma giuridica”⁹⁰⁵, cioè, al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro. In tal caso la sanzione da irrogare è quella prevista dalla

⁸⁹⁷ Da comprovare mediante la corresponsione delle retribuzioni e il versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi: vd. circ. MLPS n. 26/2015.

⁸⁹⁸ Il computo dei tre mesi va effettuato dalla data dell'accesso ispettivo, mentre il contratto deve decorrere dal primo giorno di lavoro nero, cioè dall'effettiva instaurazione del rapporto di lavoro: vd. circ. MLPS n. 26/2015.

⁸⁹⁹ Dimissioni del lavoratore, licenziamento per giusta causa, decesso del lavoratore, ecc...

⁹⁰⁰ Vd. circ. MLPS n. 26/2015.

⁹⁰¹ Vd. art. 22 d. lgs. n. 151/2015.

⁹⁰² Cfr. art. 36-bis d. l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248; art. 4 legge 4 novembre 2010, n. 183; art. 14 d. l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito dalla L. 21 febbraio 2014, n. 9; art. 22 d. lgs. 14 settembre 2015, n. 151.

⁹⁰³ Cass. SS.UU. 13 gennaio 2010, n. 356, in www.diritto.it.

⁹⁰⁴ Sulla successione di leggi nel tempo in materia di maxisanzione, vd. circ. MLPS 12 novembre 2010, n. 38, 4 marzo 2014, n. 5, e 12 ottobre 2015, n. 26.

⁹⁰⁵ A sostegno di tale interpretazione vd. D. Garcea, Il lavoro irregolare: sulla natura dell'illecito di durata della sanzione per lavoro irregolare, in www.lavoroprevidenza.com, 14.05.2007.

normativa vigente al momento dell'assunzione e a nulla rileva che gli effetti dannosi permangano nel tempo.

A livello amministrativo⁹⁰⁶ risulta, però, prevalente e, comunque, più convincente la tesi a sostegno della natura permanente della maxisanzione per il lavoro nero⁹⁰⁷. L'illecito amministrativo permanente "si perfeziona non già nel momento in cui prende corpo la situazione offensiva, ma in quello nel quale si realizza il *minimum* necessario per la sussistenza di tale reato; e si consuma quando cessa la condotta preordinata a protrarre la situazione predetta, per cui è naturale che la disciplina degli illeciti amministrativi di carattere permanente sia calibrata su quella penalistica"⁹⁰⁸. La condotta trasgressiva – commissiva od omissiva che sia – "necessariamente abbraccia l'intera durata della compressione del diritto"⁹⁰⁹, in un vero e proprio *unicum*. Pertanto, ai fini della normativa sanzionatoria da applicare rileva il momento di cessazione dell'attualità della condotta, cioè quando il lavoratore non sia più sconosciuto alla P.A.

In fondo, la c.d. maxisanzione presenta i connotati dell'illecito amministrativo permanente fin dal tenore letterale della norma: la maggiorazione della sanzione calcolata per ogni giornata di lavoro effettivo (nella formulazione del 2006, del 2010 e del 2013) e la graduazione della sanzione in base alla durata dell'occupazione irregolare (in base alla formulazione del 2015) sono senz'altro una conferma. Per cui, con tranquillità, è possibile affermare che la sanzione da applicare è quella prevista dalla normativa vigente al momento della cessazione della condotta. Da quel giorno inizia anche a decorrere la prescrizione quinquennale di cui all'art. 28 L. n. 689/1981⁹¹⁰.

4.1. Il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale.

L'impiego di lavoratori irregolari, come accennato, aumenta i rischi infortunistici: è altamente probabile che un lavoratore occupato in violazione degli obblighi vigenti non abbia ricevuto l'adeguata informazione e formazione per svolgere in sicurezza le mansioni affidategli.

Alla luce di tale considerazione, la maxisanzione per il lavoro nero non è stata ritenuta uno strumento sufficiente, in quanto si tratta, comunque, di un rimedio *ex post*.

È stato, pertanto, introdotto un altro istituto, di natura cautelare, volto a "garantire la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori nel settore dell'edilizia, nonché [...] contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare"⁹¹¹: il c.d. provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale. Si tratta di una disposizione normativa che presenta profili di rilevante novità: per la prima volta si collega espressamente il fenomeno infortunistico alla piaga del lavoro irregolare.

A norma dell'art. 36-bis, comma 1⁹¹², del cit. d. l. n. 223/2006, "il personale ispettivo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, anche su segnalazione dell'INPS e dell'INAIL, può adottare il provvedimento di sospensione dei lavori nell'ambito dei cantieri edili qualora riscontri l'impiego

⁹⁰⁶Vd. circ. MLPS 28 settembre 2006, n. 29, e la circ. MLPS n. 38/2010, cit.: "per quanto riguarda l'ambito intertemporale della nuova maxisanzione occorre preliminarmente sottolineare la natura permanente dell'illecito che si consuma al momento della cessazione della condotta posta in essere".

⁹⁰⁷In dottrina, vd. I. V. Romano, *Maxi-sanzione per lavoro nero e regime transitorio*, in Guida lav., 2007, p. 26; P. Pennesi, D. Papa, *Maxisanzione per il lavoro nero: chiarimenti dal Ministero*, in Guida lav., 2007, p. 31.

⁹⁰⁸Cass. 15 giugno 1998, n. 5957, in Mass. giur. lav., 1998, p. 931, con nota di R. Giovagnoli.

⁹⁰⁹Cass. 6 maggio 1991, n. 4995, in Mass. giust. civ., 1991, p. 5.

⁹¹⁰Cfr. Cons. Stato 25 novembre 2003, n. 7769, in Foro Amm., 2006, p. 3320.

⁹¹¹Art. 36-bis d. l. n. 223/2006, conv. in L. n. 248/2006.

⁹¹²Abrogato, insieme al comma 2, dall'art. 304, comma 1 lett b), d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Le disposizioni relative al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale sono ora riportate nell'art. 14 d. lgs. n. 81/2008, c.d. T.U. in materia di sicurezza.

di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori regolarmente occupati nel cantiere ovvero in caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale”.

Come risulta evidente, il principale presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione è l'accertamento di lavoro nero e la formulazione adottata ricalca, come visto, il testo originario della c.d. maxisanzione, che, però, ha subito notevoli mutamenti e ora viene irrogata solo in caso di impiego irregolare di lavoratori “subordinati”. Non è così per il provvedimento di sospensione, che ha mantenuto un campo di applicazione più vasto, non limitato all'ambito della subordinazione: può essere irregolare qualunque lavoratore sconosciuto alla P.A.

Anche il provvedimento di sospensione ha subito nel corso del tempo numerosi interventi modificativi, alcuni così rilevanti da correre il rischio di alterarne la natura, che, come detto, è cautelare e non solo sanzionatoria⁹¹³.

In ordine cronologico, la prima modifica è intervenuta con l'art. 5 della L. 3 agosto 2007, n. 123, che estende il campo di applicazione del provvedimento di sospensione a tutti i settori merceologici: anche se i rischi infortunistici possono essere più frequenti in attività particolarmente pericolose come l'edilizia, i dati statistici⁹¹⁴ attestano l'importanza di prevenzione e sicurezza in ogni ambito lavorativo. Inoltre, la citata legge inserisce tra i presupposti per l'adozione del provvedimento di sospensione l'ipotesi di “gravi e reiterate violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro”.

Il T.U. sulla sicurezza⁹¹⁵, abrogando i primi due commi dell'art. 36-*bis* d. l. n. 223/2006, ha inglobato il provvedimento di sospensione nell'art. 14, accentuando le finalità dello strumento: “al fine di far cessare il pericolo per la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare”. Inoltre, ha variato la base di computo del 20% dei lavoratori in nero per l'adozione del provvedimento, aumentandone così il campo di applicazione: non più l'intero organico in forza, ma i soli lavoratori presenti al momento dell'accesso ispettivo.

Con la terza modifica⁹¹⁶ viene eliminato uno dei presupposti originari per l'adozione del provvedimento, cioè le reiterate violazioni in materia di orario di lavoro. Tale scelta legislativa non può non lasciare perplessi: la mancata concessione dei riposi giornalieri e settimanali – soprattutto quando sia reiterata e coinvolga un elevato numero di lavoratori – comporta serie conseguenze psico-fisiche, con inevitabili ripercussioni sulla sicurezza propria e altrui.

L'anno successivo⁹¹⁷ vengono escluse dall'ambito di applicazione le c.d. micro-imprese⁹¹⁸, intese come realtà organizzative minime, costituite da un solo dipendente. Il d. lgs. n. 106/2009, però, non si limita a questo, ma tocca il “cuore” del provvedimento, cioè la sua tempestività a fini preventivi: stabilisce che gli effetti della sospensione dell'attività imprenditoriale possano decorrere

⁹¹³ Sul punto vd. anche T.A.R. Basilicata 31 agosto 2011, n. 456, in www.olympus.uniurb.it.

⁹¹⁴ Vd., ad esempio, relazione annuale Inail 2016 in www.inail.it.

⁹¹⁵ D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

⁹¹⁶ Vd. art. 41, comma 11, d. l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in L. 6 agosto 2008, n. 133.

⁹¹⁷ Vd. art. 11 d. lgs. 3 agosto 2009, n. 106.

⁹¹⁸ Per approfondire il concetto di micro-impresa, cfr. circ. MLPS 12 novembre 2008, n. 30.

dalle ore dodici del giorno lavorativo⁹¹⁹ successivo a quello della constatazione dei presupposti per l'adozione ovvero dalla cessazione dell'attività lavorativa in corso che non possa essere interrotta.

È vero che la norma in esame fa salvi i casi in cui si riscontrino situazioni di pericolo imminente o di grave rischio per la salute dei lavoratori o dei terzi, ma in tal modo risolve il problema *scaricando* sul funzionario che effettua l'accesso ispettivo⁹²⁰ un elevato potere discrezionale, in quanto dovrà operare – peraltro in tempi rapidissimi, quasi *ictu oculi* – un bilanciamento tra i possibili rischi infortunistici e gli eventuali danni arrecabili con l'interruzione dell'attività imprenditoriale⁹²¹.

Sulla discrezionalità degli organi di vigilanza nell'*an* e nel *quando* adottare il provvedimento di sospensione – ricavabile dall'utilizzo legislativo delle espressioni "può"⁹²² e "possono"⁹²³ – svolgono un rilevante ruolo interpretativo – talvolta addirittura *creativo*⁹²⁴ – le circolari amministrative emanate sull'argomento.

La prima circolare in materia⁹²⁵ collega il carattere della discrezionalità all'opportunità di adottare il provvedimento, tenendo conto che la sua finalità è volta alla tutela dell'integrità psicofisica dei lavoratori. Successivamente, la c.d. direttiva Sacconi⁹²⁶ afferma che "la discrezionalità dell'ispettore [...] dovrà limitarsi esclusivamente alla verifica della sussistenza dei requisiti di legge e delle condizioni di effettivo rischio e pericolo". Nel 2009 la circolare sull'argomento⁹²⁷ ritiene che il provvedimento debba essere "di norma" adottato qualora vi siano i presupposti, "salvo valutare circostanze particolari che suggeriscano, sotto il profilo dell'opportunità, di non adottarlo".

Di diverso avviso è il T.A.R. Lombardia⁹²⁸, che definisce il provvedimento di sospensione un "atto vincolato e predeterminato nel contenuto", non suscettibile di alcun apprezzamento discrezionale sull'eventuale sussistenza di pericoli per la sicurezza. Inoltre, la Corte Costituzionale⁹²⁹, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, d. lgs. n. 81/2008 nella parte in cui

⁹¹⁹ Si intende giorno di apertura dell'Ispettorato del lavoro territorialmente competente: cfr. circ. MLPS 10 novembre 2009, n. 33.

⁹²⁰ L'organo competente ad emanare il provvedimento di sospensione è il personale ispettivo del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (ora dell'INL), che può intervenire anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche secondo le rispettive competenze. Inoltre, in materia di gravi e reiterate violazioni della normativa sulla sicurezza è competente il personale di vigilanza delle AA.SS.LL.

⁹²¹ Ad es., nel caso di attività di servizio pubblico, anche in concessione, in modo da compromettere il godimento di diritti costituzionalmente garantiti, oppure quando dall'interruzione dell'attività possa derivare un rischio maggiore per la salute e la sicurezza: cfr. circ. MLPS n. 33/2009.

⁹²² Vd. art. 36-bis d. l. n. 223/2006, conv. in L. n. 248/2006.

⁹²³ Vd. art. 11 d. lgs. n. 106/2009.

⁹²⁴ Cfr. G. Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro*. Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro AIDLASS Roma 2014, Giuffrè, Milano, 2015, p. 42 Sul punto, vd. anche R. Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in Riv. it. dir. lav., 2012, n. 1, p. 476: "il ruolo del Ministero del lavoro come fonte di orientamento interpretativo delle norme e, con esso, il ruolo delle circolari e di strumenti nuovi come gli interpelli è cresciuto negli ultimi anni".

⁹²⁵ Circ. MLPS 28 settembre 2006, n. 29.

⁹²⁶ Direttiva MLPS 18 settembre 2008.

⁹²⁷ Circ. MLPS n. 33/2009.

⁹²⁸ T.A.R. Lombardia 9 gennaio 2009, n. 2, in DeJure.

⁹²⁹ Corte Cost. 2 novembre 2010, n. 310, in www.giurcost.org.

esclude l'applicazione della legge sul procedimento amministrativo⁹³⁰, afferma con chiarezza l'obbligo di motivazione dei provvedimenti di sospensione⁹³¹.

Se dal punto di vista *temporale* gli effetti della sospensione, come visto, sono generalmente posticipati, per quanto riguarda la dimensione dello *spazio* occorre precisare che il provvedimento di sospensione coinvolge solo l'unità produttiva in cui sono state verificate le irregolarità⁹³².

Per evitare gli effetti della sospensione dell'attività, il datore di lavoro – prima delle ore dodici del giorno lavorativo successivo alla constatazione degli illeciti – deve presentare, all'Ispettorato Territoriale del Lavoro che ha emesso il provvedimento, l'istanza di revoca, corredata dalla prova della regolarizzazione dei lavoratori occupati irregolarmente⁹³³ (o del ripristino delle normali condizioni di lavoro nell'ipotesi di gravi e reiterate violazioni in materia di sicurezza) e dalla ricevuta del versamento di una somma aggiuntiva destinata al Fondo per l'occupazione. L'importo di tale somma per la revoca del provvedimento è stato recentemente aumentato dall'art. 22 d. lgs. n. 151/2015: attualmente, per le sospensioni causate dall'impiego di lavoratori irregolari l'importo è di € 2.000,00 e per le sospensioni causate da gravi e reiterate violazioni prevenzionistiche l'importo è di € 3.200,00.

La novità introdotta al riguardo dal *Jobs Act* concerne la possibilità di ottenere la revoca del provvedimento sulla base del pagamento soltanto del 25% della somma aggiuntiva dovuta (€ 500,00 nella prima ipotesi, € 800,00 nella seconda), fermi restando la regolarizzazione delle posizioni lavorative o il ripristino delle condizioni di lavoro in sicurezza. L'importo residuo, maggiorato del 5%, dovrà essere versato entro sei mesi dalla data di presentazione dell'istanza di revoca⁹³⁴.

Nel caso in cui il datore di lavoro non presenti la richiesta di revoca del provvedimento di sospensione e continui ad esercitare la propria attività all'interno dell'unità produttiva oggetto dell'accertamento ispettivo, è prevista l'irrogazione di una sanzione non più amministrativa, ma penale: l'arresto da tre a sei mesi o l'ammenda da € 2.500,00 a € 6.400,00 nell'ipotesi di lavoro irregolare e l'arresto fino a sei mesi nell'ipotesi di violazioni prevenzionistiche.

Inoltre, come ulteriore deterrente, l'art. 14 d. lgs. n. 81/2008 dispone la comunicazione del provvedimento di sospensione al Ministero delle Infrastrutture per l'attivazione di un procedimento di interdizione alla contrattazione con le Pubbliche Amministrazioni.

5. Osservazioni e prospettive.

Alla luce della seppur rapida disamina degli strumenti di contrasto al fenomeno del lavoro irregolare è possibile operare una sorta di bilancio sull'efficienza ed efficacia dell'attività di vigilanza nel nostro Paese.

⁹³⁰ L. 7 agosto 1990, n. 241.

⁹³¹ A norma dell'art. 3, comma 1, L. n. 241/90. Sul punto, di recente, vd. anche T.A.R. Liguria 11 aprile 2017, n. 318, in www.ilaonline.net; T.A.R. Toscana 31 maggio 2011, n. 966, in DeJure.

⁹³² Vd. circ. MLPS. n. 33/2009.

⁹³³ Mediante, ad es., comunicazioni di assunzione al Centro per l'Impiego.

⁹³⁴ In caso di mancato versamento o di versamento parziale dell'importo residuo entro detto termine, il provvedimento di accoglimento dell'istanza costituisce titolo esecutivo per l'importo non versato.

Come dimostrato dai dati statistici e rilevato in dottrina⁹³⁵, all'intensificazione dell'attività ispettiva corrisponde un incremento del rispetto della normativa vigente e ciò costituisce una conferma della funzione dissuasiva svolta dagli ispettori del lavoro. Si tratta, pertanto, di un'azione necessaria, ma è anche sufficiente? O, meglio, l'unica modalità per arginare il dilagante lavoro irregolare è l'inasprimento delle sanzioni amministrative e l'incremento dell'attività ispettiva *tout court*?

Probabilmente esiste anche un'altra via, che alla lotta "contro il lavoro irregolare" aggiunge la lotta "per il diritto al lavoro regolare"⁹³⁶, intesa sia come promozione della legalità⁹³⁷ sia come *convenienza* della scelta del lavoro in regola⁹³⁸.

In tale prospettiva possono essere inquadrati gli strumenti "alternativi", offerti al personale ispettivo dal d. lgs. n. 124/2004: ad esempio, l'attività di prevenzione e promozione sulla normativa in materia di lavoro⁹³⁹, il diritto di interpellare⁹⁴⁰ e la conciliazione monocratica⁹⁴¹. Nella stessa ottica possono essere inserite le numerose procedure di emersione e stabilizzazione succedutesi nel tempo⁹⁴², nonché gli incentivi economici introdotti per rendere più appetibile il contratto di lavoro a tempo indeterminato⁹⁴³.

Potrebbero essere interpretati in tal senso anche gli incisivi interventi operati dal *Jobs Act* sulle tipologie contrattuali, in particolare attraverso l'introduzione del contratto a tutele crescenti⁹⁴⁴, la *liberalizzazione* del contratto a tempo determinato⁹⁴⁵ e la recente riforma del lavoro occasionale⁹⁴⁶.

L'obiettivo, almeno al momento, è ancora lontano, come attestano gli elevati tassi del lavoro irregolare⁹⁴⁷, vero e proprio *tallone d'Achille* dell'economia nazionale.

⁹³⁵ Vd. A. Bellavista, A. Garilli, Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive, in Riv. giur. lav., 2012, n. 2, p. 274.

⁹³⁶ Cfr. N. Stame, Per la valutazione delle politiche di emersione, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 20.

⁹³⁷ Cfr. A. Bellavista, Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche, in V. Pinto (a cura di), Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare, Cacucci, Bari, 2008, p. 20.

⁹³⁸ Attraverso la riduzione delle rigidità del mercato del lavoro e la diminuzione del prelievo contributivo e fiscale, nonché la previsione di incentivi per regolarizzare l'occupazione e l'alleggerimento degli adempimenti burocratici per la gestione del personale: vd. F. Timpano, Politiche e incentivi per l'emersione, in A. Viscomi (a cura di), Questioni sul lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale, Rubbettino, Roma, 2008, p. 56; A. Bellavista, A. Garilli, Op. cit., p. 275.

⁹³⁹ Art. 8 d. lgs. n. 124/2004.

⁹⁴⁰ Art. 9 d. lgs. n. 124/2004.

⁹⁴¹ Art. 11 d. lgs. n. 124/2004. Per un approfondimento dell'istituto, mi si permetta di rinviare a M. Russo, Le conciliazioni ex D. lgs. n. 124/2004 alla prova del Jobs Act, in Lav. prev. oggi, 2016, n. 7-8, p. 385.

⁹⁴² Ad esempio, vd. art. 5 d. lgs. 16 luglio 2012, n. 109 per lavoratori stranieri senza permesso di soggiorno; art. 1-ter D. L. n. 78/2009, convertito con modificazione dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102 per la regolarizzazione di colf e badanti; art. 1, comma 1202, Legge 27 dicembre 2006, n. 296 per la stabilizzazione degli operatori di call-center assunti con contratti di collaborazione a progetto. Di recente, vd. art. 54 d. lgs. n. 81/2015 per la stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi e dei titolari di partita IVA.

⁹⁴³ Vd. sgravio contributivo previsto per l'anno 2015 dall'art. 1, comma 118, L. 23 dicembre 2014, n. 190, prorogato dalla Legge di stabilità 2016.

⁹⁴⁴ Ad opera del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

⁹⁴⁵ Dapprima ad opera del d. l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla L. 16 maggio 2014, n. 78 (per un approfondimento, vd. G. Santoro-Passarelli (a cura di), Jobs Act e contratto a tempo determinato. Atto I, Giappichelli, Torino, 2014) e successivamente con gli artt. 19-29 d. lgs. n. 81/2015.

⁹⁴⁶ Vd. art. 54-bis d. l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni in L. 21 giugno 2017, n. 96.

⁹⁴⁷ Vd. rapporti trimestrali in www.ispettorato.gov.it.

Per ottenere risultati tangibili, infatti, non bastano i buoni propositi: è imprescindibile il coinvolgimento di tutti gli operatori del settore in un'azione sinergica e perseverante, volta a coniugare tutte le misure – dirette ed indirette – di contrasto al lavoro irregolare. E il primo passo consiste senz'altro nella promozione della legalità e della cultura del lavoro.

Dimissioni e risoluzioni consensuali di lavoratori e lavoratrici: uno studio sulle tecniche di controllo*

Anna Rita Tinti

1. La libertà nell'uscita volontaria dal rapporto di lavoro: le garanzie imperfette.	238
2. Fra garanzia dei diritti e prevenzione dell'esclusione: significato e confini di una ricerca.	243
3. Evoluzioni recenti nelle tecniche di tutela e di controllo: diversi gradi di solitudine.	246
4. Dimissioni e risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri: le finalità plurime della convalida.	252
4.1. Sulle modalità e sulla qualità della procedura di convalida.	258
4.2. L'attenzione per il fenomeno e le statistiche: quello che i dati non dicono.	262
4.3. Manutenzione ordinaria: le innovazioni, e le prime osservazioni sul monitoraggio 2016.	278
5. Oltre le dimissioni in bianco: domande (non troppo) nuove.	283

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 340/2017

1. La libertà nell'uscita volontaria dal rapporto di lavoro: le garanzie imperfette.

Un semplice gesto di libertà: per il lavoratore e la lavoratrice⁹⁴⁸ recedere dal contratto è – dovrebbe essere – innanzitutto questo. Con la garanzia di poterlo fare in qualunque momento e senza dover dare spiegazioni, governando una scelta di cambiamento che riguarda, come ogni altra vicenda da questo lato del rapporto di lavoro, l'“essere”, prima che l'“avere”. Fino a non molto tempo fa avremmo aggiunto: senza vincoli di forma. Di semplice, in realtà – nelle dimissioni e nelle regole che le governano – c'è poco, anche se la complessità cui si allude non deriva tanto dall'introduzione recente di una nuova procedura⁹⁴⁹ (come forse volentieri converrebbero i fautori di un certo tipo di “semplificazione”), essendo invece radicata nell'istituto stesso del recesso del dipendente, e nella difficoltà di definire l'effettiva portata di quella “libertà” che l'ordinamento presume di garantire.

Si potrebbe dire, piuttosto, che l'istituto delle dimissioni ha sofferto molto a lungo di un “pregiudizio di semplicità”, consistente nella convinzione radicata che l'ombrello civilistico della libertà contrattuale fornisse al lavoratore dimissionario, nella generalità dei casi, una protezione sufficiente: da un lato l'insindacabilità dei motivi (con il solo rispetto del preavviso nei confronti della controparte: art. 2118), dall'altro gli ordinari rimedi esperibili in caso di errore, dolo, violenza, (art. 1427 ss. c.c.). Sempre esperibili ma spesso ardui da attivare, per le intrinseche difficoltà probatorie, nonostante la giurisprudenza abbia, nel tempo, affinato la capacità di cogliere alcuni profili tipici dei vizi della volontà, più frequentemente associabili ai casi di dimissioni del prestatore di lavoro⁹⁵⁰.

Alla “eccezione” rappresentata dalla diversa fattispecie delle dimissioni per giusta causa (art. 2119) il codice assegna poi la funzione di raccogliere le ipotesi in cui, pur non essendo la volontà viziata, la prosecuzione del contratto è resa insostenibile, normalmente per fatto imputabile al datore. E si introduce qui, nell'equilibrio artificiale della disciplina paritaria del recesso, quel piccolo “scarto” che complica il sistema ma allo stesso tempo apre uno spiraglio rivelatore: quando

⁹⁴⁸ La “consapevolezza di genere” nell'uso del linguaggio giuridico, e del diritto del lavoro in particolare, assume, quando si parla di dimissioni, un rilievo peculiare. Poiché l'istituzione di procedure di controllo sulle dimissioni nasce come tutela speciale destinata alle sole lavoratrici, evolvendo poi a inglobare anche i lavoratori in situazioni particolari, e allargandosi infine, seppure in forma del tutto diversa, alla generalità dei lavoratori, l'approdo del linguaggio al maschile/neutro da un lato certifica un progresso della normativa, dall'altro può produrre una sorta di effetto rebound e diventare mistificante rispetto alla percezione corretta della realtà: non diversamente da quanto accade trattando i temi riconducibili alla conciliazione fra lavoro e vita personale e alla condizione genitoriale. Così, poiché capiterà anche in questo scritto di far riferimento generale a “lavoratori” (e a “genitori lavoratori”), si cercherà tuttavia di ricordare, ogni volta che serve (e le considerazioni sui dati svolte nei paragrafi 4.2 e 4.3 aiuteranno in tal senso) quanto sia tuttora pervasiva – e pesante nelle conseguenze – la connotazione di genere della realtà che scorre al di sotto della disciplina oggetto di questa ricerca. Per utili considerazioni sul linguaggio di genere nel diritto e riferimenti cfr. G. PACELLA, *Il linguaggio giuridico di genere: la rappresentazione sessuata dei soggetti nel diritto e nella regolamentazione lavoristica*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 481.

⁹⁴⁹ La modalità telematica posta come condizione di efficacia per le dimissioni e la risoluzione consensuale nella disciplina generale stabilita dal d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, art. 26.

⁹⁵⁰ Come il caso della minaccia di licenziamento per giusta causa, ove non ne ricorrano i presupposti; o l'errore del lavoratore – eventualmente rilevabile dal datore – circa la possibilità di fruire del trattamento pensionistico; o, ancora, il caso del lavoratore indotto in errore circa le effettive condizioni dell'impresa: cfr., anche per riferimenti, M. DEL CONTE, *Le dimissioni e la risoluzione consensuale nel contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 86 ss.; A. LEVI, *Contratto di lavoro e recesso del dipendente*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 91 ss.; M. V. BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 186 s.

è il lavoratore a recedere per giusta causa gli si riconosce (già allora) un'esigenza di maggior tutela, e all'esonero dal preavviso si aggiunge il diritto a ricevere dalla controparte l'indennità corrispondente. Le dimissioni per giusta causa sono così consegnate alla separatezza: una zona minimamente "protetta" *ante litteram* – nel territorio della libera recedibilità – ma circoscritta e, di nuovo, di difficile accesso per il lavoratore chiamato poi a dimostrare l'esistenza e la gravità della causa risolutiva a lui non imputabile.

Anche nel linguaggio affiora l'imperfezione: se tutte le dimissioni (non vizzate) sono per definizione volontarie, il codice, incurante della tautologia, assegnava l'aggettivo alle sole dimissioni con preavviso ex art. 2118, quando, nel testo originario dell'art. 2120, le escludeva da quella sorta di premio fedeltà che era l'indennità di anzianità prima che se ne riconoscesse la natura retributiva⁹⁵¹. Sopravvissuta alla modifica dell'art. 2120, la tautologia è rimasta nel linguaggio corrente, ma anche in quello del legislatore⁹⁵², contribuendo ad approfondire il solco fra le due fattispecie: da un lato le "dimissioni volontarie", che in quanto libere segnano il passaggio a uno stato di disoccupazione non assistita; dall'altro quelle per giusta causa, recinto stretto di "patologie", da cui si accede a una condizione non scelta e dunque economicamente tutelata. La razionalità è solo apparente, in primo luogo perché ne risulta oscurata la frequente labilità del confine fra le due situazioni e la presenza nella realtà di zone grigie in cui, nonostante l'assenza di vizi conclamati della volontà e/o di giusta causa, la "libertà" potrebbe essere fortemente condizionata (su questo punto si tornerà più avanti, par. 2); in secondo luogo perché così si è accreditata a lungo una concezione di autosufficienza – una sorta di inossidabilità – della disciplina generale delle dimissioni, che ha attraversato indenne più di mezzo secolo di trasformazioni delle tutele del lavoro; una concezione, anzi, che dal contrasto con queste ha finito per rafforzarsi e autoalimentarsi, affermandosi con la forza di un *mantra*: il lavoratore dimissionario, *a differenza del lavoratore licenziato*, non ha bisogno d'altro che della sua autonomia contrattuale.

Eppure anche un'idea diversa nel frattempo si è fatta strada. Questa premessa sugli incerti equilibri della disciplina codicistica⁹⁵³ porta allora a interrogarsi su come (e quando e perché) sia apparso chiaro che, invece, la "semplice" protezione civilistica non bastasse a garantire libertà

⁹⁵¹ Dall'art. 9 legge 604, e, esplicitamente, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 75/1968.

⁹⁵² In verità con qualche incertezza, che non ha contribuito alla chiarezza dell'interpretazione in riferimento al controverso problema della applicabilità alle dimissioni per giusta causa di regole dettate per le dimissioni senza aggettivi: "dimissioni volontarie" ricorre nell'art. 55, co. 1, d. lgs. 151/2001 a proposito dell'obbligo di convalida per le dimissioni delle lavoratrici madri e i lavoratori padri; e l'espressione compariva anche nella (abrogata) legge 188/2007; mentre di "dimissioni" senza aggettivi parlava l'art. 4, co. 17 ss., della l. 92/2012 sul regime generale di convalida (anch'esso abrogato); di nuovo alle "dimissioni volontarie" si richiama ora la rubrica dell'art. 26 del d. lgs. 151/2015, mentre nel testo della norma l'aggettivo scompare: la questione ha poi avuto il (modesto) conforto di una risposta ministeriale (FAQ n. 37 in www.cliclavoro.it), nel senso che anche le dimissioni per giusta causa vanno presentate attraverso il modulo telematico nel quale è previsto un "apposito spazio" per l'indicazione. In dottrina, sull'inapplicabilità alle dimissioni per giusta causa della disciplina dettata per le dimissioni volontarie (nella specie la l. 188/2007) v. M. V. BALLESTRERO, *Recesso on line: ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 511, qui p. 517; mentre sull'applicabilità della disciplina generale di convalida delle dimissioni stabilita dalla legge 92/2012 anche in caso di giusta causa v. O. DESSI, *Riflessioni sulle recenti "vicende" normative delle dimissioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT – 222, 2014, p. 10 ss.

⁹⁵³ Con tale premessa – è bene avvertire – non si intende aprire uno studio sul recesso del lavoratore, che richiederebbe approfondimenti in più direzioni, a partire da quella – che esula del tutto dall'oggetto di questo scritto – relativa alla possibilità e ai limiti della stipulazione fra le parti di "clausole di durata minima", normalmente rispondenti all'interesse del datore a garantirsi per un certo tempo l'apporto professionale di un dipendente. Cfr., in una prospettiva più ampia, ancora gli autori citati alla nota 3.

nell'uscita dal lavoro, ma andasse rafforzata – sia pure, dapprima, in ipotesi rigorosamente circoscritte – attraverso l'introduzione di tecniche diverse; e porta soprattutto a chiedersi – è la domanda che ha guidato la ricerca da cui questo scritto nasce – se gli interventi legislativi che, in tempi diversi e agendo su contesti di tutela mutevoli, hanno ritoccato quelle tecniche e ne hanno introdotte di nuove, abbiano modificato la *ratio* ispiratrice della disciplina o ne abbiano influenzato le condizioni di efficacia.

L'evoluzione normativa degli istituti che qui interessano suggerisce in proposito alcune prime considerazioni.

Innanzitutto, l'esigenza di contrastare il rischio che le dimissioni siano esito di forme di costrizione, e dunque che proprio l'assenza di vincoli tipica dell'atto libero si ritorca contro il lavoratore o la lavoratrice facilitando comportamenti abusivi da parte del datore di lavoro, si è espressa dapprima come eccezione alla regola generale. Come è noto, infatti, a lungo le uniche forme di controllo – amministrativo, nelle modalità della “conferma” o della “convalida” da parte degli uffici periferici del Ministero del lavoro – hanno riguardato le dimissioni delle sole lavoratrici in connessione con eventi specifici: il matrimonio (dal 1963), e la maternità (dal 1976)⁹⁵⁴. Si riconosceva dunque che anche l'atto di dimissioni meritava qualche attenzione regolativa, ma solo in circostanze particolari, connotate da una fragilità “aggiuntiva” del soggetto. L'eccezione che conferma la regola, appunto, e anche questo approccio è in fondo ascrivibile al “pregiudizio di semplicità” di cui si diceva all'inizio. L'eccezione nasceva a sua volta nel cono d'ombra di un'altra disposizione speciale, la previsione di un divieto di licenziamento, sulla cui estensione temporale andava a sovrapporsi, nei due casi, l'obbligo di conferma o di convalida delle dimissioni. Fino al 2012 (data in cui, almeno per la maternità, questa coincidenza temporale finisce) le dimissioni sono dunque sottoposte a controllo amministrativo in quanto sospettabili di essere un licenziamento mascherato. C'è tuttavia, nell'introduzione di tali regole, una sfasatura temporale. Mentre nel caso di matrimonio della lavoratrice la conferma delle dimissioni entro un mese, a pena di nullità, è stabilita contestualmente alla previsione della nullità del licenziamento intimato nel periodo corrispondente (art. 1, co. 3, legge n. 7 del 1963), nel caso delle dimissioni della lavoratrice madre l'obbligo di convalidare le dimissioni arriverà solo nel 1976 (con il decreto ministeriale attuativo della legge n. 1204 del 1971) a fronte dell'esistenza di un divieto di licenziamento assai risalente nel tempo (almeno all'art. 3, legge 26 agosto 1950, n. 860⁹⁵⁵). Un ritardo regolativo che, anche a non volerne amplificare l'importanza, lascia intendere qualcosa sull'assetto degli interessi cui l'ordinamento dedica attenzione nelle due diverse situazioni: come se le dimissioni della lavoratrice che diventa madre fossero rimaste a lungo meno sospettabili di prevaricazione datoriale e fossero

⁹⁵⁴ Per la ricostruzione del lungo percorso evolutivo delle tutele delle lavoratrici in occasione di matrimonio e maternità rinvio al saggio di M.V. BALLESTRERO, *Le dimissioni tra libertà e costrizione. Ovvero le alterne vicende della lotta contro le dimissioni in bianco*, in *Le dimissioni di lavoratori e lavoratrici. Libertà, eguaglianza, conciliazione tra lavoro e famiglia*.

Obiettivi, tecniche, protagonisti, a cura di G. DE SIMONE, in corso di pubblicazione presso Giappichelli; nonché, più ampiamente per le fasi più risalenti, EAD., *Dalla tutela alla parità*, Bologna, Il Mulino, 1979.

⁹⁵⁵ Che stabilisce un divieto di licenziamento in senso proprio, dall'inizio della gravidanza fino al compimento di un anno di vita del bambino: ma già precedentemente, dal r.d.l. 22 marzo 1934, n. 654, era stabilita la “conservazione del posto” durante il periodo in cui era vietato adibire al lavoro le donne (l'ultimo mese precedente la data presunta del parto, più l'eventuale ulteriore periodo precedente il parto, più le sei settimane successive alla data effettiva del parto).

considerate più verosimilmente genuine (o più socialmente accettabili, o semplicemente “normali”) rispetto a quelle della lavoratrice che si sposa, e tanto bastasse a pretendere solo per queste ultime un controllo rafforzato. Se, come ricorda Maria Vittoria Ballestrero, l’insieme delle tutele disposte dalla legge n. 7 del 1963 pareva rivolto in primo luogo a sostenere l’istituto matrimoniale, rispondendo soprattutto a quell’interesse generale al formarsi di famiglie “regolari” che avrebbe potuto essere pregiudicato dalla perdita del posto di lavoro delle lavoratrici⁹⁵⁶, a maggior ragione non stupisce l’introduzione così ritardata di una analoga forma di controllo per le dimissioni della madre lavoratrice: tanto “fisiologica” doveva apparire l’eventuale rinuncia al posto di lavoro per dedicarsi alla cura del figlio, da far ritenere il divieto di licenziarla misura più che sufficiente. Come dire che, pur nella diversa attenzione a lungo riservata, nei due casi, al problema delle dimissioni, in nessuna delle due situazioni considerate la protezione del diritto al lavoro della lavoratrice sembra essere, all’origine, la preoccupazione prevalente.

Del resto, va pure ricordato che la materia delle dimissioni è sempre stata associata solo marginalmente con il principio costituzionale del diritto al lavoro. L’assioma secondo il quale la libertà nell’uscita volontaria dal rapporto è sufficientemente garantita dall’assenza di vincoli di forma e motivazione determina infatti un legame debole con il primo comma dell’art. 4 Cost.: il recesso del dipendente è visto sotto l’unico e riduttivo profilo della possibilità di cogliere le *chances* occupazionali esistenti sul mercato, in coerenza con la dignità costituzionale attribuita alla “scelta” del lavoratore dal secondo comma⁹⁵⁷. A riprova di ciò, la tormentata questione dell’inquadramento della disciplina limitativa dei licenziamenti nel principio costituzionale del diritto al lavoro non lambisce neppure il tema delle dimissioni: il compito della Repubblica di promuovere “le condizioni che rendano effettivo” il diritto al lavoro fa discutere quanto alla possibilità di includervi regole limitative del potere di licenziare, mentre ne rimane estranea qualunque idea di “mettere in sicurezza” l’espressione della volontà del lavoratore recedente.

Si ricordava poc’anzi che i controlli in materia di dimissioni si sviluppano – fino al 2012⁹⁵⁸ – all’ombra di regole restrittive del potere di licenziare. Non però di limiti generali e derivanti da obblighi di motivazione, bensì di un divieto/nullità soggettivamente e temporalmente circoscritto, del quale mimano la *ratio*: la sostanza della garanzia è anche il suo limite, poiché al di fuori di eventi, periodi e soggetti specifici per i quali opera quel divieto si continua a perpetuare l’equivoco della libertà presuntivamente garantita dall’assenza di vincoli. Infatti, nella legge 604 del 1966 la nuova disciplina del licenziamento incrocia il tema del recesso del dipendente a proposito della sola modifica dell’art. 2120, con cui si estende il diritto alla (allora) indennità di anzianità “in ogni caso di cessazione del rapporto”. Riferita alle dimissioni l’innovazione è certamente importante perché

⁹⁵⁶ BALLESTRERO, Le dimissioni tra libertà e costrizione, cit.: che sottolinea come tale lettura della *ratio* originaria della legge n. 7 del 1963 sia stata significativamente ripresa negli stessi termini (trent’anni dopo!) dalla Corte costituzionale (sent. 10 febbraio 1993, n. 46).

⁹⁵⁷ Così G.F. MANCINI (in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, sub art.4, p. 271 ss.), identificando nel potere di recesso ad nutum del lavoratore uno dei profili essenziali della libertà professionale garantita dall’art. 4, riconosce, incidentalmente, che la riforma dell’art. 2120, c. 1, ad opera dell’art. 9 l. 604/1966 ha rafforzato la tutela del lavoratore dimissionario, pur affermando che la libertà professionale era sufficientemente garantita dall’esistenza del potere di recesso (p. 271, nota 5), laddove un rischio di collisione con il principio costituzionale verrebbe piuttosto dalla “possibilità che, nel momento di massimo squilibrio tra i poteri contrattuali delle parti” il patto di non concorrenza (art. 2125 c.c.) finisca con l’incidere “sullo stesso potere di dimissioni, nella misura in cui costituisce un energico incentivo a procrastinarne l’esercizio” (ivi, p. 272 s.)

⁹⁵⁸ Se si esclude la parentesi di pochi mesi rappresentata dall’introduzione della modalità telematica di comunicazione delle dimissioni disposta, per prevenire la pratica delle dimissioni in bianco, dalla legge n. 188 del 2007: modalità che, a stretto rigore, è tecnica di prevenzione, non di controllo.

segna un punto a favore del superamento della concezione paternalistico-fidelistica del rapporto, ma sotto il profilo della garanzia dell'assenza di manipolazioni sulla volontà del lavoratore è del tutto influente (semmai, anzi, il diritto a percepire comunque l'indennità di anzianità potrebbe perfino contribuire a indebolire la resistenza del lavoratore recalcitrante di fronte a eventuali pressioni): eppure la pratica delle dimissioni in bianco (che, va sempre ricordato, costituiscono solo un aspetto del problema) valica tranquillamente i confini della vulnerabilità riconosciuta dal legislatore tre anni prima (matrimonio), e valica anche i confini di genere, pur se resterà sempre difficile disporre di numeri sicuri sul fenomeno. È ragionevole pensare che quest'ultimo, anche perché basato su un espediente – la “firma in bianco” – predisposto di solito al momento dell'assunzione, dipenda da variabili composite, *in primis* dalle difficoltà, oggettive o soggettive, di occupazione, oltre che dalla rigidità dei vincoli in caso di licenziamento: quanto più le opportunità di impiego (o reimpiego) si fanno scarse e quanto più il recesso per iniziativa del datore è vincolato, tanto più esposto a pressioni potrà essere chi aspira ad essere assunto (e ancor più se lavoratrice, potenzialmente titolare, poi, di tutele ancor più intense). E tuttavia nessuna cautela, anche minima, riguardante il recesso del dipendente (per esempio: un lasso di tempo, anche molto breve, per esercitare un diritto di revoca delle dimissioni) accompagnò mai la disciplina limitativa dei licenziamenti, nella lunga evoluzione che va dalla l. 604 alla riforma Fornero: a parte l'effimero episodio della legge n. 188 del 2007 (che pure non prevedeva il diritto di revocare le dimissioni ma il solo requisito formale del modello telematico per prevenire le dimissioni in bianco), cui va almeno il merito di aver fatto affiorare l'esistenza di qualche problema.

Un'ultima – provvisoria – osservazione conduce rapidamente all'oggi.

Guardati alla distanza, i percorsi evolutivi seguiti dal diritto del lavoro italiano in materia di recesso seguono due tracciati completamente sfasati che nel tratto finale si riavvicinano. Quello che segna la disciplina del recesso del dipendente si ferma nel territorio del codice civile (con le deviazioni, importanti ma contrassegnate dalla “specialità”, rappresentate dalle procedure amministrative di conferma/convalida obbligatorie nelle dimissioni delle lavoratrici in caso di matrimonio/maternità), e vi rimane stabilmente per tutto il tempo in cui l'altro tracciato – quello del recesso del datore – se ne allontana imboccando risolutamente la strada della disciplina limitativa dei licenziamenti e del progressivo irrobustimento delle tutele dei lavoratori⁹⁵⁹. A partire dalla fine del primo decennio del nuovo secolo comincia a profilarsi una doppia inversione di percorso: da un lato prende lentamente quota il dibattito sulla esigenza di tutelare *tutti* i lavoratori in caso di dimissioni (e sarà una strada accidentata, segnata da ostacoli, incertezze e arretramenti); dall'altro si fa concreta la prospettiva di intervenire sui licenziamenti, e l'erosione di fatto delle tutele – in atto da tempo grazie all'esplosione del lavoro frammentato – prelude ai più recenti interventi di vero e proprio smantellamento.

Il cerchio sembra ora essersi chiuso ad opera della stessa riforma, che interviene nei due casi con misure di segno opposto, accomunate peraltro dalla modestia dei risultati in termini di qualità e spessore della tutela: tutela nuova in un caso, residua nell'altro.

Il ricongiungersi dei due percorsi è solo apparentemente casuale. Fa riflettere il fatto che negli anni più recenti, mentre si apre alla flessibilità in uscita con il rafforzamento della discrezionalità

⁹⁵⁹ Di contraddittorietà fra la disciplina dei licenziamenti e quella delle dimissioni – almeno fino alla legge 92/2012 – parla a più riprese LEVI, *Contratto di lavoro e recesso del dipendente*, cit., p. 1 ss.

datoriale – depotenziando in particolare l'argine rappresentato dal controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo – si dedica alle modalità di uscita volontaria dal lavoro una inedita attenzione, finalmente rivolta a tutti e non solo contrassegnata dalla specialità di destinatari e situazioni particolari. Si tratta però di un'attenzione ambivalente. Da un lato, infatti, prevale senza dubbio il profilo "di garanzia", trattandosi di disposizioni volte soprattutto a prevenire e reprimere la pratica delle dimissioni in bianco e a consentire al lavoratore dimissionario una limitata possibilità di revoca della propria decisione, nell'evidente finalità di garantirne la piena consapevolezza anche (eventualmente) ricorrendo a qualche forma di assistenza o consulenza. Dall'altro lato, però, l'esile innovazione va valutata nel contesto di relazioni di lavoro sempre più individualizzate⁹⁶⁰ che la riforma va disegnando: nel quale è plausibile che per l'uscita volontaria dal rapporto di lavoro (o, ancor più, per quella consensuale: significativo, sotto questo profilo, l'aver assoggettato dimissioni e risoluzioni consensuali alla stessa modalità di garanzia) si sia inteso immaginare un ruolo meno marginale rispetto al passato nelle vicende lavorative. Ma in tal caso occorre, almeno, eliminare l'abuso più clamoroso rappresentato dalla pratica delle dimissioni in bianco: oltre tutto, una innovazione attesa e rivendicata, dunque la più adatta a presentare (anche) mediaticamente gli intenti "garantistici" di questo frammento della riforma.

Garanzie parziali, riduttive, sfasate, tardive: un intreccio di nuovo e di antico, di specialità e generalità, che è tempo di considerare nell'assetto complessivo che ne deriva. Per farlo occorre ora ripercorrere le vicende normative più recenti in materia di dimissioni e risoluzione consensuale, dalle quali discende la disciplina attualmente vigente, e soprattutto osservare da vicino il funzionamento delle tecniche di controllo finora sperimentate: assegnando un particolare rilievo all'area della specialità contrassegnata dall'obbligo di convalida – la più antica e ricca – nella convinzione che questa fornisca indicazioni interessanti anche sul piano generale, dal momento che l'interrogativo che guida l'indagine è sempre lo stesso e riguarda la qualità e l'effettività dei diritti del lavoratore e della lavoratrice destinatari della tutela.

2. Fra garanzia dei diritti e prevenzione dell'esclusione: significato e confini di una ricerca.

La tecnica della "convalida" – di istituzione risalente, come si è detto, e tradizionalmente strutturata come eccezione giustificata da eventi e situazioni particolari (matrimonio, maternità, poi anche paternità) rispetto alla regola generale delle dimissioni libere da vincoli di forma e procedura – aveva ricevuto nel 2012 una attenzione particolare da parte di un legislatore che, muovendosi fra mille incertezze, aveva esteso lo strumento – pur presentandolo come modalità di controllo non esclusiva – alla generalità dei lavoratori che intendevano risolvere il loro contratto, e ne aveva ampliato altresì l'applicazione alla risoluzione consensuale (l. 92/2012, art. 4, co. 17-23). Ma a distanza di meno di tre anni la materia è stata di nuovo oggetto di (parziale) riforma ad opera della legge delega n. 183/2014 e del successivo decreto delegato d.lgs. 151/2015.

La scelta di inserire, in un progetto di ricerca imperniato sul ruolo dei servizi ispettivi nel controllo della legalità del lavoro, una sezione specifica dedicata al tema del controllo delle dimissioni era maturata, non per caso, nella fase di prima applicazione della riforma Fornero (l. 92/2012), per

⁹⁶⁰ Scontati, nell'ambito della recente riforma, gli esempi dell'"offerta di conciliazione" in caso di licenziamento prevista nella disciplina del contratto a tutele crescenti (d.lgs. 23/2015, art. 6), o del "patto di demansionamento" consentito nella nuova disciplina in materia di mansioni (art. 2103 c.c., co.6).

due principali ragioni. La prima poggiava appunto sulla constatazione che la *tecnica della convalida* delle dimissioni appariva ancora uno strumento apprezzato dal legislatore: proprio alla luce di quelle innovazioni che da un lato ne avevano ampliato l'operatività, dall'altro ne avevano riproposto il modello, pur se in forma semplificata/modificata e in alternativa con altre modalità decisamente "competitive"⁹⁶¹. La seconda ragione si riallacciava all'idea, molto divulgata, del *monitoraggio* che avrebbe dovuto accompagnare l'applicazione dell'intera riforma del lavoro realizzata, nel 2012, dal governo "tecnico": allora, proporsi di affiancare al (promesso) monitoraggio ufficiale un'indagine sul funzionamento in concreto e sulle prassi amministrative che si sarebbero formate su quello "spicchio" di normativa – relativamente meno *à la page*, rispetto ai temi imperanti della flessibilità in entrata e in uscita, e purtuttavia – ruotante intorno al fondamentale tema del recesso appariva una sfida implicita da raccogliere con interesse.

Ma c'è dell'altro. L'alternativa secca fra *libertà* e *costrizione*, fra la volontà genuina e quella viziata che i controlli hanno il compito di fare emergere, potrebbe diventare fuorviante perché lascia scoperta una vasta area grigia, una realtà meno limpida nella quale l'uscita volontaria (o consensuale) dal rapporto di lavoro può essere anche *rinuncia*: certo, non in senso tecnico giuridico (non si sta evocando l'art. 2113!)⁹⁶², ma nel senso descrittivo di una diffusa situazione sociale che si esprime nella "volontarietà riluttante" di chi lascia il lavoro constatando – ma non è che un esempio – l'inconciliabilità della propria condizione lavorativa con lo svolgimento di compiti di cura. A suggerire questa dimensione di "rinuncia" basterebbe la lettura delle statistiche annuali sulle dimissioni delle lavoratrici che escono dal mercato del lavoro a seguito della prima o della seconda maternità. Non irrilevante per il diritto – come non può esserlo la constatazione della difficile praticabilità dei principi costituzionali espressi negli artt. 4 e 37 – ci si chiede tuttavia se questa dimensione sia da considerare irrilevante sotto il profilo specifico dei controlli predisposti in caso di dimissioni. Se la risposta non è scontata ciò dipende (anche) dal fatto che il confine fra *costrizione* e *rinuncia* non è sempre netto. In ogni caso occorre esplorare l'assetto attuale dei controlli e ricostruirne la *ratio* per vedere se questo profilo riceve attenzione. Ovvero: i controlli in caso di uscita volontaria dal lavoro presentano anche un profilo di prevenzione di quel fenomeno di esclusione sociale che ha spesso il suo punto di avvio in un atto di dimissioni?

Se l'esempio della lavoratrice madre che si dimette per problemi di conciliazione giustifica da solo l'interrogativo appena posto, altre domande si affacciano, più generali e meno scontate: è possibile, ad esempio, che i progressivi mutamenti verificatisi nel contesto regolativo del lavoro abbiano contribuito a creare le condizioni per un uso dell'istituto delle dimissioni più "disinvolto"

⁹⁶¹ V. *infra*, par. 3.

⁹⁶² È evidente che le dimissioni non sono configurabili come un atto di disposizione di un diritto e dunque non sono impugnabili ex art. 2113; pur se è vero che "il lavoratore non può validamente rinunciare al diritto (derivante da norme inderogabili di legge) alla protezione contro il licenziamento illegittimo: perciò le dimissioni che costituiscano la "posta" di una transazione sono travolte dall'annullamento di questa"; e che le dimissioni in bianco "potrebbero essere qualificate come una rinuncia al diritto (futuro) alla protezione contro il licenziamento arbitrario: rinuncia radicalmente nulla" (così BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente*, cit., pp.184-185): ma non è questo il profilo qui affrontato e, come è chiarito nel testo, il termine *rinuncia* è usato in senso del tutto atecnico.

rispetto al passato, magari attraverso il coinvolgimento dello stesso lavoratore⁹⁶³? o per un ricorso meno marginale allo strumento della risoluzione consensuale⁹⁶⁴? Ed esistono, o sarebbero prospettabili, nel caso, tecniche di controllo adeguate?

Da interrogativi come questi aveva preso avvio questa sezione della ricerca, la cui pertinenza rispetto al tema generale della legalità del lavoro si presentava sotto due diversi profili:

a) sotto il profilo, sostanziale, dell'efficacia rispetto alle finalità delle discipline: domandarsi in cosa consista la verifica della "genuinità" delle dimissioni e quale sia l'intensità dei controlli significa anche ricercare se, nelle diverse ipotesi previste dal legislatore, si tratti di controlli di mero accertamento dell'assenza di coartazioni evidenti della volontà del lavoratore, o addirittura di mera attestazione burocratica dell'autenticità di un atto e della veridicità di una data; o se, invece, tali controlli assumano (sempre o in alcuni casi) finalità più ampie (informativa generale, promozionale della conoscenza e della fruizione di diritti, *in primis*, ma non esclusivamente, di quelli connessi alla genitorialità e alla conciliazione dei tempi); se, insomma, le tecniche di garanzia previste, a fronte della messa in atto concreta di comportamenti illeciti da parte del datore di lavoro, si carichino di una valenza prevenzionale più pregnante rispetto a quella del semplice deterrente, finendo con l'assolvere a una funzione propriamente inclusiva;

b) sotto il profilo della utilizzabilità del momento del controllo sulle dimissioni come filtro per lo studio di uno snodo importante per la valutazione della legalità del lavoro: nel senso che, nei casi di risoluzione del contratto di lavoro in cui è implicata la volontà del lavoratore o della lavoratrice, il controllo imperniato sulla tecnica della convalida potrebbe aprire qualche utile possibilità di osservazione, oltre che sull'atto di recesso in sé, sul "prima" (quindi sulle caratteristiche del contratto di lavoro che si intende risolvere e sui comportamenti delle sue parti), e forse anche sul "dopo" (la condizione, *i.e.* la posizione sul mercato del lavoro del lavoratore dimissionario): per non dimenticare che "uscire dal mercato del lavoro" significa spesso soltanto uscire dal mercato del lavoro *regolare*.

⁹⁶³ La minaccia di licenziamento tende ormai ad assumere forme diverse da quelle tradizionali fronteggiabili con i rimedi ordinari (per esempio la minaccia di licenziamento per giusta causa intesa come violenza morale qualora non ricorrano i presupposti per il licenziamento legittimo: supra, nota 3): l'allentarsi delle tutele – già nella legge 92/2012 e ancor più dopo il d.lgs. 23/2015, sia per il licenziamento disciplinare sia per quello per motivi oggettivi – e/o le mutate condizioni del mercato del lavoro rendono verosimili pratiche – difficilmente destinate a emergere in giudizio – in cui la volontà del lavoratore dimissionario è forzata e complice a un tempo, essendo la posta in gioco il "mantenimento", magari sotto forma di ripristino in condizioni diverse, del posto di lavoro. Sono strade ormai familiari: dalle opache procedure seguite nel caso Fiat, alle scomposizioni di impresa con assunzioni di lavoratori dimissionari da parte di imprese satelliti fino alle vere e proprie pratiche fraudolente messe in atto per approfittare di incentivazioni (contributive, e spesso anche normative).

⁹⁶⁴ Ipotizzabile (ma tutto da verificare) nel quadro delle tendenze recenti alla valorizzazione dell'autonomia individuale: v., per qualche ipotesi sul punto, A.R. TINTI, Effetti collaterali: recesso e consenso nella riforma del lavoro, intervento al convegno "Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?" (Roma, Camera dei deputati, Sala del refettorio, 19 gennaio 2015), organizzato congiuntamente dalle riviste Lavoro e diritto, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Diritti lavori mercati e pubblicato a cura della Camera dei deputati, Roma, 2015.

3. Evoluzioni recenti nelle tecniche di tutela e di controllo: diversi gradi di solitudine.

I passaggi, non sempre lineari, che hanno preceduto l'intervento legislativo del 2015 sono noti e ampiamente analizzati⁹⁶⁵ – e in parte evocati *retro*, par. 1 – e ci si può limitare a richiamarli schematicamente.

Dopo le norme del codice civile in materia di recesso (artt. 2118 e 2119), la prima forma di controllo delle dimissioni sarebbe arrivata a distanza di vent'anni, istituita dalla legge n. 7/1963 sul divieto di licenziamento della lavoratrice per causa di matrimonio: per la validità delle dimissioni nel periodo in cui vigeva il divieto di licenziamento se ne richiedeva la "conferma" entro un mese presso l'ispettorato del lavoro; la disposizione, ripresa dal Codice delle pari opportunità (d. lgs. n. 198/2006, art. 35, co. 5) è stata invece "dimenticata" negli interventi legislativi più recenti: sia dalla legge 92/2012, sia dall'art. 26, co. 1, del d. lgs. 151/2015: quest'ultimo, infatti, esclude dall'obbligo di presentazione delle dimissioni con modello telematico le sole ipotesi di cui all'art. 55, co. 4, del d.lgs. 151/2001, e la svista non è recuperata dal successivo comma 7 (che prevede l'inapplicabilità della nuova disciplina al lavoro domestico e alle dimissioni e risoluzioni consensuali intervenute nelle sedi di cui all'art. 2113, co. 4, c.c., o presso le commissioni di certificazione ex art. 76 d.lgs. n. 276/2003)⁹⁶⁶.

Il passo successivo sarà segnato dalla legislazione sulle lavoratrici madri: la "convalida" delle dimissioni, sempre per il periodo in cui è vietato licenziare la lavoratrice (dall'inizio della gravidanza al compimento del primo anno di vita del bambino), comparirà in realtà, come si è ricordato, solo nel 1976 e per di più in una norma regolamentare (il d.p.r. 1621/1976, regolamento di attuazione della legge 1204/1971)⁹⁶⁷. Lo slittamento lessicale da "conferma" (ex l. 7/1963) a "convalida" è più di una sfumatura, poiché la conferma è atto della lavoratrice, la convalida è atto del funzionario, e dunque, anche se poco significativo all'inizio, questo passaggio rappresenta un indizio precoce delle potenzialità dell'istituto e porterà nel tempo al potenziamento della convalida come vera e propria procedura (per le implicazioni su questo punto v. ampiamente *infra*, par. 4)⁹⁶⁸. Si dovrà attendere la legge 53/2000 (art. 18, co. 2) e soprattutto l'art. 55 del d. lgs. 151 del 2001 per avere un assestamento legislativo della disciplina, con la parziale estensione dell'obbligo di convalida alle dimissioni del padre lavoratore (nel solo caso di fruizione del congedo di paternità), nonché l'estensione della garanzia ai genitori adottivi e affidatari.

Il primo tentativo di contrasto generale della pratica delle "dimissioni in bianco" sarà messo in atto con la legge 188/2007 attraverso la modalità di presentazione delle dimissioni su modulo

⁹⁶⁵ Rinvio ancora, per la ricostruzione critica dei diversi passaggi, a BALLESTRERO, Le dimissioni tra libertà e costrizione, cit.

⁹⁶⁶ Rimedia, per così dire, alla svista la risposta ministeriale alla FAQ n.3 (www.cliclavoro.gov.it), precisando che le lavoratrici per le quali vige il divieto di licenziamento per causa di matrimonio non sono esentate dalla procedura telematica in caso di dimissioni: dovremmo dedurne che per loro la procedura è doppia, perché le dimissioni sono sottoposte anche alla conferma da parte della DTL. V. sul punto anche BALLESTRERO, Le dimissioni tra libertà e costrizione, cit., nota 7 e testo corrispondente.

⁹⁶⁷ L'applicazione della disposizione fu controversa, e accompagnata da un acceso dibattito, in dottrina e in giurisprudenza, intorno alla questione della (presunta) eccedenza dei limiti della competenza regolamentare: v. sul punto D. GOTTARDI, Sul rapporto tra legge e regolamento di esecuzione nella disciplina delle dimissioni della lavoratrice madre, in Riv. it. dir. lav., 1986, II, p. 817; per una ricostruzione del dibattito cfr. DEL CONTE, Le dimissioni e la risoluzione consensuale, cit., p.108 s.

⁹⁶⁸ Nel senso della equivalenza sostanziale degli istituti della conferma e della convalida si esprime comunque R. VOZA, L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro, Bari, Cacucci, 2007, p. 129 ss.

telematico a data certa⁹⁶⁹. A questa legge non sarà dato il tempo di confrontarsi davvero con la realtà: cambiato l'esecutivo, sarà abrogata dopo pochi mesi, in nome della "semplificazione", dal d.l. n. 112/2008 (convertito in l. n. 133/2008).

Nella riforma Fornero (legge n. 92 del 2012), come si è anticipato, l'attenzione per il controllo delle dimissioni si presenta con tratti, al tempo stesso, ambiziosi ed esitanti⁹⁷⁰: il regime speciale per i genitori lavoratori viene riformulato con l'ampliamento temporale dell'obbligo di convalida fino al compimento del terzo anno di vita del figlio; si introduce un nuovo regime generale di controllo delle dimissioni – anch'esso destinato a vita breve – basato su una tecnica di convalida (ma "leggera", e per di più sostituibile con modalità diverse e meno efficaci sotto il profilo della tutela); si estendono, opportunamente, alla risoluzione consensuale del contratto di lavoro le regole previste in materia di dimissioni.

Arriviamo così alla vigilia dell'ultimo intervento legislativo, il cui travagliato *iter* mette in luce, una volta di più, l'atteggiamento ondivago del legislatore nei confronti di questo tema.

Dal marzo 2014 il tema della tutela di lavoratori e lavoratrici in caso di dimissioni è tornato infatti all'attenzione generale sull'onda del dibattito in materia di "dimissioni in bianco": un tema "storico", importante e mai risolto, il cui notevole impatto mediatico ha tuttavia contribuito a banalizzarne i termini, esponendo l'intera materia al rischio molto concreto di un intervento legislativo demolitorio di cui avrebbe potuto far le spese proprio l'istituto della convalida. Il percorso della riforma delle regole in materia di dimissioni (e risoluzione consensuale) è stato molto accidentato, sottoposto a sollecitazioni contrastanti e non sempre trasparenti. Dapprima, infatti, un testo (che riproponeva il meccanismo del modulo a data certa della abrogata legge 188/2007, ma contestualmente cancellava tutti i meccanismi di convalida) era stato approvato dalla Camera e appariva destinato a un rapido iter parlamentare: ma, approdato in Senato in Commissione lavoro (come ddl 1409), e fatto oggetto di contestazioni di segno non univoco, era alla fine convogliato nel copioso insieme dei disegni di legge destinati a fare da corona al testo assunto come base per la legge delega sulla nuova riforma del lavoro⁹⁷¹. Il risultato, nell'ambito della legge 10 dicembre

⁹⁶⁹ V. M.V. BALLESTRERO, Recesso on line, cit.

⁹⁷⁰ M.V. BALLESTRERO, La disciplina delle dimissioni: i mediocri frutti di una buona intenzione, in www.ingenere.it, 10 luglio 2012. V. anche L. CALAFÀ, Il recesso del lavoratore e della lavoratrice nella XVI legislatura, in *Il nuovo diritto del lavoro*, a cura di L. FIORILLO e A. PERULLI, Torino, Giappichelli, vol. 3, p. 269; V. FILI, Le tutele e gli incentivi per l'occupazione femminile, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da F. CARINCI e M. PERSIANI, vol. VI, a cura di M. BROLLO, Padova, Cedam, 2012, p. 891; M. BROLLO, Misure per l'occupazione femminile tra tutele e incentivi, in *Lav. giur.*, 2013, n. 2, p. 113.

⁹⁷¹ Alcuni passaggi di quell'iter tortuoso, ricostruibili attraverso l'analisi dei lavori parlamentari, danno conto della relativa superficialità con la quale il tema delle dimissioni fu, almeno inizialmente, trattato. Innanzitutto, la abrogazione delle procedure di convalida contenuta nel progetto approvato dalla Camera il 25 marzo 2014 (e poi approdato in Senato come ddl 1409) fu atto consapevole, e non frutto di una "svista": infatti gli emendamenti (a firma M5S) che intendevano conservarle furono respinti (cfr. Camera dei deputati, resoconto stenografico dei lavori dell'Assemblea, seduta n. 197 del 25 marzo 2014), mentre si sosteneva, da parte di qualche parlamentare, l'argomento secondo il quale l'esiguo numero di "mancate convalide" da parte delle Direzioni territoriali del lavoro riferito dalle statistiche annuali fosse l'indice sicuro dell'inutilità delle procedure (anche di quella "storica" per le dimissioni delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri: cfr. per esempio T. DI SALVO, Mai più dimissioni in bianco, in www.ingenere.it, 30 aprile 2014). Successivamente, con il passaggio alla Commissione lavoro del Senato, il dibattito appare alquanto sopito, pur continuando a intercorrere – ma sottotraccia – fra i fautori del modello telematico e i "semplificatori" a oltranza, contrari a qualunque adempimento aggiuntivo. Così, il ddl 1409 viene di fatto accantonato in favore dell'inserimento della materia in un'apposita delega, quasi in assenza di discussione; e saranno pochi gli emendamenti poi presentati sul testo di questa specifica delega: sarà comunque respinto quello (a firma Brunetta: cfr. Atto Camera n. 2660, proposta emend. n. 1526, presentata in Commissione lavoro il 14 novembre 2014) in base al quale nella delega si sarebbe dovuta inserire anche la "revisione della procedura di convalida delle dimissioni". Per alcuni nodi critici di quel dibattito si rinvia a A.R. TINTI, Dimissioni in bianco: l'intervento necessario e la semplificazione pericolosa, in www.ingenere.it, 29 aprile 2014. V. anche O. DESSI, Riflessioni sulle recenti "vicende" normative delle dimissioni, cit.

2014, n. 183, si tradusse poi in una delega al Governo (inserita nel comma 5 dell'art. 1, dunque nel capitolo "semplificazioni") affinché prevedesse "modalità semplificate per garantire data certa nonché l'autenticità della manifestazione di volontà della lavoratrice o del lavoratore in relazione alle dimissioni o alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, anche tenuto conto della necessità di assicurare la certezza della cessazione del rapporto nel caso di comportamento concludente in tal senso della lavoratrice o del lavoratore".

Così assorbita nel disegno complessivo della riforma del lavoro, la vicenda dell'intervento sulle dimissioni vi era apparsa come "storia minore", talora utilizzata mediaticamente, sempre in nome del contrasto alle dimissioni in bianco, ma senza che la sua problematicità raggiungesse mai il cuore del dibattito pubblico sul c.d. Jobs Act.

La collocazione della delega in materia di dimissioni e risoluzioni consensuali nel capitolo "semplificazioni", la formulazione dei principi e dei criteri oscillante fra il generico e il riduttivo (semplificare, assicurare data certa e volontà autentica, dare certezze al datore di lavoro sugli effetti dei "comportamenti concludenti"), l'assenza di qualsiasi serio monitoraggio sul funzionamento della disciplina vigente, che, proprio perché oggetto di un intervento recente che l'aveva arricchita e rinnovata, avrebbe meritato l'attenzione di chi manifestava intenti riformatori: non mancavano, insomma, le ragioni per temere un impoverimento della disciplina rispetto a quanto stabilito dalla legge Fornero (che pure, nel prevedere la possibilità di introdurre "anche" modalità semplificate di presentazione delle dimissioni, aveva utilizzato una formulazione letterale che lasciava intendere la possibilità di un intervento additivo, non demolitorio)⁹⁷².

Si arrivò infine, in attuazione della delega con l'art. 26 del d.lgs.151/2015, a un risultato compromissorio fra due approcci contrastanti – ma non troppo approfonditi: i garantisti *old style* preoccupati "solo" di conseguire la riviviscenza della legge 188 e i semplificatori a oltranza che avrebbero volentieri abrogato qualunque procedura di convalida – con un esito comunque non privo di un certo equilibrio e meno distruttivo di quanto ci si poteva attendere. Ma il contesto legislativo profondamente mutato delle tutele in caso di licenziamento illegittimo (e non solo) spiega (e ridimensiona) le concessioni ottenute sul fronte delle garanzie, e apre nuovi fronti da cui la nuova disciplina potrebbe uscire depotenziata. Per anticipare una domanda che sarà ripresa in chiusura: davvero quella del contrasto alle "dimissioni in bianco" può ancora considerarsi la trincea appropriata della tutela nei tempi del giustificato motivo oggettivo "facile"?

Dunque, il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 è intervenuto in materia di "dimissioni volontarie e risoluzione consensuale" (art. 26), lasciando intatta la disciplina prevista per i lavoratori-genitori, come rafforzata dalla legge Fornero, e ridisegnando completamente il solo quadro della disciplina generale istituita dalla stessa l. 92/2012. Nel primo caso il controllo mediante convalida resta com'era; nel secondo scompare, sostituito dal solo obbligo di presentare le dimissioni e la risoluzione consensuale mediante il modulo telematico che garantisce l'autenticità della data. Dalla nuova procedura sono esonerate le dimissioni e le risoluzioni consensuali dei lavoratori domestici, nonché quelle che intervengono in sede "protetta" (nelle sedi di cui all'art. 2113, co. 4, c.c., o

⁹⁷² Ancora sulle insidie che hanno costellato il passaggio dalla formulazione della delega alla sua attuazione, rinvio a A.R. TINTI, Effetti collaterali, cit.

presso le commissioni di certificazione ex art. 76 d.lgs. n. 276/2003). La tutela nei confronti di abusi e pressioni esercitate in forme diverse dalle “dimissioni in bianco”, e la possibilità per il lavoratore o la lavoratrice di “tornare indietro”, per qualunque ragione, rispetto alla decisione di recedere restano, nella nuova procedura generale, affidate al diritto di revoca, esercitabile entro sette giorni dalla trasmissione del modulo. Non è molto, ma è tutto qui⁹⁷³. La nuova modalità, in base al decreto ministeriale di attuazione (datato 15 dicembre 2015 e pubblicato in G.U. n.7 dell'11 gennaio 2016), è operativa dal 12 marzo 2016.

Come si vede, l'esperienza normativa sciorina ormai sotto gli occhi degli interpreti un variegato campionario di tecniche di tutela – tra quelle vigenti e quelle comunque sperimentate, sia pure per poco, nel recente passato – che presentano caratteri riconducibili a modelli diversi: dal requisito formale alla procedura, dalla prevenzione di illeciti alla verifica *a posteriori*. Almeno la non-indifferenza del legislatore rispetto all'esistenza di ragioni per proteggere lavoratrici e lavoratori “in uscita” volontaria dal rapporto di lavoro può considerarsi acquisita. Per avviare una valutazione critica è utile, per una volta, ripresentare procedure e controlli non nell'ordine cronologico della loro comparsa (o scomparsa e/o riapparizione) nell'ordinamento, bensì graduandole a seconda della presenza e dell'intensità dell'intervento di un soggetto esterno di garanzia: un modo, se si vuole, per apprezzarle in base al “grado di solitudine” del lavoratore o della lavoratrice nel momento in cui decide di lasciare il posto di lavoro:

a) sul gradino più basso troviamo la modalità alternativa alla convalida che era prevista nel regime generale dalla legge 92/2012 (art. 4, co. 18, ora abrogato), laddove bastava la *firma in calce* del lavoratore su una ricevuta telematica: poiché ciò poteva avvenire (e probabilmente avveniva) alla presenza del solo datore di lavoro, o di un suo delegato, potremmo parlare di una “solitudine intimidita”;

b) il diritto di *revoca/ripensamento*, già previsto dalla l. 92/2012 (art. 4, co. 21, abrogato) e opportunamente mantenuto per la generalità dei lavoratori (d.lgs. 151/2015, art. 26, co. 2), non rappresenta in realtà una forma di controllo, ma merita di stare in questa lista, evocando comunque una solitudine almeno potenzialmente, e informalmente, assistita;

c) l'obbligo di presentare le dimissioni su *modulo telematico* (già previsto dall'abrogata legge 188/2007 e ora introdotto dall'art. 26, d.lgs. 151/2015) garantisce l'autenticità della data, ma non incide sulla solitudine del lavoratore: che dall'esterno potrà ricevere, da parte dei soggetti abilitati, un mero supporto tecnico; e infatti nemmeno questa è una modalità di controllo, semmai di prevenzione, essendo volta a impedire il verificarsi delle condizioni materiali (proprio nel senso di “cartacee”) di un abuso: uno solo;

d) nella *convalida “leggera”*, prevista dal regime generale ex l. 92/2012 (art. 4, co. 17) un soggetto terzo di garanzia (il funzionario della DTL) c'era: ma la procedura era condannata all'irrelevanza, sia perché destinata a essere poco praticata (data la facile alternativa della “firma in calce”), sia per l'evanescenza del controllo (sul punto si tornerà fra breve);

⁹⁷³ Per un più ampio commento rinvio al saggio di M.V. BALLESTRERO, Le dimissioni tra libertà e costrizione, cit.; v. anche O. DESSI, Le dimissioni e la risoluzione consensuale del contratto di lavoro, in Commentario breve alla riforma “Jobs Act”, a cura di G. ZILIO GRANDI e M. BIASI, Vicenza, Wolters Kluwer - Cedam, 2016, p. 735; A. FENOGLIO, Le dimissioni dal lavoro: corsi e ricorsi storici sotto la lente dell'analisi empirica, in Riv. it. dir. lav., 2016, I, p. 253; G. PROIA, La nuova disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale, in Riv. it. dir. lav., 2017, I, p. 3.

e) la “conferma” per le dimissioni in concomitanza col matrimonio è di fatto una convalida, ma socialmente e culturalmente residuale fino al punto da essere “dimenticata” nel più recente intervento legislativo;

f) infine, la convalida prevista per le dimissioni e la risoluzione consensuale di lavoratrici madri e lavoratori padri (d. lgs. n. 151 del 2001, art. 55, co. 4) può dirsi ormai l’unica forma di controllo di garanzia in senso proprio e pieno, confermata ed estesa dalla scelta legislativa più recente; un controllo diventato complesso e affinato nel tempo attraverso le regole ministeriali e l’evoluzione delle prassi e, proprio per questo, bisognoso di manutenzione, per il rischio sempre presente di banalizzazione o involuzione.

È appena il caso di ribadire che i tipi elencati in *a*, *b*, *c* non inglobano forme di controllo esterno: consentono però al lavoratore, in modi diversi, di rivolgersi a una rete di aiuto, qualora esista e sia concretamente conosciuta e raggiungibile: sindacato e consigliere di parità *in primis*. Mentre le garanzie di tipo *a* e *d* sono ormai irrilevanti in quanto ne è stata abrogata la fonte (ad opera del d.lgs. 151/2015, art. 26, c. 8), anche se sarebbe stato interessante sapere qualcosa dei due anni in cui hanno avuto applicazione.

Iniziata in parallelo con l’ultima fase della tormentata evoluzione legislativa ricordata sopra, la ricerca ha visto, strada facendo, affievolirsi l’interesse per una porzione del suo oggetto: quella riguardante appunto la convalida “leggera” pensata per la generalità dei lavoratori dalla legge 92/2012, poi sostituita dal requisito di forma del modello telematico⁹⁷⁴.

Eppure la tecnica di convalida delle dimissioni e risoluzioni consensuali predisposta dalla legge Fornero per la generalità dei lavoratori costituiva una tappa importante nell’evoluzione stentata della disciplina del recesso volontario: segnando, in linea di principio, il riconoscimento di un’esigenza di tutela negata per circa mezzo secolo.

Ma, appunto, “in linea di principio”, e senza molta convinzione. Infatti l’“estensione” alla generalità dei lavoratori della tecnica di controllo mediante convalida era più apparente che reale, per due motivi. In primo luogo questa procedura di convalida, anche se la legge non la descriveva, si era presentata subito come “diversa” rispetto a quella “storica” sperimentata per le lavoratrici madri. Poteva infatti svolgersi indifferentemente presso la DTL, o presso il Centro per l’impiego, o in sede sindacale, e tale pluralità e fungibilità di soggetti abilitati lasciava intendere che non ci

⁹⁷⁴ La sostituzione, peraltro, non è perfetta, poiché nella sovrapposizione legislativa c’è chi è privato di garanzie precedentemente attribuite. Infatti l’art. 26, co. 8, abroga i commi da 17 a 23bis dell’art. 4 legge n. 92. Ma il comma 23bis (introdotto successivamente, ad opera del d.l. n. 76/2013, convertito in l. n. 99/2013) aveva esteso le disposizioni in materia di dimissioni (tutte: sia l’obbligo di convalida riformato per i lavoratori genitori, sia il regime generale istituito dalla legge 92), “in quanto compatibili”, ai collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, e agli associati in partecipazione, in caso di recesso ante tempus. Ora il risultato dell’operazione è duplice: primo, a lavoratrici e lavoratori parasubordinati non si applicano le (nuove) garanzie del regime generale ex art. 26 (come da conferma ministeriale: cfr. la circolare n. 12/2016, punto 1.1., nonché la risposta alla FAQ n. 4, in www.cliclavoro.gov.it); secondo, a lavoratrici madri e lavoratori padri parasubordinati non si applica più la garanzia rappresentata dall’obbligo di convalida, che era stata estesa a loro due anni prima. Anche ammettendo che l’impatto di tale restrizione possa considerarsi ridotto a seguito della diversa configurazione dei rapporti di collaborazione disegnata dal d. lgs. 81/2015 – con l’attrazione delle collaborazioni organizzate dal committente nell’area disciplinare del lavoro subordinato (art. 2), e con il “superamento” del contratto a progetto e dell’associazione in partecipazione (artt. 52 e 53) – l’area delle “vecchie” collaborazioni coordinate e continuative rimane vasta e a rischio (soprattutto per le lavoratrici, e soprattutto in caso di maternità): il che autorizza ad annoverare anche questa apparentemente piccola modifica fra i tanti arretramenti messi a segno dalla recente riforma del lavoro. In generale, sul carattere deludente delle garanzie in materia di maternità e paternità riconosciute a lavoratrici e lavoratori autonomi nella riforma del lavoro (d. lgs. 80/2015) si v. R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, in D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, p.109, spec. p. 121 s.

si aspettava il consolidarsi di prassi specifiche né di particolari competenze intorno a un adempimento che si intuiva ridotto ai minimi (la conferma della volontarietà delle dimissioni e l'apposizione della firma): e infatti la circolare n. 18/2012 del Ministero del lavoro aveva prontamente chiarito che questa procedura non richiedeva “nessuna istruttoria”. In secondo luogo, questa procedura, che, pur nella sua “leggerezza”, avrebbe consentito comunque al lavoratore di manifestare la sua volontà davanti a un soggetto terzo, aveva poche probabilità di essere davvero praticata. Come è noto, infatti, la legge consentiva al datore di lavoro di giocare comunque “in casa” proponendo al lavoratore, in alternativa alla convalida, di confermare le proprie dimissioni sottoscrivendo la ricevuta di trasmissione telematica della cessazione del rapporto di lavoro: con quale “libertà” da condizionamenti è facile immaginare. La presenza di un’alternativa così semplificata non poteva che determinare la propensione dei datori di lavoro per il metodo meno impegnativo, ma si rifletteva anche sul piano qualitativo: infatti l’equiparazione fra la controfirma del lavoratore e il controllo attuato mediante la convalida presso un soggetto di garanzia finiva col gettare una luce ulteriormente riduttiva sullo stesso istituto della convalida, avallandone a sua volta l’uso burocratico e minimale. Questo congegno finiva oltre tutto per vanificare l’innovazione forse più rilevante prevista dalla legge 92, e cioè il diritto di revoca: infatti, i sette giorni di tempo per “ripensarci”, dal momento in cui il lavoratore riceveva l’invito del datore di lavoro a recarsi presso una delle sedi abilitate alla convalida o a sottoscrivere la ricevuta telematica, erano destinati a restare meramente virtuali qualora, nella realtà, prevalesse la modalità di conferma delle dimissioni attraverso la “sottoscrizione in calce”, che consentiva al datore di lavoro di bruciare i tempi sottoponendo immediatamente al lavoratore la ricevuta da sottoscrivere, “prima che ci ripensasse”: una firma in più, una semplice formalità, che il lavoratore avrebbe potuto certo chiedere di posticipare di una settimana – ma nessuno avrebbe controllato che fosse effettivamente messo in grado di farlo – adempiuta la quale la decisione diventava irrevocabile. A proposito di solitudine.

Dunque, prima che complicata (questa l’accusa che portò alla sua abrogazione) tale disciplina era intimamente contraddittoria. Resta il fatto che sarebbe stato utile verificare l’ipotesi della irrilevanza quantitativa delle convalide, e capire se davvero, nei casi che finivano davanti alla DTL, la procedura di controllo si riduceva a mero simulacro. Interpellati sul profilo qualitativo gli operatori intervistati hanno dato risposte variabili: oscillanti fra l’affermazione dell’esistenza di una certa “forza di attrazione” delle prassi proprie della procedura di convalida applicata alle madri lavoratrici, che avrebbe condizionato “per abito mentale” i funzionari chiamati ad applicare la procedura generale⁹⁷⁵; e l’ammissione del veloce stabilizzarsi di una prassi di convalida molto sbrigativa e gestita sempre da funzionari amministrativi⁹⁷⁶. Sul piano quantitativo – a parte la

⁹⁷⁵ Insomma un atteggiamento salutarmente sospettoso che avrebbe portato in alcuni casi (pochi, per verità) a smascherare qualche tentativo di elusione della disciplina dei licenziamenti (e del pagamento del contributo Naspi).

⁹⁷⁶ In un caso – ma pare una “voce dal sen fuggita” – addirittura dall’URP! La modulistica predisposta a questo fine dalle singole DTL (e anche dai CPI) conferma la natura estremamente semplificata di questa convalida: i moduli contenevano solo i dati essenziali per l’identificazione del dimissionario, del datore di lavoro, dei tempi. Raramente si richiedevano informazioni aggiuntive, forse inserite in vista di una futura elaborazione statistica (es. tipologia contrattuale, qualifica professionale, livello di inquadramento, contratto collettivo applicabile: così il CPI Bologna), di cui però non è stata trovata traccia. In qualche sporadico caso compariva un rigo con la richiesta dei motivi delle dimissioni: troppo poco per poterlo considerare un indizio di una vera forza attrattiva della procedura speciale nei confronti di quella generale semplificata.

conferma degli operatori sull'afflusso ritenuto scarso di richieste di convalida – non è possibile trarre un bilancio dei (circa) tre anni in cui questa disciplina ha avuto applicazione⁹⁷⁷, non essendo disponibili dati ufficiali né sulla distribuzione delle procedure di convalida fra le diverse sedi abilitate a svolgerla, né sul raffronto fra il dato complessivo delle convalide e quello delle conferme mediante “sottoscrizione in calce”⁹⁷⁸. D'altra parte, prima l'incertezza sul futuro di questa procedura, poi il suo definitivo superamento ad opera del d.lgs. 151/2015, hanno fatto rapidamente cadere ogni possibilità – e interesse – che siano messe a disposizione informazioni sulla sua applicazione.

Ciò spiega la ragione per cui questo lavoro si concentrerà ora soltanto sulla convalida per i lavoratori genitori, essendo ormai rimasta la sola in cui i servizi ispettivi svolgano un ruolo determinante. Perciò si richiamerà l'attenzione sul significato e le implicazioni della scelta legislativa di ampliare, e poi confermare, l'obbligo di convalida per i genitori lavoratori; poi su alcuni aspetti qualitativi e quantitativi dell'istituto, rilevati attraverso gli orientamenti ministeriali, le prassi seguite dai funzionari e i dati resi disponibili dai monitoraggi annuali.

4. Dimissioni e risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri: le finalità plurime della convalida.

A fronte dei riflettori accesi sulla “nuova” (in realtà riproposta) modalità di contrasto alle dimissioni in bianco mediante modulo telematico a data certa, la procedura di convalida delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali per i lavoratori genitori appare oggi decisamente “fuori fuoco”: infatti, l'ultima riforma del lavoro ha lasciato intatta questa disciplina, che ha la sua fonte nell'art. 55, c. 4 del d.lgs. 151/2001, come modificato dalla legge Fornero⁹⁷⁹.

Perché discuterne, allora, se “non è cambiato niente”? Intanto perché questo risultato non era scontato, e acquista il significato di una precisa scelta confermativa; e poi perché le implicazioni delle modifiche introdotte nel 2012 vanno oltre il semplice allargamento dell'obbligo di convalida e meritano più attenzione di quanta è loro normalmente riservata.

⁹⁷⁷ I Rapporti di monitoraggio sull'applicazione della legge 92/2012 non ne fanno menzione; nel corso delle interviste svolte presso le DTL dell'Emilia Romagna è stato riferito che il Ministero aveva avviato una raccolta di dati sulle convalide nel regime generale per le dimissioni, ma non si sa che fine abbia fatto questa rilevazione.

⁹⁷⁸ Si erano invece ottenuti alcuni dati “assoluti” – non ufficiali, e per di più rilevati in periodi diversi – delle convalide fatte dalle singole DTL per l'Emilia Romagna: l'intenzione era di utilizzarli almeno per un confronto con quelli nazionali sul totale delle dimissioni e ricavarne per differenza la proporzione con le convalide fatte presso altri soggetti (sede sindacale o CPI) o con la “sottoscrizione in calce”: non sarebbe stato comunque un gran risultato, data la troppo facile previsione della fuga dalle procedure di convalida di fatto favorita dal meccanismo previsto dalla legge. Ma neppure questo raffronto si è rivelato possibile: infatti, le tabelle ministeriali contenenti i dati sulle cessazioni dei rapporti di lavoro, nel classificare le diverse ipotesi danno visibilità alle “cessazioni richieste dal lavoratore” (leggi: dimissioni), ma collocano le risoluzioni consensuali nella casella residuale “altre cause” (insieme, fra l'altro, alle cessazioni per decesso!). Insomma, una fattispecie di recesso alla quale il legislatore ha riconosciuto le stesse garanzie riservate alle dimissioni, non viene isolata statisticamente e non è resa leggibile nelle sue dimensioni quantitative e nella sua evoluzione!

⁹⁷⁹ Un piccolo aggiustamento sistematico sulla disciplina delle dimissioni dei genitori lavoratori in realtà c'è stato, ad opera del d. lgs. 80/2015 che ha abrogato il c. 5 dell'art. 55 del d.lgs. 151/2001 e contestualmente modificato il c. 1, chiarendo che l'esonero dall'obbligo di preavviso riguarda unicamente i casi di dimissioni presentate nel periodo in cui vige il divieto di licenziamento: si risolve così – peraltro nel senso restrittivo già anticipato in Min. lav., Interpello n. 28/2014 – il dubbio interpretativo derivante dalla non chiara formulazione del comma 5, che pareva far coincidere l'esonero dall'obbligo di preavviso con il periodo – ampliato fino al compimento del terzo anno del figlio – dell'obbligo di convalida.

Ci sono inoltre due ulteriori motivi di interesse, di più ampio respiro rispetto alla specificità del tema.

Primo: la convalida delle dimissioni, proprio in quanto controllo amministrativo di lunga data, apre una finestra su un aspetto del diritto vivente fatto di prassi costruite giorno per giorno nel sedimentarsi delle esperienze dei funzionari, in applicazione di quel variegato intreccio di non-fonti (lettere circolari, risposte a interpello, *faq*, ecc.) che sta diventando sempre più fitto: una sorta di “diritto liquido” così spesso trascurato eppure così fortemente condizionante l’effettività della tutela, in particolare, nel nostro caso, di quella antidiscriminatoria, ma non solo.

Secondo: ci troviamo sul terreno di competenza e di azione di un’istituzione di garanzia – la Consigliera di parità – che appare sempre più in bilico fra l’affermazione della centralità del proprio ruolo e rischio di abbandono: per la scarsa cura con cui un legislatore che ne ha definite con ampiezza le funzioni – seppure con troppa genericità e talora con sovrapposizione di ruoli in capo ad altri soggetti –, si “dimentica” poi di assegnare le risorse per svolgerle, e alla fine coglie l’occasione di una “semplificazione” per ridimensionarne il ruolo e consolidarne la “povertà”, condizionandone pesantemente le possibilità di intervento e la qualità dell’azione⁹⁸⁰. Rispetto alla convalida delle dimissioni delle lavoratrici madri (poi dei lavoratori genitori) la Rete delle Consigliere di parità ha svolto un ruolo determinante concorrendo a definire le modalità standardizzate della convalida (*infra*, par. 4.1); sul territorio, a livello provinciale e soprattutto regionale, le Consigliere contribuiscono poi alla fase di raccolta e diffusione dei dati statistici sul fenomeno; infine – ed è il profilo più rilevante – il loro coinvolgimento da parte di lavoratrici e lavoratori nei casi di dimissioni “problematiche” che emergano nel corso delle procedure di convalida sarebbe virtualmente in grado di fare la differenza quanto all’effettività della tutela: quanto e come ciò riesca ad accadere è tutto da verificare.

Insomma, lo studio del funzionamento della convalida per le dimissioni dei lavoratori genitori consente l’osservazione ravvicinata di un segmento non irrilevante del diritto del lavoro *in action*, nel quale i protagonisti non sono gli attori che più frequentemente siamo soliti incontrare sulla scena del diritto vivente (parti sociali, giudici): qui i lavoratori e le lavoratrici si muovono da soli⁹⁸¹,

⁹⁸⁰ Il d.lgs. 151/2015, agli artt. 27 ss., apportando diverse modifiche al Codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/2006), interviene anche sulle competenze e sulle risorse delle Consigliere di parità: in particolare sostituisce la disposizione relativa al Fondo per l’attività delle Consigliere (art. 18: fondo destinato fra l’altro a finanziare le spese relative alle azioni in giudizio promosse o sostenute dalle consigliere) con una nuova norma che circoscrive le risorse del Fondo destinandole alla Consigliera nazionale; e definisce come “eventuale” – cioè “rimessa alla disponibilità finanziaria dell’ente di pertinenza” – la retribuzione delle consigliere in occasione dei permessi per assentarsi dal lavoro per svolgere i loro compiti istituzionali (nuovo testo dell’art. 17 Codice p.o.): sul punto v. T. BIAGIONI, Il contrasto alle discriminazioni di genere diventa “eventuale”, in *IlFattoQuotidiano.it/blog*, 23 settembre 2015. Ma già precedentemente non mancavano testimonianze sulla difficoltà di operare delle Consigliere dovute alla scarsità di fondi a fronte dell’esercizio di rilevanti doveri istituzionali: si vedano, ad esempio, gli ultimi Rapporti annuali sull’attività svolta redatti dalla Consigliera di parità per l’Emilia Romagna (www.regione.emilia-romagna.it/consigliere-di-parita), nonché T. MAIONE, Consigliere di parità o dame di carità?, in www.in-genere.it, 7 ottobre 2014. V. ora il Dossier Lo stato delle pari opportunità, in www.ingenere.it. Sul ruolo delle Consigliere e delle altre istituzioni di parità come disegnato nel d.lgs. 198/2006 e i relativi nodi critici cfr. F. GUARRIELLO, Il ruolo delle istituzioni e della società civile, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. BARBERA, Milano, Giuffrè, 2007, p. 467, spec. p. 484 ss.

⁹⁸¹ Tutt’al più sollecitati da datori di lavoro che hanno interesse a farlo, per non rischiare rivendicazioni tardive nel caso di dimissioni che restino “sospese” senza convalida: la legge continua infatti a disinteressarsi del problema, così come non risolve, nel nuovo regime generale, quello delle dimissioni presentate irrualmente (senza modulo telematico), nonostante fosse indicata, fra i criteri della delega (l. 183/2014, art. 1, co. 6, lett. g), la “necessità di assicurare la certezza della cessazione del rapporto nel caso di comportamento concludente in tal senso del lavoratore o della lavoratrice”. Nella (abrogata) disciplina generale della legge 92/2012, invece, il rapporto di lavoro si intendeva risolto se il lavoratore non rispondeva entro sette giorni all’invito del datore a formalizzare le dimissioni nei modi previsti dalla legge (art. 4, co. 19). Sul punto, con riferimento al solo regime generale, cfr. PROIA, La nuova disciplina delle dimissioni, cit., p. 14.

e la tutela della loro libertà e dignità è affidata a funzionari amministrativi, con la – eventuale e non formalizzata – possibilità di rivolgersi a un'istituzione di garanzia.

Come si è già ricordato, per le dimissioni e le risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri (e dei lavoratori padri) la legge 92/2012 ha esteso temporalmente l'operatività del controllo mediante convalida portandolo fino al compimento del terzo anno di età del figlio, ha allargato il controllo alle risoluzioni consensuali, ha chiarito che la convalida costituisce condizione sospensiva degli effetti delle dimissioni. Dal punto di vista qui prescelto, la prima delle innovazioni citate è particolarmente densa di conseguenze. Essa comporta infatti una sfasatura temporale fra l'operatività del divieto di licenziamento, che resta ferma al primo anno (*ex art. 55, co. 1, d.lgs. 151/2000*, con la conseguente attribuzione solo in quel periodo, anche in caso di dimissioni, di tutte le indennità, Aspi – ora Naspi – inclusa: cfr. Min. Lavoro, *Interpello* n. 6/2013), e l'applicazione di una procedura di convalida configurantesi sempre come “speciale” e “rafforzata” (così, ancora, l'*Interpello* n. 6/2013): sia, nel regime della legge Fornero, rispetto a quella che era prevista come generale (ora abrogata), sia oggi, dopo l'entrata in vigore dell'art. 26, d.lgs. 151/2015, rispetto alla regola della presentazione delle dimissioni attraverso il modulo telematico. Insomma, il compimento del primo anno del figlio continua a essere il momento più critico (soprattutto) per la lavoratrice madre: sia per il mantenimento del posto di lavoro, perché è lì che viene a mancare lo scudo del divieto di licenziamento; sia per il sostegno al reddito in caso di cessazione volontaria, perché quell'insieme di garanzie economiche cade. Ma l'obbligo di convalida sopravvive per altri due anni alla fine del divieto. È allora ragionevole ritenere che la *ratio* della disposizione in materia di convalida, prima leggibile soprattutto in chiave antielusiva del divieto di licenziamento, risulti arricchita a seguito di quella estensione, in due sensi:

a) in un senso più marcatamente promozionale della fruizione dei diritti di conciliazione fra lavoro e compiti di cura: incidentalmente, i tre anni di vita del figlio coincidevano, al momento dell'entrata in vigore della l. 92/2012, con l'intervallo di tempo nel quale il congedo parentale fruiva dell'indennizzo; tale intervallo è ora ampliato fino al sesto anno ad opera del d. lgs. 80/2015, attuativo della delega in materia di conciliazione contenuta nell'art. 1, co. 8 e 9, l. 183/2014, ma è indubbio che i primi tre anni siano quelli nei quali prevalentemente si concentrano le esigenze di tempo flessibile per la cura e le richieste di congedi e permessi; più in generale, dal punto di vista conoscitivo, l'estensione dell'obbligo di convalida al primo triennio di vita del figlio si candida anche a rappresentare un'interfaccia – sotto forma di monitoraggio indiretto – della funzionalità sul territorio dei servizi per la prima infanzia raffrontati alle esigenze lavorative dei genitori;

b) nel senso di un sicuro allargamento della garanzia rappresentata dall'obbligo di convalida al padre lavoratore in forma autonoma: infatti il testo della disposizione risolve e supera le incertezze interpretative in proposito, nonché la tesi contraria espressa dalla Cassazione precedentemente alla legge 92⁹⁸², quando il riferimento al “lavoratore padre” era inteso, in senso restrittivo, come riguardante i soli lavoratori che avessero fruito del congedo di paternità, e in quanto tali fossero beneficiari del divieto di licenziamento.

⁹⁸² Cass. 11 luglio 2012, n. 11676, in Riv. giur. lav., 2013, II, p. 66, con nota di S. MAGNIFICO, Il recesso del padre lavoratore tra convalida amministrativa e parificazione dei ruoli genitoriali.

La sfasatura introdotta fra il periodo in cui opera il divieto di licenziamento e quello in cui sussiste l'obbligo di convalida delle dimissioni e della risoluzione consensuale suggerisce poi qualche riflessione ulteriore.

Precedentemente, come ricordato poc'anzi, le conseguenze economiche delle dimissioni presentate e convalidate nel "periodo protetto" erano quelle previste per il caso di licenziamento (corresponsione alla lavoratrice dell'indennità di preavviso e diritto al trattamento di disoccupazione): dunque sarebbe stato irrilevante, a tali fini, che le dimissioni fossero qualificabili come "volontarie" o per giusta causa. Il fatto che ora l'obbligo di convalida si protragga per due anni dopo la fine del periodo protetto dal divieto di licenziamento introduce una situazione nuova: nell'arco di quei due anni le conseguenze economiche delle dimissioni tornano a differenziarsi poiché per lavoratrici e lavoratori che si dimettono "volontariamente" ritorna operante l'ordinario obbligo di preavviso e non ci sarà il diritto a percepire trattamenti di disoccupazione⁹⁸³. Solo le dimissioni per giusta causa, oltre a non comportare obbligo di preavviso, danno accesso ai trattamenti propri della disoccupazione involontaria⁹⁸⁴. Si potrebbe obiettare che le dimissioni per giusta causa non rientrano nell'argomento perché la convalida si applica, testualmente, solo alle dimissioni "volontarie": ma non è questo il punto. È importante osservare, piuttosto, che nelle situazioni di maggiore vulnerabilità del soggetto dimissionario la riconducibilità all'una o all'altra delle fattispecie (dimissioni volontarie "in senso stretto" o dimissioni per giusta causa) potrebbe non essere sempre certa e univoca.

⁹⁸³ Sia pure con qualche dubbio, M.V. BALLESTRERO (Le dimissioni tra libertà e costrizione, cit., p. 8 s. del dattiloscritto) sembra invece propendere per la possibilità che al lavoratore/alla lavoratrice che si dimettono "volontariamente" nell'arco di quel biennio siano attribuiti i trattamenti di disoccupazione, argomentando dal silenzio della legge sul punto (che si esprime solo sul preavviso, e dunque, implicitamente, sulla relativa indennità, con lo "spostamento" della disposizione dal comma 5 – abrogato – al comma 1 dell'art. 55, d.lgs. n. 151/2001: cfr. supra, nota 32), e più ancora dalla considerazione che per tutto l'arco di tempo in cui vige l'obbligo di convalida perdurerebbe "la stessa presunzione di non spontaneità delle dimissioni su cui si fonda la previsione dei trattamenti assicurati alla lavoratrice e al lavoratore nel periodo coperto dal divieto di licenziamento". Particolarmente interessante la giurisprudenza a sostegno, che, riferita però al periodo protetto dal divieto (primo anno di vita del figlio), afferma che la presunzione di involontarietà della disoccupazione/di non spontaneità delle dimissioni è assoluta e non poggia necessariamente su una ratio antielusiva del divieto di licenziamento, bensì, più in generale, sul fatto che le dimissioni anche volontarie "si ritengono dettate da ragioni collegate alla specifica situazione, che induce a privilegiare esigenze di tutela della prole rispetto alla stabilità dell'occupazione": così Cass., 3 marzo 2014, n. 4919, (in Riv. it. dir. lav., 2014, II, p. 770, con nota di D. CIMMINIELLO), che considera per di più ininfluente il fatto che, nel caso di specie, alla base della decisione di recedere ci fosse la prospettiva di assunzione presso un altro datore di lavoro. Se già per quel primo anno si afferma una ratio così estesa, l'ampliamento dell'obbligo di convalida fino al terzo anno del figlio non potrebbe che suonare come un rafforzamento della tesi della "involontarietà" dello stato di disoccupazione che deriva da "queste" dimissioni, presentate in condizioni che si ritengono presuntivamente caratterizzate da difficoltà conciliative e/o di reimpiego. Non la pensa così il Ministero (cfr. ancora l'Interpello n. 6/2013, che valorizza il dato testuale dell'art. 55, primo comma), né, ciò che più conta, il legislatore: il quale non modifica i termini della questione nemmeno in sede di normativa sulla Naspi: il d. lgs. n. 22/2015, art. 3 lascia immutato, ai fini del riconoscimento dell'indennità, il requisito dell'involontarietà della disoccupazione (co.1), con le sole eccezioni delle dimissioni per giusta causa e della risoluzione consensuale del rapporto intervenuta nell'ambito della "conciliazione preventiva" prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (ex art. 7 l. 604/1966 come modificato dall'art.1, co. 40 della l. 92/2012 e ora applicabile ai soli lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015), ipotesi alla quale va ora aggiunta quella della accettazione da parte del lavoratore, dell'"offerta di conciliazione" di cui all'art. 6 del d. lgs. 23/2015 (caso, peraltro, in cui il titolo della risoluzione del rapporto resta, in realtà, il licenziamento: cfr. Min. lavoro, risposta a Interpello n. 13/2015). Anche non volendo considerare sostenibile la tesi della presunzione assoluta di involontarietà, per la difficoltà di superare la lettera delle norme sopra citate, resta l'evidenza di una smagliatura nella normativa: mentre infatti è ragionevole che il diritto alla indennità di preavviso, gravante sul datore di lavoro, resti legato a doppio filo con il divieto di licenziamento e non si protragga oltre la fine di quello, non altrettanto coerente è il venir meno del sostegno (pubblico) al reddito lungo tutto il periodo in cui l'esistenza stessa dell'obbligo di convalidare le dimissioni attesta la particolare delicatezza della situazione del lavoratore e della lavoratrice.

⁹⁸⁴ Corte Cost., sent. n. 269/2002.

Il legislatore dà, in modo invero un po' criptico, una sua indicazione. Infatti quella finestra temporale di due anni in cui, caduto il divieto di licenziamento, l'unica tutela specifica è rappresentata dall'obbligo di convalida, se non può definirsi propriamente come periodo "protetto", è tuttavia riconosciuto *almeno* come "periodo sospetto", caratterizzato normalmente da esigenze conciliative che persistono e da una vulnerabilità che può esporre a rischi tipici e riconoscibili di manipolazione o di condizionamento della volontà. È sufficiente pensare a certe pratiche di emarginazione, messe in atto in particolare con l'inasprimento delle condizioni di lavoro al rientro dai congedi, sotto forma di mancata valorizzazione professionale, mutamenti di mansioni, accentuata gravosità dei compiti assegnati, spostamenti di luogo di lavoro, e così via: vicende per lo più "a formazione progressiva", e nelle quali i profili discriminatori – così come l'eventuale ricostruzione in termini di vera e propria strategia di esclusione e di *mobbing* – sono difficili da individuare e ancor più da dimostrare. In situazioni simili, in cui le difficoltà di conciliazione fra il lavoro e i nuovi compiti di cura si sommano ad asperità crescenti incontrate sul posto di lavoro, può accadere che la volontà di dimettersi, quando si manifesta, sia attribuita a una "insostenibilità" oggettiva le cui cause spesso si mescolano e si confondono: ma la volontà in quanto tale appare il più delle volte ferma e "genuina", e le dimissioni – "volontarie" – possono anche reggere il confronto con la convalida, e dunque, una volta convalidate, comportare – dato il prevalere della lettura restrittiva della nozione di "disoccupazione involontaria"⁹⁸⁵ – l'impossibilità di percepire trattamenti di sostegno al reddito. Eppure alcune delle situazioni appena ricordate (quelle stesse che le consigliere di parità rilevano, per esempio, come problemi ricorrenti di molte lavoratrici al rientro dai congedi) le ritroviamo nella casistica giurisprudenziale in materia di dimissioni per giusta causa e nell'elenco esemplificativo di ipotesi di "giusta causa" di dimissioni che anche l'INPS ha da tempo recepito nelle circolari in materia di spettanza dei trattamenti di disoccupazione involontaria⁹⁸⁶. In altre parole, come ci sono dimissioni "volontarie" che tali non sono perché la volontà è chiaramente estorta, ce ne sono altre dietro le quali potrebbero in realtà celarsi i presupposti per la giusta causa se solo uno sguardo attento li volesse vedere, e c'è un periodo, considerato sotto questo profilo particolarmente "sensibile", in cui l'istituto della convalida dà, per così dire, veste giuridica e fattibilità tecnica a quello sguardo.

D'altra parte, la possibilità che, nel caso in cui vengano individuati i presupposti per la giusta causa in sede di convalida, le dimissioni presentate come "volontarie" siano "ritirate" e ripresentate con la nuova qualificazione, non sembra debba incontrare veri ostacoli di carattere giuridico: non sotto il profilo del mutamento di titolo di un atto di dimissioni i cui effetti sono sospesi e non potrebbero manifestarsi se non con la convalida; né sotto il profilo della carenza del requisito dell'immediatezza: requisito che, nel caso del recesso del dipendente, va valutato, come prevalentemente affermano giurisprudenza e dottrina, in stretta connessione col caso concreto, e in generale con un rigore che risulta stemperato dalla considerazione dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto⁹⁸⁷.

Oltre alla sfasatura temporale di cui si è detto, nel testo dell'art. 55 del d.lgs. 151/2001 modificato dalla legge Fornero acquista risalto un altro aspetto, relativo ad alcune conseguenze che restano differenziate in base alla natura dell'atto di risoluzione del contratto di lavoro. L'equiparazione

⁹⁸⁵ V. nota 36.

⁹⁸⁶ Da ultima la circ. n. 94 del 12 maggio 2015. Per i riferimenti alla giurisprudenza v. DEL CONTE, Le dimissioni, cit., p. 77 ss.

⁹⁸⁷ V. ancora DEL CONTE, Le dimissioni, cit., p. 75 s.

delle dimissioni alle risoluzioni consensuali riguarda infatti unicamente la sottoposizione all'obbligo di convalida (comma 4), mentre *solo* le "dimissioni volontarie" (comma 1) danno diritto, nella vigenza del divieto di licenziamento, alle relative indennità economiche (preavviso e disoccupazione). Nulla cambia, cioè, rispetto a quanto accadeva prima della legge 92, con la differenza che, ora, l'obbligo di convalidare *anche* le risoluzioni consensuali eventualmente sottoscritte nella vigenza del divieto di licenziamento assegna al funzionario addetto alla convalida la delicata funzione di verificare che la lavoratrice/il lavoratore siano ben consapevoli della scelta compiuta anche sotto il profilo della congruità economica della compensazione ricevuta dal datore di lavoro confrontata con la rinuncia alle indennità di legge⁹⁸⁸: tanto più se si considera che il datore potrebbe essere indotto a incoraggiare l'uscita della lavoratrice proponendo una risoluzione consensuale anche dal fatto che questa, esonerandolo (a differenza delle dimissioni) dal "contributo Nасpi" gli consentirebbe di porre fine al contratto con un esborso ridotto⁹⁸⁹.

Come si è cercato di mostrare, dunque, ci sono più ragioni per sostenere che l'innovazione introdotta dalla legge Fornero va al di là del mero allargamento – temporale, soggettivo e oggettivo – dell'obbligo di convalida: o, meglio, che l'estensione (dai più giudicata, in quanto tale, positivamente) ha implicazioni ben più pervasive sul piano qualitativo, poiché il rafforzamento della procedura di convalida ne accentua il carattere di tecnica spiccatamente polifunzionale. Verificare in concreto se tali innovazioni abbiano provocato l'introduzione di mutamenti nelle prassi amministrative di convalida non è facile: sarà, al più, una ricerca di indizi.

Sappiamo che dal 1976 in avanti la tecnica della convalida si è progressivamente affinata: arrivando agli anni recenti, le modalità per condurre l'intervista di convalida, basate su un modello ministeriale standard introdotto nel 2009, sono state di nuovo modificate nel 2013 e, da ultimo, alla fine del 2015; ci si è chiesti se, al di là dell'incremento numerico dei soggetti interessati (dovuto sia alla presenza dei padri lavoratori sia alla maggior durata del periodo di obbligatorietà)

⁹⁸⁸ L'applicazione estensiva alle risoluzioni consensuali dell'obbligo di convalida (previsto per le sole dimissioni dall'art. 55, co. 4, vecchio testo) era stata già sostenuta dalla Cassazione (con riferimento a un caso verificatosi prima dell'entrata in vigore della legge 92/2012 e riguardante una risoluzione consensuale nel periodo protetto dal divieto di licenziamento): con una sentenza – "costituzionalmente orientata al rispetto dell'art. 37 Cost." – nella quale si sottolineava l'omogeneità delle due situazioni rispetto alla medesima esigenza di tutela e, per contro, il rischio di facile elusione dalle finalità della norma insito in una lettura restrittiva che escludesse dal controllo ispettivo le risoluzioni consensuali (Cass., 11 giugno 2015, n. 12128, in Riv. it. dir. lav., 2016, II, p. 129, con nota di M. SALVALAI). Ci si può chiedere (ma non risulta che il problema sia stato sollevato in sede ministeriale) se – posto che ora dimissioni e risoluzioni consensuali sono definitivamente riconosciute come meritevoli della stessa attenzione "di garanzia" – si giustifichi il diverso trattamento riservato alle due situazioni sotto il profilo della natura – "involontaria" in un caso, "volontaria" nell'altro – dello stato di disoccupazione che ne deriva, quando intervengono nel periodo protetto dal divieto di licenziamento. Infatti, se si presume che le dimissioni rassegnate nello stesso periodo diano luogo a disoccupazione involontaria non perché siano state necessariamente estorte, ma perché decise in una circostanza in cui la preoccupazione della cura del figlio prevale su quella per il mantenimento del posto di lavoro (cfr. ancora Cass. n. 4919/2014, cit. alla nota 36), si dovrebbe concludere che l'"incoraggiamento" – anche economico – alla risoluzione del rapporto rappresentato dal consenso del datore di lavoro non basta a mutare il carattere dello stato di disoccupazione che ne deriva, e dunque non dovrebbe comportare la esclusione dal relativo sostegno al reddito. Occorre ammettere però che, se si accedesse a una nuova interpretazione estensiva riconoscendo il diritto alla Nасpi anche in caso di risoluzione consensuale del rapporto nel periodo protetto dal divieto di licenziamento, si finirebbe con l'orientare lavoratrici e lavoratori alla sottoscrizione di accordi risolutivi nei quali ad avvantaggiarsi sarebbe soprattutto il datore di lavoro desideroso di chiudere (in anticipo e con il minore sforzo) un rapporto di lavoro che prelude, anche allo spirare del divieto di licenziamento, alla fruizione di un consistente pacchetto di diritti futuri. Una conclusione, questa, che avvalorava l'idea della centralità della procedura di convalida come "luogo" di verifica, oltre che della volontà genuina, della consapevolezza della titolarità dei diritti.

⁹⁸⁹ Il c.d. "ticket licenziamento", dovuto "nei casi di interruzione di un rapporto di lavoro ... per le causali che ... darebbero diritto" al trattamento di disoccupazione (art. 4, co. 31, legge 92/2012).

qualcos'altro sia cambiato, per esempio in termini di maggiore ricchezza informativa, più attenzione all'aspetto preventivo/promozionale, maggior rigore e/o tempo dedicato, migliore consapevolezza degli operatori e sensibilizzazione degli utenti.

4.1. Sulle modalità e sulla qualità della procedura di convalida.

Il cuore della procedura di convalida è il colloquio che si svolge fra la lavoratrice o il lavoratore dimissionari e il funzionario della DTL: perciò è fondamentale sapere quali siano le prassi più seguite e verificarne la coerenza con la *ratio* della normativa. Nella quale, peraltro, non si trovano indicazioni sulle modalità di effettuazione della convalida, limitandosi la legge a identificare nel "servizio ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali competente per territorio" il soggetto amministrativo abilitato a compierla (art. 55, co. 4, d.lgs. 151/2001). A questo proposito, come si è verificato, il riferimento al "servizio ispettivo" non è letto in modo univoco e spesso prevale l'interpretazione meno stringente, cosicché se in alcune DTL i colloqui di convalida sono svolti da ispettori, in altre – e sembra essere la regola – sono condotti da funzionari amministrativi: prassi diverse che possono indicare visioni diverse del ruolo della procedura e, di conseguenza, imprimere "stili" diversi al colloquio di convalida.

Comunque, anche in assenza di indicazioni legislative o regolamentari, nei documenti ministeriali l'esigenza di "dare consistenza" alla procedura di convalida, e di garantire l'uniformità dei comportamenti operativi sul piano territoriale, emerge progressivamente e con chiarezza. Così, ad esempio, in una lettera circolare del giugno 2007 – non casualmente coeva alla sottoscrizione di un Protocollo di collaborazione fra la DG per l'Attività ispettiva del Ministero del lavoro con la Rete delle Consigliere di parità – si invitano gli uffici a dedicare "particolare attenzione ... alla valutazione della effettiva volontà del soggetto al momento della presentazione delle sue dimissioni", ammonendo che la spontaneità dell'atto non può desumersi dal semplice esame del documento ma "deve emergere necessariamente da un colloquio diretto con il lavoratore o la lavoratrice interessata", e insistendo in particolare sull'esigenza di convocare sempre e comunque la lavoratrice o il lavoratore, come modalità minima indispensabile, non potendosi mai considerare sufficiente "l'acquisizione di una mera conferma scritta delle dimissioni": segno presumibile della preesistenza, sul piano territoriale, di prassi difformi e meno "esigenti".

Ma è solo a partire dal 2009 che la procedura di convalida comincia a seguire modalità analiticamente predefinite e uniformi. Infatti, uno dei risultati prodotti dal Tavolo tecnico di studio istituito in base al citato Protocollo del giugno 2007 fra Direzione generale per l'Attività ispettiva e Rete nazionale delle Consigliere fu l'elaborazione di un *modello* standardizzato per la dichiarazione di dimissioni rese ex art. 55 d.lgs. 151/2001 dalla lavoratrice madre (e dal lavoratore padre), a cui si aggiunge un *report* nel quale ciascuna DTL deve raccogliere i dati annuali relativi alle dimissioni sulla base delle informazioni ricevute nel corso di ciascun colloquio di convalida⁹⁹⁰. Quella prima versione del modello è stata in uso fino al 2013. Anche a seguito dell'estensione dell'obbligo di convalida introdotto dalla l. 92/2012 sono poi state apportate, al modulo e al *report*, alcune modifiche e integrazioni. La versione resa operativa nel gennaio 2014 (cui ne seguirà un'altra, in uso

⁹⁹⁰ Modello e report sono stati resi operativi con Lettera circolare (prot. 25/II/2840) del 26 febbraio 2009 della Direzione generale per l'Attività ispettiva.

dal 2016)⁹⁹¹ è quella che è stata oggetto specifico di attenzione nel corso della ricerca e sulle cui caratteristiche sono state formulate alcune delle domande poi rivolte ai direttori delle DTL.

Possiamo dunque dire che l'utilizzazione di tale modello standardizzato rappresenta il tratto caratterizzante della procedura di convalida da parte degli operatori delle DTL. Si tratta di un modello complesso e fitto di informazioni, da erogare e da raccogliere.

Chi si dimette, infatti, deve innanzitutto ricevere le informazioni necessarie in ordine ai propri diritti per assumere una decisione – oltre che libera da pressioni o condizionamenti da parte del datore di lavoro – pienamente consapevole; ma è invitato a sua volta a fornire informazioni: sulla propria condizione genitoriale (numero e, dal 2014, età dei figli), sulle dimensioni dell'azienda e sul settore produttivo, sulle caratteristiche del proprio contratto di lavoro (qualifica, mansioni ed eventuali modifiche recenti di queste, orario ed eventuali richieste di part-time o di flessibilità temporale accolte o rifiutate dal datore di lavoro), sull'eventuale percepimento di incentivi alle dimissioni e, soprattutto, sulle motivazioni della decisione assunta. Queste ultime sono tipizzate in una lista semichiusa: *a)* incompatibilità tra lavoro e cura del figlio (a causa del mancato accoglimento al nido, o dell'assenza di supporti familiari, o degli eccessivi costi dei servizi per l'infanzia); *b)* passaggio ad altra azienda; *c)* mancata concessione, da parte del datore di lavoro, di part time, flessibilità temporale o cambio di turno; *d)* desiderio di curare la prole in maniera esclusiva; *e)* cambio di residenza, distanza dal luogo di lavoro, ricongiungimento col coniuge; *f)* chiusura, cessazione, trasferimento d'azienda (*sic!*); "altro". È questo insieme di informazioni che, oltre a preconstituire di fatto i passaggi di un elementare percorso istruttorio che porterà a convalidare (o a non convalidare) le dimissioni, verrà trasferito in forma aggregata nel *report* (corrispondente anch'esso a un modello ministeriale standardizzato) elaborato annualmente da ciascuna DTL, i cui dati confluiranno nella *Relazione* annuale nazionale sull'andamento delle dimissioni/risoluzioni consensuali di lavoratrici madri/lavoratori padri, redatta, fino al 2016, a cura della Direzione generale per l'Attività ispettiva del Ministero del lavoro⁹⁹².

Nell'ambito del colloquio il modulo ministeriale assume sempre, sia pure con possibili accentuazioni diverse a seconda delle modalità con cui viene proposto al lavoratore dal funzionario addetto alla convalida, ruoli e finalità multiple.

a) Innanzitutto, si tratta di uno strumento di *erogazione sicura delle informazioni* alla lavoratrice o al lavoratore dimissionario: infatti il modulo si apre con una parte informativa in cui sono sintetizzati i diritti collegati alla maternità/paternità (divieto di licenziamento, congedi di maternità e parentali, riposi e permessi, inidoneità delle dimissioni non convalidate a risolvere il rapporto fino al terzo anno di vita del bambino, diritto alle indennità previste per il licenziamento anche in caso di convalida delle dimissioni: su quest'ultimo punto il modulo in uso dal 2014 non specifica però in modo chiaro – se non col riferimento all'art. 55, co.1 del d.lgs. 151/2001 – che tale diritto cessa

⁹⁹¹ La versione del modello in uso dal 2014 (sulla quale si è basata la ricerca) è stata diffusa con Nota del Ministero del lavoro n. 21490 del 9 dicembre 2013; la versione successiva, trasmessa alle DTL con lettera della DG per l'Attività ispettiva del 18 dicembre 2015 (prot. 37/0022350) è operativa dal gennaio 2016. Per l'analisi del nuovo modello, ampiamente integrato rispetto al precedente, v. *infra*, par. 4.3.

⁹⁹² La Relazione pubblicata nel giugno 2016 è quella relativa ai dati dell'anno 2015. A partire dal 2017 (dati 2016) la Relazione è redatta, in sostanziale continuità, dalla Direzione centrale vigilanza, affari legali e contenzioso dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

al compimento del primo anno del figlio!); e si chiude con l'informazione relativa alla possibilità di rivolgersi alla Consigliera di parità presente sul territorio. Gli interlocutori intervistati riferiscono che in generale le lavoratrici, tranne pochissimi casi, sono di solito abbastanza informate (e arrivano convinte della scelta): anche perché spesso non è il primo contatto che hanno con la DTL, avendo già chiesto l'anticipazione della astensione dal lavoro o il prolungamento per rischio lavorativo⁹⁹³. Alla buona consapevolezza circa i diritti di base connessi alle posizioni dei singoli si contrappone invece una percezione scarsa sul significato sostanziale della procedura di convalida – alla quale ci si accosta, prevalentemente, con l'atteggiamento di chi deve compiere un adempimento burocratico – e sui diritti a questa connessi, nonché sulla possibilità di far intervenire la Consigliera di parità.

b) Centrale è poi la funzione di *guida e standardizzazione dell'intervista/colloquio* di convalida che l'uso di quel modello finisce con l'assumere: di fatto, perché ai fini "stretti" della convalida il funzionario potrebbe anche discostarsene, nulla disponendo la legge in proposito, ma non è quanto normalmente accade. Qui risiede, al tempo stesso, la garanzia e l'ambiguità del procedimento. Da un lato, infatti, c'è la garanzia per la lavoratrice (il lavoratore) nei confronti del rischio di un colloquio superficiale o sbrigativo: una sorta di "protocollo sanitario" che il funzionario addetto seguirà per esser certo di non trascurare nulla; dall'altro lato, però, esiste anche un rischio connesso proprio alla standardizzazione del colloquio, quando essa diventa così spinta da indurre ad accontentarsi comunque di quella accurata disaggregazione di *items*, fra l'informativo e l'inquisitorio. Di qui le domande più significative che sono state rivolte, nel corso della ricerca, agli interlocutori privilegiati (direttori/funzionari DTL): a cosa serve in realtà il modulo (oltre che a predisporre le voci per le successive elaborazioni statistiche)? È una guida per approfondire il colloquio, o finisce – burocraticamente – per sostituirsi ad esso? Certo, come ci è stato sempre risposto, il lavoratore o la lavoratrice non vengono mai lasciati soli di fronte a un "modello" complesso e talmente fitto di voci da scoraggiare anche i meno sprovveduti; ma le risposte si sono fatte via via più sfumate quando si è chiesto se tutto finisce con la compilazione "assistita" o se viene sempre svolta una – ancorché semplificata – attività istruttoria partendo dalle informazioni così raccolte; o quando, alla domanda diretta sulla durata standard dei colloqui di convalida, si è risposto che si aggira sui 10-20 minuti, aggiungendo spesso, a mo' di rassicurazione, che l'esperienza e l'intuito del funzionario (che quasi mai è un ispettore, come abbiamo detto) consentono di cogliere se "qualcosa non va" nelle asserzioni della lavoratrice/del lavoratore e, se è il caso, di approfondire (e qui i percorsi possono diversificarsi: intervento della consigliera di parità, conciliazione, denuncia, ispezione...) ⁹⁹⁴: caso raro, peraltro, e più raro ancora che si arrivi a non convalidare. Così molti dubbi restano: sul ruolo dell'operatore della DTL e sulla sua preparazione a svolgerlo; sul coinvolgimento – in generale scarso, mai sistematico – delle Consigliere di parità; sulla stessa formulazione, talora ambigua e certamente insufficiente, di quell'elenco di risposte e motivazioni multiple sottoposte alla lavoratrice/al lavoratore (*infra*, par. 4.2.). Per esempio, offrire a una lavoratrice, come possibile risposta preconfezionata, la motivazione "desiderio di cura della prole in

⁹⁹³ Fa riflettere in proposito il fatto che molte dimissioni riguardino lavori disagiati – servizi alla persona, pulizie – e che in generale il fattore disagio prevalga sugli altri: in particolare sul fattore dimensione dell'azienda, che può essere concomitante, ma non, come si potrebbe pensare, determinante in ragione della "personalizzazione" del rapporto e della presunta maggiore incidenza del potere di condizionamento.

⁹⁹⁴ Sorprende un po' che nessuno lamenti come problema il carico di lavoro aggiuntivo – per lo più a risorse immutate – o segnali per le DTL conseguenze significative sul piano organizzativo, a seguito delle innovazioni introdotte dalla legge 92/2012 con la consistente estensione dell'obbligo di convalida (al compimento del terzo anno di vita del figlio, ai padri, ai casi di risoluzione consensuale).

maniera esclusiva” appare fuorviante, non perché la scelta di dimettersi per il desiderio di occuparsi dei figli a tempo pieno sia inverosimile, ma perché tale risposta, presentandosi come l’unica idonea, nella sua intrinseca insindacabilità, a “chiudere” il colloquio con il funzionario senza ulteriori domande, si presta a meraviglia a oscurare altre possibili ragioni, magari meno facili e sbri-gative da esprimere: il rischio è che ne risulti vanificata una occasione importante di emersione di situazioni “vere” e difficili.

Quello del coinvolgimento delle Consigliere di parità appare uno dei punti dolenti della procedura: tutti gli intervistati ne riconoscono (e non potrebbe essere altrimenti) l’importanza, tutti affermano che l’informazione sulla possibilità di rivolgersi alla Consigliera viene regolarmente data, tutti riconoscono che l’intervento è sporadico e non ha caratteri di sistematicità. Sul “se” e “come” l’intervento sia sollecitato le risposte presentano sfumature difforni: si dice che la si coinvolge “quando serve”, preferibilmente invitando la lavoratrice a farlo, piuttosto che farlo direttamente; e che, se serve, il coinvolgimento avviene più spesso nella fase preliminare e informativa; che vengono forniti tutti i riferimenti telefonici o logistici per un contatto diretto; ma che poi non si è in grado di appurare se la lavoratrice, prima o dopo il colloquio, abbia utilizzato questa possibilità. In una sola sede è stata riservata una stanza per i colloqui con la Consigliera, ma pare si sia rivelata una modalità poco praticabile.

c) Infine, modello e *report* sono, come si è detto, strumenti per la *raccolta di informazioni destinate all’elaborazione statistica* per la migliore conoscenza dell’andamento delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali dei lavoratori genitori nell’arco temporale in cui vige l’obbligo di convalida. L’estensione, soggettiva e temporale, di tale obbligo ha comportato di per sé un arricchimento della rilevanza statistica delle informazioni così raccolte e costituisce una ulteriore e indiretta conferma del carattere anche latamente prevenzionale della procedura di convalida: è infatti incontestabile che la miglior conoscenza del fenomeno dimissioni sia uno dei presupposti per la predisposizione di migliori strumenti di conciliazione fra lavoro professionale e compiti di cura. Occorre però avvertire, riprendendo in parte i dubbi espressi *sub b)*, che questo aspetto va considerato con attenzione e con cautela, per due ragioni. In primo luogo perché nel corso della ricerca si sono evidenziati, nelle modalità di acquisizione delle informazioni e nella loro elaborazione, alcuni profili contraddittori o ambigui, che si prestano a diverse osservazioni critiche (di cui si darà conto nei paragrafi che seguono). In secondo luogo perché la funzione conoscitiva generale, per quanto importante, riveste comunque un carattere accessorio rispetto alla *ratio* della procedura, che resta principalmente quella di tutelare la singola lavoratrice/il singolo lavoratore dimissionari nei confronti di eventuali abusi e di fornire loro gli strumenti conoscitivi più adatti ad affrontare *quella* situazione concreta: si avverte, in altre parole, il rischio che quel progressivo arricchimento informativo sia inteso principalmente (se non esclusivamente) nel senso dell’affinamento della rilevazione statistica, senza apprezzabili conseguenze migliorative su quello che dovrebbe essere, nella logica della legge, il compito precipuo del servizio ispettivo, e cioè l’apprezzamento e la valutazione del caso concreto da parte del funzionario. Sapere, per esempio, che, in un numero non trascurabile di casi, le dimissioni sono state conseguenti a mutamenti significativi di mansioni, o a irrigidimenti in materia di orario di lavoro è certo un dato aggregato significativo per lo studio del fenomeno. Ma, restando all’esempio, la finalità principale per la quale si chiede alla lavoratrice/al lavoratore se le sue mansioni sono state recentemente modificate in modo significativo (o se l’orario di lavoro si è fatto più pesante, o se sono state rifiutate richieste di flessibilità oraria che avrebbero agevolato la possibilità di conciliare lavoro e cura e dunque, forse, evitato la scelta

di dimettersi, ecc.) deve restare quella della miglior conoscenza possibile di *quel* caso: il cui esito troverà certo alla fine un'espressione sintetica nell'alternativa fra convalida e mancata convalida, ma, finché è in corso la procedura, deve mantenersi aperto a una pluralità di interventi diversi (dall'indagine ispettiva nei casi di più forte sospetto di comportamenti datoriali *contra legem*, al tentativo di conciliazione, all'intervento della consigliera di parità, al ripensamento dell'interessato/a, all'eventuale riconoscimento dell'esistenza di giusta causa in dimissioni presentate originariamente come volontarie).

È naturale che si affacci a questo punto il dubbio di aver caricato di compiti non suoi il controllo mediante convalida previsto per le dimissioni dei lavoratori genitori; così come ci si può chiedere se un colloquio che ha assunto, nelle prassi standardizzate attraverso l'uso del questionario ministeriale, un tale livello di pervasività non rischi di apparire, al lavoratore e alla lavoratrice dimissionari, perfino poco coerente con il principio dell'insindacabilità dei motivi delle dimissioni⁹⁹⁵. Si può rispondere innanzitutto che la prospettiva della polifunzionalità della convalida appare invece la sola coerente con le scelte del legislatore di mantenerla e di estenderla; aggiungendo però che questo strumento esige particolari attenzioni, un vero e proprio esercizio di adattamento a quel progressivo arricchimento funzionale, il che include la cura affinché tale pluralità di obiettivi sia percepita dai destinatari: diversamente la convalida rischia di degradare da tecnica di garanzia e di inclusione a mero momento di monitoraggio del fenomeno, o, peggio, a semplice (eppure invasivo) passaggio burocratico, riproducendo per la lavoratrice/il lavoratore interessati la solita condizione di "solitudine", e per di più all'interno della forma di protezione ritenuta più intensa.

4.2. L'attenzione per il fenomeno e le statistiche: quello che i dati non dicono.

Il risultato più visibile della standardizzazione della procedura di convalida per le dimissioni dei genitori lavoratori – attraverso l'impiego di versioni via via più complesse del modello ministeriale di colloquio – è la raccolta di informazioni quali-quantitative sempre più articolate che consentono l'elaborazione statistica dei dati a livello nazionale e locale. La comunicazione, anche mediatica, delle statistiche sulle "dimissioni delle lavoratrici madri" (così "passa" inevitabilmente il messaggio, restando i padri sullo sfondo) accende periodicamente l'attenzione soprattutto sul fenomeno delle "rinunce al lavoro" delle madri: termometro evidente, ancorché parziale, dello stato di salute delle politiche – pubbliche innanzitutto, includendovi la politica legislativa, ma anche aziendali – di conciliazione fra lavoro e compiti di cura.

I dati sono riportati nel *report* a cura di ciascuna DTL; quindi, raccolti a livello regionale e messi a disposizione delle Consigliere di parità, confluiscono a livello nazionale per l'elaborazione statistica aggregata e sono infine diffusi dal Ministero del lavoro attraverso la "*Relazione annuale sulle convalide delle dimissioni* (cui dal 2013 si aggiungono le risoluzioni consensuali) *delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri*" (d'ora in poi *Relazione*). La diretta derivazione dalla articolazione delle voci del modulo standard (*supra*, par. 4.1) spiega l'ampiezza e la complessità crescenti osservabili nelle *Relazioni* finora pubblicate, negli anni fra il 2011 e il 2015.

⁹⁹⁵ "Fatti miei": così M.V. BALLESTRERO (Recesso on line, cit., p. 521) suggeriva di scrivere nel campo (non obbligatorio) riservato alla motivazione dal modulo telematico per le dimissioni previsto nel quadro della abrogata legge 188/2007. In quel caso, però, la motivazione non era richiesta nell'ambito di una procedura di convalida, e il destinatario del modulo era il datore, non un funzionario in veste di pubblico ufficiale: la richiesta poteva avere (ma non lo sapremo mai) una semplice funzione di rilevazione statistica, oppure, più probabilmente, quella di consentire al lavoratore che avesse usato il modulo per dimettersi per giusta causa (nonostante la legge si riferisse testualmente alle "dimissioni volontarie") di precisare in quel punto la natura delle dimissioni.

Confrontando anno per anno i *dati nazionali* risalta innanzitutto il numero complessivo delle cessazioni sottoposte a convalida, in costante crescita. Nel 2012 cominciano a rilevarsi gli effetti, quantitativi, dell'allargamento dell'obbligo (ai padri, alle risoluzioni consensuali, al compimento del terzo anno di vita del figlio). Conviene pertanto concentrare l'attenzione sulle annate a partire dal 2013 (la prima che rispecchia un anno intero di vigenza della legge Fornero) e soprattutto sui due anni seguenti, anche perché solo dal 2014 i dati sono disaggregati in base al genere (precedentemente lo erano solo i dati complessivi, incrociati con la suddivisione per fasce di età e nazionalità), ed è stato inserito il riferimento alle risoluzioni consensuali: il confronto più utile sarà dunque quello fra i dati del 2014 e quelli del 2015⁹⁹⁶. L'osservazione segue il filo dei principali gruppi di "voci" contenute nel *report* per la raccolta dei dati (che rispecchia, come si è detto, il modello dell'intervista di convalida seguito dai funzionari):

- A) *Chi* sceglie di lasciare il lavoro?
- B) *Come* (i.e. a quale titolo) si recede?
- C) *Quando* si lascia il lavoro?
- D) *Quale lavoro* si lascia?
- E) *Perché* si lascia il lavoro?
- F) *Quando* la decisione non è convalidata?

Se profili e tendenze tipiche che si delineano sono spesso prevedibili, ci si accorge in fretta che non sempre i dati "parlano", limitandosi a volte a suggerire domande che restano sospese, o per l'impossibilità di una lettura incrociata di variabili significative, o perché può non apparire convincente o sufficiente la rappresentazione che alcune "voci" restituiscono della realtà delle procedure di convalida. Per queste ragioni le considerazioni che seguono tengono conto anche di informazioni e suggestioni raccolte attraverso interviste e colloqui con gli interlocutori privilegiati: punti di vista certamente parziali e legati all'esperienza dei singoli operatori, ma capaci di far emergere dubbi e problemi di carattere generale, e soprattutto di restituire una dimensione più concreta – e parecchio disincantata – di questa forma di garanzia.

Il dato complessivo nazionale passa da 19.187 convalide nel 2012 a 23.666 nel 2013 (+23%), con l'incremento evidentemente collegato all'entrata in vigore della legge 92; ma la cifra continua a salire negli anni successivi: 26.333 (+11% rispetto all'anno precedente) nel 2014 (24.319 dimissioni e 2.014 risoluzioni consensuali); 31.249 (+19% circa) nel 2015 (30.303 dimissioni e 946 risoluzioni consensuali, queste ultime in notevole calo, passando dall'8% circa al 3% del totale).

⁹⁹⁶ Per quanto riguarda i dati nazionali si presentano in questo paragrafo alcune tendenze rilevate attraverso le Relazioni nazionali relative agli anni 2013, 2014 e (soprattutto) 2015, diffuse nel sito del Ministero del lavoro, alle quali si fa senz'altro riferimento per la consultazione dei dati completi disponibili. I dati, qui presentati prevalentemente in percentuale per renderne più agevole la lettura, sono stati calcolati sempre sulla base delle tabelle ufficiali inserite nelle stesse Relazioni. Per il livello regionale, relativamente all'Emilia Romagna si è fatto riferimento, per gli anni 2013-2015, ai report – regionali e disaggregati per provincia – messi a disposizione dalla Consiglieria di parità regionale; per i dati di sintesi relativi agli anni precedenti (2006-2012) si rinvia alle elaborazioni diffuse dalla stessa Consiglieria sul sito istituzionale. Alcune prime osservazioni sul monitoraggio nazionale 2016, oggetto della Relazione pubblicata il 4 luglio 2017 a cura della Direzione centrale vigilanza, affari legali e contenzioso dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro (e basata sul nuovo modello di intervista e sul nuovo report in uso dal gennaio 2016), saranno svolte infra, par. 4.3.

Quanto alla distribuzione territoriale, le convalide sono prevalentemente concentrate nelle regioni settentrionali, pur constatandosi una leggera tendenza al riequilibrio: nei tre anni considerati (2013-14-15) si passa infatti, al Nord, rispettivamente, dal 77, al 62, al 60%; al Centro dal 21, al 24, al 27%; al Sud dal 2, al 14, al 13%.

A) Chi sceglie di lasciare il lavoro?

La distribuzione per *genere* mostra, prevedibilmente, tutta la pesantezza del dato femminile: nel 2013 le madri sono 21.282 (quasi il 90% del totale!) e i padri 2.384; nel 2014 troviamo 22.480 madri (85%) e 3.853 padri; nel 2015 si passa a 25.620 (82%) madri e 5.629 padri. L'incremento forte del dato relativo ai padri è stato letto come segnale della "crescente tendenza ... ad una maggiore condivisione dei compiti di cura della prole, probabilmente in parte imputabile anche alle innovazioni normative introdotte in materia di sostegno alla genitorialità": così la *Relazione* per il 2015, ma la spiegazione era presente, in termini anche più perentori, nelle relazioni dei due anni precedenti, e solo in quella del 2013 si affacciava l'ipotesi che il dato delle dimissioni paterne (e forse, si potrebbe aggiungere, delle dimissioni *tout court*), avesse anche qualche connessione con la crisi economica. In verità non si comprende come il dato crescente delle dimissioni dei lavoratori padri – oltre tutto in presenza di un dato femminile anch'esso in crescita e comunque sempre preponderante, segnale sicuro di persistenza del problema della rinuncia materna al lavoro, come pure in tutte le *Relazioni* si riconosce – possa essere considerato l'effetto (virtuoso!) delle innovazioni sul sostegno alla genitorialità, quasi che si commentasse un incremento nell'uso paterno dei congedi. Si potrebbe forse pensare a una spiegazione più banale: l'aumento delle convalide paterne potrebbe in parte dipendere dal fatto che la consapevolezza dell'esistenza di tale obbligo non si sia affermata istantaneamente ma abbia avuto bisogno di un periodo di "rodaggio" informativo in cui l'innovazione è stata lentamente assimilata⁹⁹⁷. Per il resto, l'addensarsi delle risposte dei lavoratori padri nella motivazione "passaggio ad altra azienda" (v. *infra*, punto D) basta a ridimensionare certe affermazioni avventate.

Anche in Emilia Romagna il dato generale delle convalide è in crescita: si passa da 2.598 nel 2013, a 2.966 (+14,16%) nel 2014, a 3.522 (+18,74%) nel 2015. Lo squilibrio di genere, comunque alto, è però un po' meno accentuato rispetto al dato nazionale: le dimissioni/risoluzioni consensuali delle madri lavoratrici sono l'80,56% del totale nel 2013, il 74,94% nel 2014, e passano al 71,23% nel 2015.

Il dato relativo alla *nazionalità* riguarda, in larghissima maggioranza e con una leggera progressione verso l'alto negli ultimi tre anni, soggetti di nazionalità italiana (81% nel 2013, 83% nel 2014, 85% nel 2015); seguono gli extra comunitari (rispettivamente al 12, 10 e 9%), e i cittadini UE (7, 7, 6%).

In Emilia Romagna si notano proporzioni leggermente diverse: 77,56% di italiani, 15,19% di extra-comunitari e 7,24% di cittadini UE (dati 2015).

⁹⁹⁷ In una delle interviste un direttore di una DTL emiliana lamentava appunto la lenta e scarsa diffusione delle informazioni relative all'obbligo di convalida per i padri lavoratori: anche perché, ormai protratto nel tempo e non più in necessaria correlazione con la fruizione del congedo di paternità, l'obbligo è connesso a una condizione di paternità non sempre immediatamente conosciuta dal datore, il quale manterrebbe comunque l'interesse a sollecitare l'effettuazione della convalida per non rischiare di subire gli effetti di dimissioni che restino sospese ... "a sua insaputa".

B) Come (e a quale titolo) si recede?

Sotto il profilo della *ratio* della convalida assume un rilievo del tutto peculiare l'eventuale partecipazione attiva del datore, in sé legittima, al formarsi della volontà del singolo di lasciare il posto di lavoro. Tale apporto può tradursi in un vero e proprio mutamento del titolo giuridico del recesso – come sappiamo, a partire dalla legge 92/2012 i casi di risoluzione consensuale sono equiparati alle dimissioni sotto il profilo della sottoposizione alle stesse procedure di controllo e/o di prevenzione degli abusi –, oppure può manifestarsi nell'erogazione di "incentivi" che non modificano il carattere unilaterale dell'atto di dimissioni. Si tratta di ipotesi distinte, che possono avere conseguenze giuridiche in parte diverse, ma che presentano, dal punto di vista qui prescelto, una caratteristica "materiale" comune: poiché la lavoratrice o il lavoratore che chiedono di convalidare una risoluzione consensuale o dimissioni incentivate non hanno deciso "da soli" ma con il "concorso" – di solito corredato da una erogazione economica – della loro controparte, davanti al funzionario convalidante arrivano decisioni che, per essere state oggetto di una (anche elementare) trattativa, appaiono spesso più solide di altre e, per così dire, "chiusure": per contro, la concomitanza con la genitorialità acuisce, anziché attenuare, l'esigenza di attenzione al contesto concreto nel quale la scelta ha preso forma. La delicatezza della questione dovrebbe trasferirsi sul piano statistico, ma non sempre l'informazione sul punto è chiara e completa, né riceve sempre il rilievo che meriterebbe.

Questo il quadro di sintesi – con dati e percentuali disaggregati per genere – di dimissioni e risoluzioni consensuali negli ultimi due anni considerati:

dati nazionali	dimissioni		ris. consensuali	
	F	M	F	M
2014	20.774	3.545	1.706	308
%	92,41	92,00	7,59	7,93
2015	24.887	5.416	733	213
%	97,13	96,21	2,87	3,78

Si nota fra l'altro come le *risoluzioni consensuali*, un po' sbrigativamente definite nella *Relazione* (2015) "una fattispecie residuale" essendo più che dimezzate fra il 2014 e il 2015, sono diminuite più che proporzionalmente per le madri, che erano circa il quintuplo dei padri nel 2014 e sono passate a poco più del triplo nel 2015. La proporzione di genere nelle risoluzioni consensuali (nel dato più recente: 2015), non riproduce, nel suo piccolo, quella del dato generale delle convalide, qui essendo le madri l'82% del totale. Sul numero proporzionalmente in calo delle risoluzioni consensuali riguardanti le madri è probabile che incida il fatto che, se la cessazione avviene entro il primo anno di vita del figlio (cessazioni che possiamo ipotizzare quasi totalmente materne), l'indennità di disoccupazione compete solo in caso di dimissioni e non di risoluzione consensuale. Ma i dati non possono confermarlo: infatti, quelli sull'età dei figli, come si vedrà tra breve, non sono disaggregati per genere, mentre quelli sul tipo di recesso sono distinti per genere ma non in base all'età dei figli.

Quanto ai casi in cui sono erogati “*incentivi all’esodo*”, non è chiaro se l’espressione – generica – si riferisca alle sole dimissioni incentivate oppure (come appare più probabile) inglobi anche le risoluzioni consensuali, normalmente supportate da un’erogazione economica. Oltre tutto, per il 2014 non è possibile apprezzare il fenomeno poiché nella relativa *Relazione* il dato sugli incentivi non è riportato (nonostante l’informazione sia sempre presente sul modulo e dunque richiesta al lavoratore); per il 2015 la sintesi, in cifra assoluta, circa l’erogazione di incentivi, a livello nazionale e regionale (Emilia Romagna) è la seguente:

2015	<i>Erogazione di incentivi all’esodo</i>			
	<i>sì</i>		<i>no</i>	
	F	M	F	M
<i>naz.</i>	1.288	371	24.322	5.258
<i>E.R.</i>	393	232	2.116	781

Il principale limite di queste informazioni sta nella impossibilità di incrociarle con quelle relative alle motivazioni addotte per il recesso, tenuto conto del fatto che spesso (ma non necessariamente) l’incentivo del datore alla risoluzione del rapporto si verifica a ridosso di particolari vicende dell’impresa (difficoltà aziendali, trasferimenti ...) col relativo doppio rischio di aggiramento sia del divieto di licenziamento di lavoratrici/lavoratori in periodo protetto sia di garanzie presenti in altre discipline specifiche (su cui v. anche *infra*, punto E).

C) *Quando si lascia il lavoro?*

Direttamente (in relazione alla loro età o al loro numero), o indirettamente (attraverso il riferimento alla fascia di età dei genitori), la presenza dei figli misura e determina il tempo delle scelte.

Le convalide si addensano su due *fasce di età* (dati nazionali 2015): 26-35 anni (56% del totale) e 36-45 (32%). È interessante notare che mentre le madri sono concentrate soprattutto nella fascia 26-35 (il 59% contro il 30% circa della fascia 36-45), i padri si distribuiscono equamente nelle due fasce indicate (poco più del 43% ciascuna). In Emilia Romagna il fenomeno si riproduce nello stesso modo, con un’a lieve prevalenza per la fascia 26-35 anche per i lavoratori padri (46% contro il 40% della fascia successiva).

In realtà, però, *non tutti* i dati sono disaggregati per genere. In proposito occorre considerare separatamente due variabili: *a)* la distribuzione del dato complessivo di dimissioni/risoluzioni consensuali in base al *numero dei figli* (0, 1, 2, più di 2); *b)* la distribuzione basata sull’*età dei figli* (fino a 1 anno, da 1 a 3 anni, oltre 3 anni): quest’ultima introdotta opportunamente nel modello a partire dal 2014.

a) Si è soliti sottolineare, giustamente, come la nascita del primo figlio, ma anche – sia pure in misura minore – del secondo, influenzino pesantemente la scelta di risolvere il rapporto di lavoro. L’osservazione, di senso comune, si riferisce ovviamente alle madri, ma qui le statistiche non distinguono. Dalle *Relazioni* ministeriali apprendiamo infatti che nel 2015 il 53,78% delle convalide riguarda genitori con un figlio e il 33,59% genitori con due figli, mentre nel 2014 le percentuali

erano, rispettivamente, il 54,60% e il 29,67%. Si tratta però di dati “misti”, e non si capisce perché su questo punto non sia consentito quantificare il diverso disporsi di lavoratrici e lavoratori rispetto a tale scelta, essendo così possibili per l’osservatore solo le consuete “ragionevoli illusioni”⁹⁹⁸.

C’è però un altro dato che, a differenza di quelli appena citati, “parla”, e francamente stupisce che il commento ministeriale non lo prenda mai in considerazione: si tratta delle convalide riguardanti “genitori” con “zero figli”: qui, anche senza la disaggregazione di genere, si capisce che si tratta, in realtà, di lavoratrici in gravidanza (o al più dell’ipotesi, più remota e comunque equivalente dal punto di vista degli interessi qui presi in considerazione, di lavoratrici o lavoratori che hanno in corso una procedura di adozione internazionale e si trovano nella fase precedente all’accoglienza del minore: art. 55, co. 4, d.lgs. 151/2001). A livello nazionale, nel 2014, in 2.261 casi (pari all’8,58% del dato totale *misto*, e sicuramente in larga maggioranza lavoratrici in gravidanza) la decisione di risolvere il contratto è assunta nel periodo della massima protezione del posto di lavoro e di quella particolare condizione, in presenza cioè del divieto di licenziamento e del diritto all’eventuale estensione dell’interdizione al lavoro (nei casi di rischi o incompatibilità previsti dall’art. 17 d.lgs. 151/2001); il dato del 2013 era stato decisamente più basso (940, pari al 3,97%); infine nel 2015 il dato ha di nuovo una flessione, pur mantenendosi piuttosto alto (1.722, pari al 5,51% del totale): nulla si può dire, ovviamente, sulle motivazioni, ma è difficile pensare che siano tutte riconducibili a ragioni “neutre”, quali il passaggio ad altra azienda, o il trasferimento di residenza *et similia*, mentre, trattandosi del periodo di attesa del primo figlio, non sono ancora plausibili le motivazioni legate alla cura. Si può solo affermare che in presenza di questo dato è difficile sfuggire all’impressione di una vigilanza insufficiente, o di qualcosa che comunque non funzioni a dovere nei meccanismi di garanzia esistenti: il che dovrebbe risvegliare l’attenzione sul ruolo di verifica della consapevolezza e di tutela dei diritti rivestito dalla procedura di convalida. Anche il solo affacciarsi del sospetto che il dato delle dimissioni delle lavoratrici in gravidanza possa nascondere casi di “dimissioni in bianco” non emersi nell’ambito della procedura di convalida basterebbe a far ritenere imprudente la scelta del legislatore del 2015 di escludere dal requisito di forma del modulo telematico le dimissioni presentate *ex art.* 55, co.4, d. lgs. 151/2001⁹⁹⁹.

Sullo stesso punto le cifre regionali appaiono un po’ meno drammatiche, ma non trascurabili. Nella fascia con “zero figli” si erano dimezzate, nel 2013, 58 lavoratrici (2,23%), nel 2014 si scende a 37 (1,24%), nel 2015 si risale a 58 in cifra assoluta (l’1,64 % del totale).

b) Anche per quanto riguarda *l’età dei figli* – una *new entry* del modello 2014, pensata per monitorare l’estensione temporale dell’obbligo di convalida – il dato si presenta aggregato; sarebbe invece interessante conoscere il dato di genere, che permetterebbe di capire come agisce, sulle dimissioni di uomini e donne, la fine del divieto di licenziamento al compimento del primo anno di vita del bambino: infatti, mentre entro il primo anno la situazione di madri e padri è (statisticamente e giuridicamente) diversa, poiché il divieto di licenziamento riguarda sicuramente le prime e solo in casi eccezionali i secondi (e dunque le dimissioni delle lavoratrici sono più direttamente

⁹⁹⁸ Dalla madre lavoratrice che si dimette perché non ce la fa al padre lavoratore che si dimette perché ha trovato di meglio: ci piacerebbe pensare che siamo vittime del solito stereotipo e che la realtà è diversa, ma temiamo di no; in ogni caso non è possibile incrociare questi dati con quelli relativi alle motivazioni addotte al momento della convalida: almeno la disaggregazione di genere consentirebbe una migliore lettura del fenomeno.

⁹⁹⁹ Critica tale scelta anche A. FENOGLIO, *Le dimissioni dal lavoro*, cit., p. 274.

“sospettabili” di aggiramento del divieto, e d’altra parte sono economicamente meglio garantite), al compimento del primo anno e per i due successivi la situazione apparentemente si “parifica”: ma sappiamo che sono anni cruciali per l’incidenza della cura dei figli piccoli sulla propensione all’occupazione e sul possibile determinarsi di situazioni discriminatorie (sotto le solite forme di difficoltà al rientro dai congedi, stigmatizzazione negativa della fruizione di altri diritti, tipo congedi per la malattia del figlio, ecc.). Fra l’altro – occorre sempre ricordarlo – stiamo parlando di dimissioni (e risoluzioni consensuali) *convalidate*, dunque ritenute immuni da vizi da un funzionario che agisce come pubblico ufficiale: ciò significa che un’informazione statistica analiticamente specificata su quanto succede allo scadere del divieto di licenziamento avrebbe anche una funzione, per così dire, riflessiva, gettando luce non solo sul fenomeno delle dimissioni/risoluzioni consensuali ma anche, indirettamente, sul funzionamento della procedura di convalida.

Il dato nazionale 2015 presenta comunque un’ampia maggioranza di casi con figli entro il primo anno (18.410: nel dato, misto, rientrano sicuramente le madri per le quali è vietato il licenziamento), seguiti da casi con figli da 1 a 3 anni (11.696) e oltre 3 anni (7.973: con questo dato si indicano certamente situazioni con più figli). Proporzioni abbastanza simili si registrano in Emilia Romagna.

D) *Quale lavoro si lascia?*

Un lavoro che si svolge da poco tempo e con una qualifica di livello basso, in una piccolissima impresa, nel settore dei servizi, o del commercio, più raramente dell’industria: uno sguardo veloce alle *Relazioni* ministeriali e alle tabelle nazionali e regionali degli ultimi anni porterebbe a rispondere che quello a cui si rinuncia dimettendosi in concomitanza con la maternità/la paternità è di solito un lavoro “povero”. Qualche dettaglio sui dati restituisce un’immagine più sfaccettata e sconsiglia risposte sbrigative.

A proposito della *anzianità lavorativa*, le fasce “fino a 3 anni” e “da 4 a 10 anni” sono certamente le più affollate, arrivando, rispettivamente, al 48 e al 40% nel 2014, e al 47 e 41% nel 2015. In Emilia Romagna le percentuali sono analoghe: nel 2015, rispettivamente, 46,05 e 41,76 %. Ma in tempi di diffusione crescente di lavori di breve durata e di *turn over* lavorativo sempre più veloce occorrerebbe rivedere i parametri di riferimento in base ai quali si definisce ancora “bassa” un’anzianità di 10 anni. In ogni caso il dato dell’anzianità va considerato in relazione alle fasce di età prevalenti (*supra*, punto A) e dunque anche alla luce della tendenza a entrare sempre più tardi nel mercato del lavoro.

Le lavoratrici madri e i lavoratori padri che lasciano il lavoro rivestono, in maggioranza, *qualifiche* impiegatizie e operaie, ma la distinzione di genere dice qualcosa in più: nel 2015

a) in Italia, le lavoratrici madri impiegate e operaie hanno convalidato le dimissioni più o meno nella stessa percentuale (con una lieve preminenza delle impiegate: 47,41% contro il 45,94 delle operaie), mentre è raro il caso di dimissioni di donne con qualifiche di quadri o dirigenti (2,84%); per i lavoratori padri è invece netta la prevalenza degli operai (54,11%, mentre gli impiegati sono il 33,91%), ed è consistente il numero di quadri e dirigenti (10,57%);

b) in Emilia Romagna i dati corrispondenti riproducono proporzioni analoghe: le lavoratrici madri sono in maggioranza impiegate (49,46%) e operaie (44,91%), mentre solo il 2,11% sono quadri e

dirigenti; per i lavoratori padri c'è una ancor più accentuata prevalenza di operai (59,62%), seguono gli impiegati (33,26%), mentre quadri e dirigenti sono il 6,2%.

Non sono invece disaggregate per genere le informazioni relative alle *dimensioni dell'impresa* e al *settore produttivo*: emerge comunque con chiarezza che i lavoratori genitori si dimettono in larga prevalenza nelle piccole imprese e nei settori dei servizi e del commercio. Più specificamente, considerando il 2015 e raffrontando i dati nazionali e quelli dell'Emilia Romagna, le percentuali si dispongono come nelle tabelle seguenti:

ampiezza aziendale	% naz.	% E. R.
<i>fino a 15 dip.</i>	55,97	52,21
<i>16-50</i>	17,28	13,51
<i>51-100</i>	7,14	7,01
<i>101-200</i>	6,03	7,32
<i>oltre 200</i>	13,55	19,93

settore	% naz.	% E.R.
<i>agricoltura</i>	2,05	1,13
<i>industria</i>	16,88	19,87
<i>commercio</i>	32,11	32,24
<i>credito/assic.</i>	2,85	1,84
<i>servizi</i>	36,93	34,46
<i>altro</i>	9,15	9,42

L'alta percentuale di casi verificatisi nelle piccole e piccolissime realtà aziendali fa riflettere, pur in assenza di correlazioni misurabili con altre variabili (oltre al genere, per esempio, il rifiuto di orario flessibile o di part time) sulle condizioni di particolare debolezza, soprattutto delle lavoratrici, in tali contesti. Le ragioni possono essere diverse, riconducibili in parte alla presumibile maggiore difficoltà, in generale, delle piccole imprese di offrire soluzioni organizzative che agevolino la conciliazione con i compiti di cura, in parte a caratteristiche specifiche (gravosità del lavoro, organizzazione in turni...) proprie di alcuni settori dove prevalgono appunto le piccole dimensioni, e dove si registra il massimo di presenza femminile, unita a un'alta concentrazione di basse qualifiche. Tipico il caso, citato come emblematico da diversi interlocutori intervistati, del settore dei servizi alla persona, che presenta, dal punto di vista qui prescelto, l'ulteriore profilo critico della diffusione del lavoro irregolare e della frequenza di scambi fra "chiaro" e "nero": in tale ambito, la decisione di risolvere il rapporto può essere accompagnata o favorita dalla percezione di una relativa facilità di reimpiego, appunto non necessariamente regolare.

Da notare comunque anche l'incidenza non trascurabile (soprattutto in Emilia Romagna) di casi riguardanti imprese con oltre 200 dipendenti (e anche qui sarebbe interessante una valutazione incrociata dei dati che al momento non è possibile).

Fra le caratteristiche del lavoro al quale si rinuncia vanno considerati anche i dati relativi al *tempo di lavoro* (pieno o parziale) precedente il recesso e alle *eventuali richieste di modifica* avanzate dalla lavoratrice/dal lavoratore (di passaggio al part time o all'orario flessibile), e accordate o no dal datore di lavoro¹⁰⁰⁰.

¹⁰⁰⁰ La Relazione ministeriale relativa al 2015 non commenta questi dati; quella del 2014 neppure li riporta, nonostante fossero sicuramente presenti nel report, come si evince dall'osservazione dei dati regionali: del part time si parla solo in riferimento ai casi in cui il rifiuto della richiesta di riduzione di orario è specificamente indicato dalla lavoratrice/dal lavoratore come motivazione del recesso volontario/consensuale (infra, punto E).

La tabella che segue mostra che, nel 2015, più di un terzo delle lavoratrici dimissionarie lavorava già a tempo parziale, mentre la percentuale di *part timer* fra i lavoratori padri è nettamente più bassa. I dati relativi all'Emilia Romagna indicano proporzioni non troppo dissimili:

orario di lavoro svolto				
2015	tempo pieno		part time	
	F	M	F	M
<i>dato naz.</i>	15.664	5.029	9.956	600
%	61,13	89,34	38,86	10,65
<i>dato E.R.</i>	1.591	909	918	104
%	63,41	89,73	36,58	10,26

Quanto al dato sulla *richiesta di orario ridotto o flessibile* da parte del lavoratore, e a quello relativo all'*accoglimento* o no della richiesta stessa, essi rappresentano, rispettivamente la misura delle aspettative di lavoratrici e lavoratori rispetto agli strumenti di flessibilità scelta, e la misura della disponibilità delle imprese al cambiamento organizzativo *care friendly*. Aspettative e disponibilità molto basse, come mostra la tabella seguente, relativa anch'essa ai dati (nazionali e regionali) 2015:

richiesta di part time o di orario flessibile da parte del lav.								
2015	richiesta				concessa			
	sì		no		sì		no	
	F	M	F	M	F	M	F	M
<i>dato naz.</i>	3.365	206	22.255	5.423	1.265	34	2.100	172
%	13,13	3,65	86,86	96,34	37,59	16,50	62,40	83,49
<i>dato E.R.</i>	288	13	2.221	1.000	102	6	186	7
%	11,47	1,28	88,52	98,71	35,41	46,15	64,58	53,84

Si direbbe insomma che la correlazione fra tempo di lavoro e propensione a dimettersi sia – o sia percepita come – piuttosto debole. Da un lato, evidentemente, in un numero non trascurabile di casi lavorare part time non basta a evitare le dimissioni: sarebbe allora istruttivo appurare, nei singoli casi, le effettive condizioni di svolgimento del part time, in termini di flessibilità/elasticità, che potrebbero renderlo una misura inutile alla conciliazione dei tempi di lavoro e personali e, più ancora, l'effettività stessa dell'orario ridotto (sospetti sul punto dovrebbero essere segnalati nel corso della convalida e accendere l'attenzione del servizio ispettivo). Dall'altro lato, per contro, chi arriva a dimettersi raramente ha avanzato prima la richiesta di una modifica dell'orario (i padri pressoché mai): del resto, per chi lo fa, la probabilità di andare incontro a un rifiuto è quasi doppia (almeno per le lavoratrici: per i lavoratori le percentuali sono diverse, ma trattandosi di

piccoli numeri sarebbe azzardato dedurre tendenze significative) rispetto a quella dell'accoglimento.

E) Perché si decide di lasciare il lavoro?

Sulle *motivazioni* per le quali si lascia il lavoro, raccolte in occasione della convalida attraverso il piccolo questionario contenuto nel modulo ministeriale, i dati aggregati forniscono indicazioni – in parte prevedibili, ma con risvolti degni di nota – che vanno comunque maneggiate con cautela: occorrerà infatti riflettere anche sull'adeguatezza e la correttezza di quella lista di alternative standardizzate che il modello di convalida propone alla lavoratrice/al lavoratore. Le motivazioni fornite nel 2015, a livello nazionale e regionale (Emilia Romagna), sono distribuite come nella tabella seguente:

motivazione del recesso								
2015	dati naz.				dati E.R.			
	F	%	M	%	F	%	M	%
a1	3.482	13,59	66	1,17	255	10,16	9	0,88
a2	4.700	18,34	91	1,61	462	18,41	15	1,48
a3	1.213	4,73	20	0,35	127	5,06	2	0,19
b	4.319	16,85	3.733	66,71	662	26,38	630	62,19
c	1.311	5,11	32	0,56	131	5,22	11	1,08
d	4.972	19,40	115	2,04	328	13,07	23	2,27
e	1.373	5,35	153	2,71	152	6,05	44	4,34
f	328	1,28	63	1,11	33	1,31	10	0,98
altro	3.922	15,30	1.356	24,08	359	14,30	269	26,55
tot.	25.620	-	5.629	-	2.509	-	1.013	-

Legenda:

a- incompatibilità tra occupazione lavorativa e assistenza al neonato per: a1 mancato accoglimento al nido; a2 assenza di parenti di supporto; a3 elevata incidenza dei costi di assistenza al neonato (es. asilo nido o baby sitter)

b- passaggio ad altra azienda

c- mancata concessione di part time/orario flessibile/modifica turni di lavoro

d- desiderio di cura della prole in maniera esclusiva

e- cambio residenza/distanza tra luogo di residenza e sede di lavoro/ricongiungimento al coniuge

f- chiusura/cessazione/trasferimento azienda

Come si vede, per le lavoratrici le motivazioni largamente prevalenti sono quelle riconducibili alla *incompatibilità tra lavoro e cura del figlio*: sommando le prime tre sottovoci (a1, a2, a3) si arriva al 36,66% a livello nazionale e al 34,17 in Emilia Romagna. Per contro è molto bassa la voce relativa alla *mancata concessione di part time/modifica di orario o turni* (c), e qui i dati sono coerenti con quanto rilevato *supra* (punto C) a proposito dell'apparente scarso *appeal* delle soluzioni organizzative legate alla flessibilità temporale. Ma, di nuovo, la cautela è d'obbligo. Infatti il caso del rifiuto del part time viene riferito come abbastanza ricorrente nelle interviste: il dato basso

potrebbe dunque dipendere anche da un “difetto” intrinseco di quella lista, in cui le motivazioni legate ai problemi di conciliazione sono presentate come alternative mentre nella realtà sono più verosimilmente concorrenti, cosicché la lavoratrice finisce col barrare quella che le appare alla fine decisiva, o la più generale e “comprensiva”¹⁰⁰¹. Fra l’altro, nel modello e nel *report* le ipotesi del part time e del cambiamento di orario/di turno vengono sempre cumulate in un unico dato (sia nel punto in cui si chiede se la lavoratrice/il lavoratore ne abbiano fatto richiesta o ne abbiano usufruito, sia nel punto in cui il rifiuto del datore è prospettato come motivazione del recesso), trattandosi invece di ipotesi sostanzialmente diverse, poiché solo le soluzioni di flessibilità temporale a orario immutato garantiscono la pienezza del reddito: come dire che il part time, soprattutto quando il lavoro è davvero “povero” e gravoso, potrebbe apparire un ripiego altrettanto “misero”, tanto da “non valere la pena”¹⁰⁰². Sarà interessante verificare in futuro se le motivazioni addotte (soprattutto) dalle lavoratrici dimissionarie subiranno spostamenti a seguito delle – pur timide – modifiche legislative recenti in materia di part time, di congedi e di tutela della genitorialità in generale introdotte dal d.lgs. 80/2015 e, per il part time, anche dal d.lgs. 81/2015.

L’unica certezza per ora ricavabile da questi dati è che la scelta delle lavoratrici, nel momento in cui viene loro chiesto di motivare la decisione, cade su risposte che apparentemente non chiamano in causa il datore di lavoro, dietro le quali possono coesistere realtà personali molto eterogenee, e anche diversi atteggiamenti di fondo della lavoratrice che si sottopone al colloquio: dalla percezione dell’impossibilità di ottenere – forse persino di chiedere, almeno nelle piccolissime imprese – soluzioni flessibili che aiutino a conciliare lavoro e cura, alla propensione a cercare in prima battuta nella rete familiare la soluzione del problema (è degno di nota il fatto che la risposta relativa all’assenza di supporti familiari sia più alta di quella che si richiama all’insufficienza di servizi sul territorio: e ancor più in Emilia Romagna rispetto al dato nazionale), fino alla rivendicazione orgogliosa della libera scelta di dedicarsi solo alla cura. Molto gettonata a livello nazionale (19,40%), ma rilevante anche in Emilia Romagna (13,07), la risposta relativa al “desiderio di cura della prole in maniera esclusiva” (*d*) – formulazione non priva di ambiguità, in quanto idonea a farsi veicolo di colpevolizzazione delle madri piuttosto che di conoscenza effettiva dei problemi – in qualche caso potrebbe essere espressione di una sorta di resistenza della lavoratrice nei confronti di un’intervista percepita come intrusiva.

Nei moduli ministeriali in uso fino al 2015 c’è poi una lacuna, che ha riflessi sia sul piano della elaborazione statistica e dell’interpretazione dei dati, sia sul piano, sostanziale, della idoneità della procedura di convalida a farsi veicolo di inclusione, tutela effettiva, promozione di diritti: il lavoratore o la lavoratrice che si presenta per convalidare le dimissioni nel periodo c.d. “protetto”

¹⁰⁰¹ O anche solo la più “comoda”: per citare un caso locale, nel 2013, a Reggio Emilia, non risultava ci fossero liste di attesa per i nidi pubblici, eppure un certo numero di lavoratrici affermava di dimettersi per non aver trovato posto al nido: la circostanza, citata dalla Consigliera di parità in occasione della presentazione dei dati nazionali, non si spiega, se non, genericamente, con il fatto che il complessivo aggravamento delle condizioni di lavoro in alcune situazioni può aver reso la conciliazione particolarmente difficile e aver indotto le lavoratrici a dare una risposta sbrigativa. Difficile però non trarre anche da questi dettagli l’impressione di una certa opacità dei dati, e non pensare quanto potrebbe fare la differenza, in casi come questo, il coinvolgimento (non episodico) delle Consigliere di parità.

¹⁰⁰² È stato comunque riferito qualche caso in cui si è fatta intervenire la Consigliera presso il datore di lavoro, di solito però (tranne in un caso in cui il datore ha considerato più vantaggioso concedere il part time che addestrare un’altra persona) con scarsi risultati.

(aggettivo inappropriato ora che, almeno nei due anni che seguono la fine del divieto di licenziamento, l'unica "protezione" consiste nella sottoposizione a questa procedura), viene informato sui diritti connessi alla genitorialità, e in particolare sul *congedo parentale*, ma non è previsto che gli venga chiesto (formalmente e in modo che ne resti traccia) se ne abbia effettivamente e per intero usufruito: in particolare quando afferma di dimettersi per l'impossibilità di conciliare il lavoro con la cura dei figli¹⁰⁰³. Ciò favorirebbe l'emersione, per esempio, di comportamenti ostativi alla richiesta di congedi (o di altri diritti di conciliazione) che possano aver condizionato la decisione del lavoratore/della lavoratrice, e rafforzerebbe la funzione "promozionale" della convalida nei confronti di soluzioni diverse dalla rinuncia al posto di lavoro. Qualora poi la lavoratrice o il lavoratore fossero resi compiutamente edotti solo al momento del colloquio dei propri diritti di conciliazione (in ipotesi anche più articolati di quelli elencati nel modulo, comprendendo anche diritti più specifici di fonte contrattuale-collettiva), resta da capire se nell'ambito della procedura di convalida si aprirebbe una realistica possibilità – in termini di tempi dedicati e di assistenza – per prendere in considerazione le alternative possibili. Comunque, in circostanze simili, l'eventuale "mancata convalida" non sarebbe automaticamente identificabile con un caso di abuso o coartazione della volontà, ma sarebbe piuttosto l'esito di un ripensamento su una decisione rivelatasi non libera perché non sufficientemente "informata".

Come si vede, e come era prevedibile, dalla distribuzione delle motivazioni del recesso risalta al massimo grado la *differenziazione di genere*: per i lavoratori padri risultano infatti del tutto trascurabili le percentuali di risposte riconducibili alle esigenze di conciliazione fra lavoro e cura, mentre è nettamente prevalente la motivazione relativa al *passaggio ad altro lavoro* (b): se in Emilia Romagna quest'ultimo dato è consistente anche per le madri (10 punti percentuali in più rispetto al dato nazionale), uno sguardo ai dati disaggregati per province ha mostrato come in alcuni territori questa voce raccolga praticamente la totalità delle motivazioni dei lavoratori padri¹⁰⁰⁴.

L'aumento, registrato negli ultimi anni, delle dimissioni/risoluzioni consensuali motivate con il cambiamento di lavoro e la variabilità di questo dato sul territorio nazionale (l'aumento riguarda soprattutto il Nord e il Centro), è, ragionevolmente, ricondotto a "fattori legati a situazioni del mercato del lavoro locale e tendenzialmente estranei al contesto familiare"¹⁰⁰⁵. La motivazione, tuttavia – proprio per essere la più "fisiologicamente" associabile a un atto di dimissioni – può

¹⁰⁰³ Alcuni degli interlocutori intervistati hanno fornito, sul punto, risposte rassicuranti: l'informazione sulla fruizione del congedo parentale, ancorché non prevista dal modulo ministeriale in uso fino a tutto il 2015, si afferma che viene normalmente richiesta per completare il quadro della singola situazione, pur senza riportarne la risposta; che, peraltro, di solito è affermativa: chi si dimette lo fa dopo aver esperito le alternative possibili. In un caso si cita un avvenuto "ripensamento" proprio su questo punto. Ci si spinge (ma è una risposta isolata) anche più in là: se i 6 mesi di congedo materno sono stati fruiti si chiede la situazione lavorativa del padre e si prospetta la possibilità del congedo paterno (mai presa in considerazione). Si anticipa però che i dati raccolti nel 2016 proprio su questo punto mostrano un quadro più preoccupante circa la fruizione dei diritti di maternità (v. infra, par. 4.3.).

¹⁰⁰⁴ Osservando i dati dell'Emilia Romagna disaggregati per territorio capita anche di imbattersi in qualche sorpresa: per esempio a Bologna nel 2014, su 183 convalide riguardanti i lavoratori padri, 44 casi erano motivati con l'incompatibilità fra lavoro e assistenza al figlio (a1, a2, a3), e ben 30 con il desiderio di assistere il figlio in maniera esclusiva (d): parlare di controtendenza sarebbe però avventato, poiché i dati del 2015 mostrano un riallineamento alle medie regionali e ... un tendenziale rientro anche dei padri bolognesi nel consolidato stereotipo!

¹⁰⁰⁵ Così la Relazione relativa al 2015, p. 4: dove appare però discutibile che si parli di "distribuzione sostanzialmente bilanciata tra le lavoratrici madri ... e i lavoratori padri" (rispettivamente n. 4319 e n. 3733), mettendo a confronto dati assoluti e non percentuali.

prestarsi a fare da “velo” a ragioni diverse, molto difficili – pare – da fare emergere nel corso del colloquio di convalida¹⁰⁰⁶: è verosimile che dietro certe reticenze dei lavoratori sul cambiamento di lavoro possano nascondersi casi di uso improprio dello strumento delle dimissioni, anche in connessione con vicende circolatorie delle imprese, particolarmente frequenti nei servizi, nel settore turistico e nelle attività stagionali.

Quando poi le dimissioni/la risoluzione consensuale sono apertamente motivate con la *chiusura/cessazione* o il *trasferimento dell'azienda* (risposta *f*) si dovrebbe accendere più di un sospetto su situazioni per le quali la legge prefigura soluzioni diverse e più tutelate rispetto al recesso volontario.

Nel primo caso, i rapporti di lavoro dovrebbero estinguersi con un licenziamento (collettivo, se l'impresa rientra nel campo di applicazione della relativa disciplina): la *cessazione dell'azienda*, fra l'altro, è una delle eccezioni al divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza e fino al compimento del primo anno di vita del figlio; se poi le dimissioni così motivate riguardano il padre lavoratore (che non abbia usufruito del congedo di paternità) o, per la madre, si verificano nei due anni successivi alla fine del divieto, l'elusione della disciplina del licenziamento (e del pagamento del contributo Naspi) appare ancora più evidente.

Quanto al *trasferimento d'azienda*, le dimissioni così motivate (concomitanti o precedenti il trasferimento stesso) nascondono probabilmente un aggiramento (concordato, di solito con promessa di riassunzione) della disciplina dell'art. 2112 c.c. Diverso il caso delle dimissioni determinate da “sostanziale modifica delle condizioni di lavoro” entro i tre mesi successivi al trasferimento, alle quali la legge riconnette le stesse conseguenze delle dimissioni per giusta causa (art. 2112, c. 4): circostanza questa particolarmente rilevante nei due anni in cui le dimissioni, pur soggette all'obbligo di convalida, non comportano le garanzie (economiche: preavviso e sostegno al reddito) dovute in caso di licenziamento. Non sembra, però, che le risposte di lavoratori e lavoratrici raggruppate sotto questa voce (*f*) si riferiscano solo a quest'ultimo caso (l'unico che potrebbe correttamente comparire come motivazione); né risulta che, sempre in riferimento a questa ipotesi, lavoratori e lavoratrici siano normalmente resi edotti che le dimissioni, per quanto tecnicamente “volontarie”, potranno avere conseguenze meno svantaggiose sul piano economico.

Se da un lato è sconcertante il fatto che un modello ministeriale contenga un errore giuridico che finisce col conferire una veste accettabile a situazioni elusive di norme di legge, dall'altro lato occorre ammettere che il dato risultante da questa risposta, per quanto basso, è istruttivo: sono più numerose le madri lavoratrici, rispetto ai padri, a “essere dimesse” (anche il transitivo è un errore – consapevole) in tali contesti. Quando si è chiesto agli interlocutori della ricerca se nel colloquio di convalida si cerchi di capire cosa si nasconda dietro questi motivi (trasformazioni d'azienda con induzione alle dimissioni e promessa di riassunzione? altro?) si sono avute risposte

¹⁰⁰⁶ Come è stato riferito, se nel colloquio di convalida si rivolgono alla lavoratrice/al lavoratore domande sulle caratteristiche dell'(as-serito) nuovo lavoro è assai probabile che si incontri una reazione di chiusura (“sono fatti miei”), oppure che si ottengano risposte generiche e/o evasive. Pare insomma che intervenire su questo punto sia sempre difficile e qualcuno avanza il sospetto che questa motivazione – a “risposta facile” e liquidatoria – sia a volte suggerita da qualche datore di lavoro ai più sprovveduti, come modo per evitare un interessamento troppo invasivo da parte dell'ufficio. Ma la reticenza del lavoratore non basta a fondare la decisione di non convalidare: al più, nei casi considerati sospetti, dopo la convalida il funzionario segnalerà il caso al servizio ispettivo.

diverse: o di tipo “difensivo” e riduttivo (in fondo questi motivi non sono legati alla maternità/paternità, dunque il loro approfondimento esorbiterebbe dai compiti del funzionario convalidante e dalla *ratio* della procedura di convalida); oppure risposte che si richiamano, ancora, alla consapevolezza di un frequente uso improprio dello strumento delle dimissioni ma, insieme, alla difficoltà di andare a fondo in vicende in cui è a rischio la possibilità di (re)impiego della lavoratrice/del lavoratore interessato, che sicuramente “vuole” dimettersi: insomma, quando è in gioco il posto di lavoro e si intuisce che c’è accordo fra dipendente e datore di lavoro, il funzionario si astiene dall’intervenire e procede alla convalida. Resta l’impressione, oltre tutto, che in casi come questo proprio la specificità della condizione delle madri lavoratrici (più dei padri sollecitate al recesso volontario) rimanga nell’ombra, oscurata da una mistificante visione neutra della motivazione legata alle vicende dell’impresa.

Non mancano, come si è visto, ragioni per ritenere non del tutto soddisfacente questa tipologia di motivi del recesso, sia dal punto di vista della sua “resa” statistica per una corretta rappresentazione del fenomeno, sia sotto il profilo, sostanziale, del contributo che quell’articolazione di ipotesi può offrire alla comprensione del singolo caso nel corso del colloquio finalizzato alla convalida. Possiamo aggiungerne una ulteriore. Al lavoratore/alla lavoratrice si chiede (è previsto nel modello) se le sue *mansioni* abbiano subito modificazioni negli ultimi due anni: è evidente che la domanda tende ad alzare il velo sulle reali condizioni di lavoro e la risposta che si ottiene sarà importante ai fini della convalida, poiché le pratiche discriminatorie che possono portare a condizioni di lavoro insostenibili e indurre a dimissioni seguono spesso la strada del demansionamento e/o dell’aumentata gravosità dei compiti richiesti. Questa informazione però, non comparso sul *report*, non lascia alcuna traccia statistica; d’altra parte, il mutamento recente di mansioni non è nemmeno proposto, nel ventaglio delle motivazioni, come possibile ragione determinante del recesso: eppure interpellare direttamente la lavoratrice/il lavoratore su questo punto aiuterebbe, fra l’altro, a rivelare l’(eventuale) esistenza di giusta causa di dimissioni, con le conseguenze già descritte (*supra*, par. 4)¹⁰⁰⁷.

Del resto, a conferma di quanto appena detto, c’è un dato che induce di per sé a dubitare della complessiva affidabilità di quella classificazione: risalta infatti – sia nelle tabelle nazionali che in quelle regionali – l’alta percentuale di lavoratrici e lavoratori che in quella tipologia di risposte

¹⁰⁰⁷ La circostanza che le mansioni della lavoratrice/del lavoratore che si presenta per convalidare il recesso siano state oggetto di modifica recente (a maggior ragione se ciò ha concorso a determinare la scelta di recedere) è ancor più degna di attenzione ora, dopo la modifica della disciplina delle mansioni operata dall’art. 3 del d.lgs. 81/2015. La più ampia variabilità delle mansioni consentita dal nuovo art. 2013 c.c., infatti, a contatto con la condizione di maternità/paternità e la fruizione dei relativi diritti, può dar luogo a tipiche situazioni ad alto rischio di discriminazione, che il colloquio di convalida dovrebbe far emergere, eventualmente con l’intervento della Consigliera di parità. Si possono ipotizzare alcuni casi: a) a proposito della mobilità “orizzontale”, e dell’incidenza del criterio più ampio dello “stesso livello e categoria legale di inquadramento” (co. 1) che ha sostituito il limite “stretto” dell’equivalenza professionale, occorre ricordare che, almeno per quanto riguarda il momento del rientro dal congedo obbligatorio, il limite dell’equivalenza rimane in vigore, poiché la nuova normativa in materia di mansioni non ha modificato l’art. 56, co. 1, del d.lgs. 151/2001: e non pare trattarsi né di una svista, né di un dato testuale superabile per via interpretativa, essendo invece plausibile sostenere che si sia voluto mantenere il criterio dell’equivalenza delle mansioni proprio a tutela specifica della professionalità in una situazione delicata come il rientro dai congedi; b) quanto al “demansionamento”, se è disposto unilateralmente dal datore in caso di “modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla posizione del lavoratore” (co. 2), è evidente che non potrà essere giustificato proprio con il mutamento organizzativo messo in atto per far fronte all’assenza o al ridotto impegno orario della lavoratrice/del lavoratore in maternità; c) se invece il demansionamento è stato concordato fra datore di lavoro e lavoratrice/lavoratore, andrà verificata quanto meno la regolarità del patto (la sua stipulazione in sede protetta e in forma scritta).

preconfezionate non trovano la “loro” motivazione e optano per la casella “altro”. È verosimile che in quel contenitore, residuale e indifferenziato, spia dell’inadeguatezza di quelli “dedicati”, vadano a finire (oltre a casi particolari non ben catalogabili) proprio i casi di diritti negati, che non necessariamente portano a non convalidare il recesso¹⁰⁰⁸.

F) *Quando non si convalida il recesso?*

Sulle mancate convalide la lettura dei dati disponibili fino al 2015 non aiuta, anzi, rischia di portare fuori strada.

mancate convalide	2012	2013	2014	2015
<i>dato nazionale</i>	52	52	98	11
<i>Emilia Romagna</i>	5	24	58	0

Innanzitutto va detto che il numero generalmente contenuto di dimissioni/risoluzioni consensuali non convalidate (a parte l’impennata registrata nel 2014, di cui si dirà tra breve) non può essere letto di per sé come sintomo dell’inefficacia dello strumento della convalida (come invece, precedentemente all’ultimo intervento legislativo, lasciava intendere una opinione diffusa, volta a screditare lo strumento della convalida in favore dell’introduzione della sola modalità preventiva contro le dimissioni in bianco): il fatto che la lavoratrice o il lavoratore debbano recarsi in un ufficio pubblico a deporre una dichiarazione nelle mani di un pubblico ufficiale, raccontando in forma riservata e senza la presenza di estranei aspetti della propria vita privata e della vita aziendale costituisce, secondo tutti gli interlocutori interpellati, un forte deterrente per il datore di lavoro eventualmente incline a comportamenti vessatori. Insomma, la semplice esistenza dell’obbligo di convalida fa sì che la vicenda delle dimissioni non possa essere trattata con leggerezza.

In secondo luogo va ribadito che la *mancata convalida* consegue alla verifica dell’assenza di una genuina volontà di recedere da parte del lavoratore/della lavoratrice, e non è la conseguenza automatica dell’accertamento di irregolarità commesse dal datore di lavoro: le due circostanze possono coesistere, e può accadere che la convalida diventi l’occasione per l’avvio di procedimenti ispettivi che permettono di accertare irregolarità più vaste (per esempio, si è riferito un caso di sostituzione della lavoratrice dimissionaria con una lavoratrice impiegata in nero); ma anche quando si passa dalla verifica (della volontà del lavoratore) al controllo (sul datore di lavoro) – passando normalmente dal tentativo di conciliazione e spesso con l’intervento della Consigliera di parità – l’esito più frequente resta la convalida, perché la volontà del lavoratore di solito è consapevole e autentica. Quanto ai casi di *dimissioni in bianco* quasi nessuno (in effetti ci è stato riferito di un solo caso) dei direttori intervistati asserisce di averne ha avuta esperienza diretta,

¹⁰⁰⁸ Se difficilmente, secondo gli interlocutori intervistati, si rilevano casi concreti riguardanti la violazione di specifici diritti di conciliazione, diverso è il caso di altri diritti negati: classico quello del mancato pagamento della retribuzione, in cui comunque si convalida, si indirizza la lavoratrice/il lavoratore alla denuncia, e – appunto – si barra “altro”.

né in sede di convalida, né come esito di ispezioni: senza la denuncia del lavoratore non si scoprono.

In altri casi, se non si arriva alla convalida è perché le dimissioni non sono state ancora presentate al datore di lavoro e il processo si è fermato a una fase preliminare e informativa: ma allora non si può propriamente parlare nemmeno di “ripensamento”. D’altro canto, i “ripensamenti” veri e propri – cioè i casi di lavoratrici/lavoratori che, presentate le dimissioni e recatisi presso l’ufficio per convalidarle, acquistano consapevolezza di diritti non esercitati e le “ritirano” – pare siano estremamente rari¹⁰⁰⁹. Comunque, se qualche traccia di questi passaggi può restare nelle pratiche “congelate” nell’ufficio, essa non si trasferisce nelle statistiche come “mancata convalida”: il funzionario non firma, la pratica è ritirata, le dimissioni non hanno effetto e la lavoratrice torna dal datore di lavoro per ridiscutere la cosa. Può aprirsi qui uno spazio utile per l’intervento della Consigliera.

Quanto all’incremento nelle mancate convalide registrato nel 2013 e soprattutto nel 2014, esso non può leggersi come sintomo di maggior rigore da parte dei funzionari addetti alla convalida né di maggiore diffusione di pratiche illecite, essendosi appurato che, almeno negli anni considerati, è in buona parte il risultato di un errore. Quando, infatti, di fronte al numero inusitato di mancate convalide registrate proprio in una DTL dell’Emilia Romagna, si sono chiesti chiarimenti specifici, si è scoperto – attraverso la domanda rivolta alla funzionaria amministrativa che ha curato la registrazione e la trasmissione dei dati – che quel dato era irrilevante e fuorviante ai fini della ricerca: si trattava infatti di casi dirottati ad altre sedi competenti per territorio. Il dato anormale era rimbalzato comunque tal quale nella *Relazione* nazionale relativa al 2013 (presentata in aprile 2014), nella quale si sottolineava in chiusura come l’Emilia Romagna fosse risultata “al primo posto tra le Regioni in cui i competenti Uffici territoriali hanno negato la convalida di dimissioni risultate non genuine”. Pare probabile (ma non si è avuta occasione di verificare) che il ripresentarsi nel 2014 di un dato ancora molto alto nella stessa sede abbia un’origine analoga. Così, anche per il 2014 l’Emilia Romagna era finita in vetta alle classifiche per le mancate convalide, mentre l’anno successivo l’anomalia nella registrazione dei dati è stata evidentemente corretta. Ne risulta comunque una certa opacità del monitoraggio, e l’esigenza di depurare i dati dalle mancate convalide non patologiche¹⁰¹⁰.

A (provvisoria) conclusione di questa analisi si può dunque affermare che esistano, per il monitoraggio delle convalide di dimissioni e risoluzioni consensuali dei lavoratori genitori, buoni margini di miglioramento. Introdurre la disaggregazione e la lettura incrociata di alcuni dati, prevedere qualche voce aggiuntiva, dare visibilità statistica ai “ripensamenti”, rendere esplicite le motivazioni delle eventuali “mancate convalide”, registrare i casi in cui la procedura di convalida ha segnato l’avvio/l’occasione per l’apertura di un procedimento ispettivo, correggere qualche errore: tutti aggiustamenti possibili e non invasivi su un impianto analitico già collaudato. Ma, come si è più volte sottolineato, il monitoraggio non è che il momento terminale di un processo complesso,

¹⁰⁰⁹ In un altro caso ancora si cita la vicenda, recente, di una lavoratrice che, durante il colloquio ha avuto incertezze, prendendosi tempo per decidere se ci fosse una via d’uscita diversa; è però tornata dopo poche ore per convalidare le dimissioni. Il caso, abbastanza anomalo, ha destato l’interesse del servizio ispettivo, ma nel frattempo le dimissioni sono convalidate. Un caso simile, se non si fosse concluso con la convalida ma con un definitivo ripensamento, avrebbe appunto lasciato una traccia negli uffici (la pratica aperta e “congelata”) ma non una traccia apprezzabile statisticamente e quindi utile per la conoscenza del fenomeno in forma aggregata.

¹⁰¹⁰ Insieme all’opportunità di arricchire le voci del report, tale esigenza è stata poi segnalata alla Direzione generale per l’Attività ispettiva (v. par. seguente).

in cui il momento della rilevazione statistica è strettamente intrecciato con la sostanza della tutela che si realizza nella procedura di convalida: qualunque intervento di manutenzione non può che tener conto di entrambi.

4.3. Manutenzione ordinaria: le innovazioni, e le prime osservazioni sul monitoraggio 2016.

Una tecnica di garanzia a finalità complessa e plurima come la convalida di dimissioni e risoluzioni consensuali dei lavoratori genitori è ad alto rischio di degrado se non è fatta oggetto di verifica continua: nei due profili – da considerare connessi – della qualità ed effettività della tutela, da un lato, e dell'affidabilità dell'elaborazione statistica sull'andamento del fenomeno, dall'altro.

La revisione, a fine 2015, del modello standard per la conduzione del colloquio di convalida, nonché del *report* per la raccolta dei dati ha rappresentato un primo e necessario passo in questa direzione. Le modifiche e le integrazioni apportate nelle nuove versioni del modello e del *report*, che tengono conto anche di alcuni rilievi critici avanzati nel corso di questa ricerca¹⁰¹¹, sono sintetizzabili nei punti che seguono.

A) La sezione del modello dedicata all'*informazione sui diritti* è stata oggetto di attenzione

a) quanto all'informazione sul congedo parentale, ora integrata con il riferimento alle nuove disposizioni in materia: e cioè alla possibilità di fruirne anche in modalità oraria (*ex art. 32, d.lgs. 151/2001*, nel nuovo testo introdotto dal d.lgs. 80/2015), e al diritto alla trasformazione del rapporto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale in sostituzione del congedo parentale (alle condizioni previste dall'art. 8, co. 7, d.lgs. 81/2015);

b) quanto all'informazione sul diritto a percepire le indennità previste per il licenziamento anche in caso di convalida delle dimissioni, dove è stato meglio specificato che tali trattamenti competono solo fino al compimento del primo anno del figlio (mentre nei due anni successivi non c'è né esonero dal preavviso, né indennità di mancato preavviso né accesso ai trattamenti di disoccupazione: salvo il caso di dimissioni per giusta causa).

B) L'elenco delle ipotetiche *motivazioni del recesso* prospettate alla lavoratrice/al lavoratore nel corso del colloquio è stato rivisto e integrato in più punti.

a) Nella lista (semichiusa) delle motivazioni erano, come si è visto, articolate nel dettaglio quelle legate alle *difficoltà conciliative* sotto il profilo organizzativo/economico/familiare (indisponibilità o alti costi dei servizi di assistenza, mancanza di supporti familiari) e sotto il profilo dei *tempi di lavoro* (mancata concessione di part time, orario flessibile, modifica turno), mentre non era prevista nessuna risposta che evocasse aspetti qualitativi del lavoro, per esempio la gravosità e/o le condizioni generali poco adatte a chi ha figli piccoli, oppure il mutamento di mansioni o lo spostamento di sede che possano comportare disagio o mortificare le aspirazioni professionali. D'altra parte, l'emersione di ragioni di questo tipo può orientare il colloquio di convalida a una maggiore attenzione per le condizioni di lavoro, in circostanze che potrebbero costituire la spia di discriminazioni (in particolare in concomitanza con il rientro da periodi di congedo), e/o rivelare

¹⁰¹¹ La Direzione generale per l'Attività ispettiva – in accordo con la Consigliera nazionale di parità – ha assunto l'iniziativa di intervenire di nuovo sulle modalità della convalida e della rilevazione dei dati anche sulla base di una articolata proposta elaborata, a margine di questa ricerca, congiuntamente da chi scrive e dalla Consigliera di parità dell'Emilia Romagna. Il nuovo modello e il nuovo report sono stati diffusi alle Direzioni territoriali del lavoro con un'ampia lettera circolare esplicativa (n. 22350 del 18 dicembre 2015) e sono in uso dal gennaio 2016.

eventualmente la presenza di giusta causa di dimissioni e quindi consentire l'accesso alle indennità previste per il licenziamento e ai trattamenti di disoccupazione anche dopo il compimento del primo anno del figlio; si è dunque integrata la lista dei motivi aggiungendo le ipotesi di cambiamento della *sede di lavoro*, di *mutamento delle mansioni* e della presenza di *organizzazione e condizioni di lavoro particolarmente gravose o difficilmente conciliabili con le esigenze di cura della prole*.

b) Quanto alla motivazione relativa al “*desiderio di cura della prole in maniera esclusiva*” essa è stata (coraggiosamente) tolta dall'elenco: non perché si ritenesse inverosimile o (tanto meno) improponibile la scelta di dimettersi per il desiderio di occuparsi dei figli a tempo pieno, ma perché tale motivazione, non essendo ancorata ad alcun riferimento oggettivo valutabile nel corso della convalida, non favoriva l'emersione di altre possibili ragioni; si è ritenuto, insomma, che, qualora sussistente, essa potesse confluire nella casella “altro”, ma solo dopo aver consapevolmente escluso motivazioni “tipiche” e verificabili.

c) A proposito della motivazione che, nel modello precedente, si richiamava ai casi di “*chiusura/cessazione/trasferimento dell'azienda*” come possibili cause di dimissioni o risoluzioni consensuali, e che si prestava a molteplici elusioni di discipline specifiche (licenziamenti individuali e/o collettivi, garanzie in materia di trasferimento d'azienda), si è correttamente limitata l'ipotesi al “*mutamento delle condizioni di lavoro a seguito di trasferimento d'azienda*”, segnalando con particolare evidenza che in caso di “modificazioni sostanziali” la disciplina applicabile è quella delle dimissioni per giusta causa, dunque economicamente meno svantaggiosa.

C) Sul *report* statistico è stata allargata a un maggior numero di variabili la *disaggregazione dei dati per genere*: ciò è particolarmente importante per quanto riguarda i dati relativi al numero dei figli e alla loro età, al fine di permettere un migliore apprezzamento di come agisce, sulle dimissioni e le risoluzioni consensuali presentate da padri e madri, la fine del divieto di licenziamento al compimento del primo anno di vita del figlio. Non sono invece distinti per genere i dati relativi all'ampiezza aziendale e al settore produttivo.

D) Infine, a proposito del dato, precedentemente aggregato e fonte di qualche equivoco, relativo alle *mancate convalide*, si distinguono ora tre ipotesi: quella – “classica” – della mancanza di genuinità del consenso; quella – che riceve per la prima volta visibilità – delle dimissioni revocate a causa di una incompleta conoscenza dei propri diritti (acquisita poi in occasione della convalida); e una voce residuale (“altro”).

L'innovazione, nel complesso consistente, ha già prodotto un primo risultato concreto con il monitoraggio relativo ai dati del 2016 – rilevati attraverso i nuovi modelli – contenuto nella *Relazione annuale* pubblicata a inizio luglio 2017¹⁰¹²: sulla quale si propongono qui alcune prime osservazioni, che riprendono in parte la traccia dell'analisi svolta sui dati delle annate precedenti (*supra*, par. 4.2.).

¹⁰¹² La Relazione annuale sulle convalide delle dimissioni e risoluzioni consensuali relativa all'anno 2016 – redatta a cura della Direzione centrale vigilanza affari legali e contenzioso in collaborazione con l'Ufficio della Consigliera nazionale di parità, e resa disponibile dal 4 luglio 2017 – presenta dati più completi rispetto a quelle delle annate precedenti, riportando anche quelli relativi alla Regione Sicilia e alle Province autonome di Trento e Bolzano, ottenuti grazie ad accordi intercorsi con i rispettivi Uffici ispettivi. Le proporzioni dei dati considerate sull'intero territorio nazionale non risultano sensibilmente alterate rispetto a quelle del territorio “coperto” dall'Ispettorato nazionale del lavoro; tuttavia nella Relazione il confronto con i dati delle annate precedenti è correttamente condotto sulla base dei soli dati raccolti dall'INL: a questi ultimi si farà riferimento anche in queste prime osservazioni.

Non c'è dubbio che le principali tendenze di fondo rilevate nel precedente biennio risultano confermate: tuttavia, grazie all'affinamento delle voci e all'eliminazione di alcuni errori, è possibile un apprezzamento migliore e più analitico del fenomeno e anche di qualche profilo che prima restava nell'ombra.

Si rafforza la tendenza all'aumento complessivo delle dimissioni/risoluzioni consensuali convalidate (con un incremento del 12% rispetto al 2015); la percentuale delle risoluzioni consensuali si mantiene bassa (3%), mentre, per le sole madri, appare in leggero aumento la pratica delle incentivazioni all'esodo; l'abbandono del lavoro in occasione della nascita dei figli continua a riguardare soprattutto le madri (per il 78% dei casi: con una flessione intorno al 4% rispetto al 2015, troppo poco per parlare di riequilibrio di genere); i settori maggiormente interessati sono ancora quelli a più densa occupazione femminile, con una distribuzione percentuale fra servizi, commercio e industria che ricalca sostanzialmente quella del 2015; le motivazioni riconducibili a problemi di conciliazione fra lavoro e cura restano complessivamente prevalenti per le madri, mentre per i padri prevale il cambiamento di lavoro.

Le fasce di età più affollate si confermano quelle "tipiche" della maternità non troppo precoce (attorno al 56% per la fascia 25-35, al 36% per quella 36-45 anni: e mentre il numero delle madri è il doppio nella prima fascia rispetto alla seconda, quello dei padri si distribuisce fra le due fasce di età in modo perfettamente bilanciato); rispetto al 2015 si notano cambiamenti, di segno opposto, nelle fasce di età estreme: si riducono di un terzo le dimissioni dei giovanissimi genitori (con meno di 18 anni, quasi tutte madri), mentre risultano quasi raddoppiate le dimissioni degli ultra quarantacinquenni (più padri che madri). Per quanto riguarda l'anzianità di servizio (al 47% per la fascia fino a tre anni, 40% da 4 a 10 anni) non si registrano invece spostamenti significativi.

Nella maggior parte dei casi (93%) si tratta ancora di lavoratori e lavoratrici con qualifiche operaie e impiegatizie, con un limitato spostamento riguardante le madri lavoratrici: le operaie (ora al 47,42%, contro il 44,91% del 2015) ora superano le impiegate, che scendono dal 47,41% del 2015 al 46,46. Fra i lavoratori padri continuano a prevalere di gran lunga gli operai. Sembra cioè accentuarsi – lievemente – la concentrazione del fenomeno delle dimissioni nelle aree del lavoro meno qualificato.

Per la prima volta disaggregato per genere, il dato sul *numero dei figli* mostra la diversa incidenza della nascita del primo e del secondo figlio sulla propensione a lasciare il lavoro: quasi il 53% delle madri che si dimettono lo fa dopo il primo figlio, circa il 31% dopo il secondo; per i padri lavoratori la forbice si restringe (rispettivamente 48 e 32% del totale dei padri dimissionari). Ma ciò che continua ad allarmare è il numero alto (2.519) delle lavoratrici che si dimettono "senza figli", dunque in gravidanza (o al più in attesa del perfezionamento dell'adozione internazionale): questa volta si tratta di un dato certo e disaggregato per genere, pari al 9,17 % delle madri dimissionarie¹⁰¹³.

D'altra parte, il compimento del primo anno di *età del bambino* si conferma, per le lavoratrici, cruciale: un'ampia maggioranza di madri si dimette entro quella data (che appare invece irrilevante per i padri): sulla decisione esercita certamente un peso la consapevolezza dell'imminente ingresso in un periodo meno protetto e non sorretto dalla garanzia di sostegno al reddito, e ciò

¹⁰¹³ Non facilmente spiegabile, invece, il numero rilevante (oltre il 7%) di padri lavoratori dimissionari con zero figli: tutti (552!) padri adottivi in attesa dell'incontro col figlio all'estero?

acuisce la delicatezza della procedura di convalida, trattandosi di accertare che quella consapevolezza non sia stata usata “contro” la lavoratrice, per indurla ad affrettare una scelta che avrebbe potuto essere evitata o differita. La verifica sull’avvenuta fruizione dei diritti connessi con la condizione genitoriale dovrebbe allora diventare un passaggio obbligato della procedura.

E infatti una delle novità più significative introdotte nel modello per il colloquio e nel *report* statistico è l’informazione – da acquisire esplicitamente e annotare sulla scheda – circa il fatto che la lavoratrice o il lavoratore abbiano richiesto *gli istituti concernenti la maternità* (*sic*, da intendersi ovviamente comprensiva anche della paternità), e ne abbiano effettivamente usufruito: i dati su questo punto sono, oltre che distinti per genere, anche incrociati con le qualifiche. Se ne ricavano interessanti differenze a catena. Se fra chi ne ha fatto richiesta e chi ne ha fruito la differenza è minima (e meno male: trattandosi normalmente di diritti potestativi non dovrebbe esser contemplato il rifiuto)¹⁰¹⁴, è invece decisamente alta fra il totale dei dimissionari e quello dei fruitori: ben il 20,54% delle lavoratrici madri che hanno convalidato le dimissioni o la risoluzione consensuale non hanno usufruito di tali istituti (con una differenza fra richieste e fruizioni effettive trascurabile, di due unità); per i padri la percentuale di non fruitori sale al 63% (e qui troviamo anche un meno irrilevante scarto di 117 lavoratori padri che avrebbero richiesto e non ottenuto l’accesso a tali istituti). Poiché tali percentuali vanno considerate alla luce delle motivazioni addotte per il recesso, è evidente che il dato relativo alle madri, per quanto più basso, resta il più rilevante, dato il prevalente addensarsi dei lavoratori padri nella motivazione “passaggio ad altra azienda”. Ovviamente non se ne può dedurre con certezza che le 5.639 lavoratrici che hanno lasciato il lavoro senza aver fruito di tutti i diritti connessi alla maternità siano fra quelle che affermano di dimettersi per ragioni direttamente (mancata disponibilità o costo alto del nido, mancanza di supporti familiari, rifiuto di orario ridotto o flessibile) o indirettamente (cambio di mansioni o di sede, lavoro gravoso) connesse alla cura e alla propria condizione: ma è almeno altrettanto verosimile che non si affollino tutte quante nelle motivazioni “neutre” (cambiamento di lavoro, trasferimento di residenza e simili). Insomma, l’ipotesi che dietro la rinuncia al lavoro ci sia, in un rilevante numero di casi, anche la preventiva rinuncia all’esercizio di diritti che potrebbero quanto meno ritardare la prima, pare fondata su buoni indizi: sufficienti comunque ad avvalorare, proprio grazie a quest’ultimo monitoraggio, una delle idee guida di questo lavoro, e cioè che esista, per la tecnica di convalida delle dimissioni/risoluzioni consensuali dei lavoratori genitori, uno spazio di intervento – ancora in gran parte da esplorare e valorizzare – per la promozione dei diritti di conciliazione fra lavoro e compiti di cura. Anche se il dato praticamente inesistente (una sola unità) relativo alle dimissioni revocate “grazie” alle informazioni sui diritti ricevute in occasione della convalida raffredda, per ora, le aspettative coltivate su questo punto.

Ancora in relazione alla parte del *report* relativa alla richiesta/fruizione degli istituti concernenti la genitorialità, la disaggregazione dei dati in base a genere e qualifiche consente inoltre di verificare che, per le lavoratrici madri, a fronte del maggior numero di operaie dimissionarie, sono le impiegate in maggioranza a chiedere e fruire dei diritti di conciliazione, mentre fra i padri – che li richiedono in misura nettamente minore – gli operai restano la maggioranza anche fra i fruitori.

¹⁰¹⁴ Però qualcosa andrà perfezionato nella rilevazione, poiché in alcune voci risulterebbero, sia pure di poche unità, più numerosi i fruitori rispetto ai richiedenti.

L'ampliamento del ventaglio delle *motivazioni del recesso* ha prodotto un primo – ma limitato – restringimento dell'opzione “residuale” (“*altro*”) e dunque una presumibile maggiore capacità rappresentativa di questi dati; nella *Relazione* fra l'altro si segnala che in una sede le lavoratrici/i lavoratori hanno indicato più di una motivazione: se da un lato è una “sbavatura” che non fa tornare i conti, dall'altro attesta il carattere necessariamente non rigoroso di quella tipologia di motivi e segnala un confronto con la realtà un po' più fecondo: e si può immaginare – o auspicare – che anche il colloquio di convalida ne sia qualitativamente investito.

Tuttavia, nonostante l'affinamento delle voci proposte, si accentua notevolmente, per le lavoratrici madri, la concentrazione nelle motivazioni relative all'inconciliabilità del lavoro con l'assistenza al figlio riferita a cause “esterne” (assenza di supporti familiari, insufficienza o costi alti dei servizi) a un'organizzazione del lavoro la cui rigidità è percepita come inevitabile: su queste voci si passa dal 36,66% del 2015 al 49,26% (mentre i padri lavoratori si dimettono con queste motivazioni nel 4,4% dei casi).

A probabile conferma di quanto appena notato, sempre con riferimento alle madri, appaiono significativi due dati:

a) rimane bassa (diminuendo anzi in percentuale: appena il 4,7%) la risposta relativa alla mancata concessione di *tempo ridotto o flessibile* come causa di dimissioni: e le condizioni di base delle lavoratrici dimissionarie relative ai tempi di lavoro (l'esistenza di un buon numero di *part timer* preesistenti, la scarsa propensione a chiedere modifiche dell'orario e l'altrettanto scarsa propensione delle imprese a concederle) non appaiono mutate rispetto al 2015;

b) ha invece un notevole riscontro (2610 unità, pari al 9,51% delle madri, a fronte di pochissimi padri) la motivazione (introdotta col nuovo modello) relativa a “*organizzazione e condizioni di lavoro particolarmente gravose o difficilmente conciliabili con esigenze di cura della prole*”: se le risposte di queste lavoratrici illuminano per un attimo le condizioni effettive di settori “difficili”, qualche perplessità nella formulazione di quella motivazione rimane, nella misura in cui sembra avallare l'esistenza di lavori “inconciliabili”.

Apparentemente equilibrate fra i generi in termini assoluti, le dimissioni motivate con il “passaggio ad altra azienda” riguardano il 18,56% delle lavoratrici madri contro il 72,61% dei lavoratori padri: per i quali il mutamento di lavoro si conferma come ragione prevalente, in presenza però di una incidenza delle motivazioni “residuali” non espresse ancora abbastanza alta (il 14,65%, contro l'11,78 delle madri).

L'introduzione nel modello della voce relativa al “*mutamento della sede di lavoro*” permette ora di isolare i casi in cui è un provvedimento del datore di lavoro concomitante con la maternità/paternità (e non un'autonoma scelta del lavoratore/della lavoratrice di mutare il proprio luogo di vita) a determinare una distanza che diventa ragione di inconciliabilità fra lavoro e condizione genitoriale: anche se i casi non sono molti, è significativo che si tratti di 401 donne a fronte di 49 uomini, e che si sia registrato un concomitante calo della preesistente voce genericamente riferita alla distanza fra residenza e luogo di lavoro.

La risposta – anch'essa “nuova” – che riconduce le dimissioni al “*mutamento delle mansioni*” ottiene un riscontro che la *Relazione* definisce come “residuale” (comunque molto superiore per le donne rispetto agli uomini: 147 contro 28).

A proposito di quest'ultima motivazione, e anche di quella precedente relativa alla sede di lavoro, e della loro presunta irrilevanza statistica, si può osservare tuttavia che la presenza sul modello di convalida di voci che si richiamano ad atti di esercizio dei poteri datoriali (trasferimento di sede, mutamento di mansioni), indipendentemente dal riscontro statistico, ha un ruolo tutt'altro che marginale, finendo per rafforzare gli aspetti di deterrenza e prevenzione degli abusi che concorrono a giustificare l'esistenza della convalida.

Più in generale su questo monitoraggio, al di là dell'ovvia considerazione che una maggiore analiticità delle voci porta a una conoscenza migliore del fenomeno oggetto di attenzione, si può dire che questa prima lettura dei dati raccolti nel 2016 mostra almeno una cosa: che i profili nuovi che cominciano a emergere sono anche quelli che riaprono dubbi e sollecitano aspettative sulle dinamiche "vere" che si creano in occasione della procedura di convalida: fra i suoi protagonisti diretti (la lavoratrice o il lavoratore, e il funzionario che ha il compito di convalidare), gli altri soggetti – "esterni", ma non troppo – che è possibile attivare (uffici ispettivi, commissioni di conciliazione, Consigliera di parità) e, soprattutto, il datore di lavoro, vero "convitato di pietra" della rappresentazione. Perché, si ribadisce, non è per nulla scontato che un monitoraggio migliore si traduca direttamente in conseguenze apprezzabili sotto il profilo della qualità della tutela: queste dipenderanno in larga misura dall'investimento complessivo, in termini di risorse, organizzazione e formazione, che si deciderà di disporre, oltretutto, su un piano più generale, da fattori riconducibili al mutato contesto normativo della tutela del lavoro in cui gli istituti di controllo sulle dimissioni e le risoluzioni consensuali vanno inevitabilmente collocati.

5. Oltre le dimissioni in bianco: domande (non troppo) nuove.

L'assetto attuale delle regole sul recesso volontario o consensuale di lavoratori e lavoratrici sa ancora di antico, riproponendo, a condizioni mutate, la distinzione tradizionale fra disciplina generale e disciplina speciale. Certo, ora (quasi) tutti i lavoratori sono protetti contro una rozza pratica fraudolenta e, se si dimettono o risolvono consensualmente il rapporto, hanno sette giorni di tempo per revocare la decisione; ma la verifica della genuinità del consenso unita all'accertamento ("promozionale") circa la fruizione di diritti e tutele restano circoscritti a un'area di specialità, anche se parecchio più estesa – quanto a soggetti e tempi – rispetto al passato. Il livello complessivo di tutela si è dunque innalzato, e d'altra parte l'esistenza di ottime ragioni per mantenere una protezione rafforzata in occasione della maternità/paternità resta incontestabile.

Ma il solco fra le due discipline rimane profondo, mentre per un certo tempo si era intravvista la possibilità di attenuarlo: insomma, l'ultimo intervento legislativo, indipendentemente dall'efficacia che saprà dimostrare nel contrasto alle dimissioni in bianco, rischia di allargare il divario delle tutele fra lavoratori genitori (di figli piccoli), da un lato, e "tutti gli altri".

Tecnica della modalità telematica del recesso e tecnica della convalida si escludono a vicenda, a contrassegnare mondi separati che tali, nella realtà delle persone in carne e ossa, non sono. La giustificazione del divario appare infatti sempre più artificiale quando si consideri, ad esempio, che le esigenze conciliative che potrebbero indurre a uscire dal mercato del lavoro (magari alimentando, specie in certi settori, il lavoro saltuario/irregolare), o esporre al rischio di manipolazioni della volontà, non cadono di colpo al compimento del terzo anno del figlio né sono ormai legate alla sola genitorialità.

Come più volte sottolineato, la garanzia dell'autenticità della data propria del modulo telematico lascia comunque il lavoratore esposto al rischio di pressioni e condizionamenti esercitati in forma diversa dalle dimissioni in bianco. E il sapore di antico è persistente, poiché, data certa a parte, tutto sembra tornare alle origini: ora come allora, "basta la libertà contrattuale", tanto più che la sua attitudine a diventare, per lavoratori e lavoratrici, la classica arma a doppio taglio preoccupa meno, essendo ora (appena) attenuata dalla possibilità di ripensarci.

Così, il diritto di revoca, che – scelta certo apprezzabile – è sopravvissuto all'abrogazione della disciplina generale contenuta nella legge 92/2012, finisce col rappresentare l'esile ponte fra la situazione ritenuta meritevole di maggior protezione e quella generale: rendendo possibile a tutti i dimissionari (sia pure nel breve intervallo di sette giorni) una considerazione più meditata della scelta fatta, e l'acquisizione eventuale di informazioni che, in qualche caso, potrebbero suggerire alternative alla rinuncia al lavoro: tanto più considerando il fatto che, soprattutto dopo il d.lgs. 80/2015, le misure conciliative tendono a diversificarsi e anche i corrispondenti diritti si distribuiscono su periodi più lunghi, cosa che potrebbe mutare la percezione del soggetto circa la sostenibilità del lavoro. Un ponte fragilissimo, però, la cui consistenza poggia su condizioni "ambientali" pessime, data l'evanescenza di figure e strutture sulle quali il lavoratore dovrebbe poter contare – e *sapere* di poterlo fare, e farlo "rapidamente"! – per riconsiderare eventualmente quella scelta.

Quanto alla tecnica di convalida, essa appare, a uno sguardo disincantato, come l'ultimo esemplare rimasto di un controllo di tipo tradizionale – predeterminato quanto al soggetto pubblico che lo svolge, alle modalità, agli esiti possibili – che corre però un alto rischio di involuzione. La vicenda non esaltante del tentativo di estendere tale tecnica al di fuori dell'area della maternità/paternità qualcosa insegna, nonostante sia stata chiusa e archiviata ancor prima che potesse diventare oggetto di studio: racconta quanto rapidamente un simile tipo di garanzia possa degradare a mero adempimento burocratico diventando un baluardo fittizio, e fornendo così ottimi argomenti ai "semplificatori" di turno. Per il modo in cui era congegnata la disciplina generale delle dimissioni nella l. 92/2012, il fallimento della tecnica di convalida era certamente prevedibile, forse perfino previsto: la vicenda ricorda, per qualche non trascurabile analogia, quella della convalida per i casi di trasformazione del rapporto di lavoro dal tempo pieno al part time, la cui abrogazione fu infine disposta nel 2011 dopo un progressivo svuotamento di fatto dell'efficacia protettiva dell'istituto¹⁰¹⁵.

Alla convalida per i lavoratori genitori sembrerebbe riservata una sorte diversa: contrassegnata, prima, dall'estensione applicativa disposta dalla legge, e poi da un rafforzamento derivante dalla maggior "cura" riservatele dagli stessi apparati amministrativi.

Dunque è valsa la pena conservarla? E a quali condizioni potrà mantenersi coerente con la *ratio* sottesa alla sua istituzione e, ancor più, alle finalità plurime implicite nella sua estensione, dal 2012 in poi?

Non basterà rispondere che la convalida funziona *comunque*, di per sé, come deterrente nei confronti di comportamenti *contra legem*: la sua mera sopravvivenza a questo fine non ne eviterà lo strisciante degrado, di cui sono sintomi evidenti da un lato, la riferita percezione dell'inutilità della

¹⁰¹⁵ Cfr. R. VOZA, L'autonomia individuale assistita nel rapporto di lavoro, cit., p. 141.

procedura da parte di molti utenti, e, dall'altro, una certa tendenza alla banalizzazione o alla minimizzazione del proprio ruolo da parte di alcuni operatori.

Né basterà trarne, come pure si sta facendo, la predisposizione delle condizioni conoscitive del fenomeno per una sua migliore rappresentazione statistica.

Si vedrà col tempo se la riflessione sui dati – preoccupanti per un verso, ma allo stesso tempo capaci di indicare direzioni di intervento – saprà avviare circuiti virtuosi quanto al miglioramento della qualità della convalida e della capacità di trattare efficacemente i singoli casi: quanto meno attraverso la formazione mirata degli addetti e la stabilizzazione di criteri non casuali di collegamento fra funzione di convalida e funzione ispettiva. In particolare si vedrà se la convalida saprà mantenere, in materia di conciliazione, la funzione promozionale – della conoscenza e della fruizione dei diritti – che deve esserle riconosciuta: sarà possibile e realistico che in quella sede si riesca a esplorare la praticabilità nel caso concreto di strumenti conciliativi – di fonte legislativa e non solo – che si vanno facendo più flessibili, variegati e diluiti nel tempo rispetto al passato? ciò presupporrebbe, fra l'altro, consolidare un ruolo meglio definito e strutturato per la Consigliera di parità, cosa non facilmente armonizzabile con le restrizioni di poteri e risorse delle Consigliere disposti nello stesso decreto 151/2015. Eppure i più recenti monitoraggi (l'ultimo in particolare) mostrano con sufficiente chiarezza quanto ampio potrebbe essere lo spazio di intervento in questo ambito (si ripensi ai dati sulle dimissioni in gravidanza, e a quelli sui diritti di maternità/paternità non fruiti).

Basterà? Probabilmente no: o meglio, non sono più solo queste le domande appropriate, poiché nel frattempo la partita si è platealmente spostata anche su un altro tavolo. Si è aperto questo lavoro ricordando che la prima forma di tutela in caso di dimissioni era nata nel cono d'ombra di un divieto di licenziare. Tutelare la lavoratrice dimissionaria significava blindare quel divieto. Estendere, pur molto tempo dopo, la tutela in caso di dimissioni (e mi riferisco qui sia al regime generale che a quello per i genitori nella parte eccedente il divieto di licenziamento) avrebbe potuto mantenere lo stesso significato di sostegno indiretto alle garanzie del lavoro, soprattutto alla protezione in caso di licenziamento. Ma non è andata esattamente così. Le nuove regole in materia di dimissioni sono state introdotte mentre si smontavano quelle sui licenziamenti: il cantiere era lo stesso e, da questo punto di vista, le prime non "puntellano" più quasi nulla. Il contrasto alle dimissioni in bianco resta importante ma perde smalto. Per i lavoratori genitori tutto ciò rafforza, e non indebolisce, la tesi fin qui sostenuta della polifunzionalità della protezione mediante convalida. Ma resta il fatto che, per la lavoratrice madre, la licenziabilità facilitata che caratterizza il contratto standard dopo il d.lgs. 23/2015 fa del primo compleanno del figlio una data potenzialmente molto più ansiogena di prima, con buona pace della applicabilità della convalida nei due anni successivi: perché licenziare per giustificato motivo oggettivo (a maggior ragione dopo la disattivazione, per gli assunti con il "contratto a tutele crescenti", del tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 7 l. 604/1966) magari corredando il provvedimento di una "offerta di conciliazione", può diventare perfino più sbrigativo e meno problematico che indurre alle dimissioni. Come dire che per le garanzie, vecchie e nuove, in materia di dimissioni si profila un rischio ulteriore e insidioso, quello della irrilevanza.

Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*

Adalberto Perulli

1. Premessa di metodo.	287
2. Qualificazione delle fattispecie e razionalità degli effetti: alla ricerca dei valori nel diritto del lavoro.	288
3. L'estensione della disciplina della subordinazione al lavoro "organizzato" dal committente.	292
4. Dal lato della subordinazione: il lavoro agile.	295
5. Dal lato dell'autonomia: la nuova nozione di prestazione d'opera coordinata e continuativa.	297

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 341/2017

1. Premessa di metodo.

In questo scritto mi propongo di affrontare alcuni temi che riguardano il discorso giuridico sulle categorie normative di subordinazione e autonomia alla luce dei più recenti interventi legislativi: il d. lgs. n. 81/2015 e la legge n. 81/2017. L'intreccio tra questi due formanti normativi ha prodotto una sorta di piccolo "sisma", le cui onde d'urto interessano l'intero sistema giuslavoristico ed impongono all'interprete di sviluppare un'opera critico-ricostruttiva in merito alle categorie in esame.

Il discorso che condurrò si articola su due diversi piani, che risultano tuttavia strettamente connessi: mi occuperò sia, *de iure condito*, degli aspetti strettamente tecnico-giuridici relativi alla morfologia delle categorie concettuali del lavoro subordinato e del lavoro autonomo, così come riviste alla luce della recente legislazione; sia, *de iure condendo*, dei valori che quelle categorie sono in grado di veicolare, onde il discorso su subordinazione e autonomia non riguarda solo le tecniche di qualificazione dei rapporti di lavoro ma, principalmente, l'orientamento assiologico che la regolazione assume, in uno con la capacità del legislatore di leggere i fenomeni sociali ed economici al fine di proporre soluzioni normative congruenti, efficaci e teleologicamente orientate alla promozione dei valori di fondo che animano il sistema di diritto del lavoro. Il lettore capirà che il mio interesse riguarda primariamente questo secondo profilo, che colloca subordinazione e autonomia nell'alveo delle categorie modali assiologiche che assume il rapporto fra norma e soggetto. Ritengo, infatti, che in questa fase storica di "mutamento di paradigma" del diritto del lavoro il giuslavorista, più che rinchiudersi nella torre eburnea dell'interpretazione autoreferenziale e dell'esegesi alla Alice, debba confrontarsi a fondo e senza veli ideologici con il contenuto delle norme nel loro profilo teleologico, aprendosi al confronto con sistemi di pensiero alternativi (su cui un ruolo rilevante gioca la comparazione), e proponendo egli stesso soluzioni, o proposte di soluzioni, che mettano in gioco il sistema, fornendo ad esso rinnovate fondamenta culturali e valoriali, secondo un metodo "humptidumpiano"¹⁰¹⁶.

Il cambio di paradigma del diritto del lavoro non attiene unicamente al grado/intensità delle tutele, alla qualità della regolazione, alla capacità del legislatore di temperare gli opposti interessi in una fase di cambiamento epocale dei sistemi economici e produttivi, ma riguarda soprattutto il tema della universalità *versus* selettività delle tutele, *id est* il campo (o, come vedremo i campi) di applicazione di un sistema normativo che, per rispondere alla complessità dell'ambiente, dovrebbe farsi sempre più modulare, articolato e plurale, interessandosi non solo della stretta cerchia del lavoro dipendente ma, più in generale, di tutte le forme di prestazione avente ad oggetto un *facere* per altri. Il cambio di paradigma del diritto del lavoro, se confrontato con i suoi valori di fondo, ancora saldamente ancorati a principi di solidarietà, equità e giustizia sociale, unitamente all'introyettarsi nel sistema di una rinnovata esigenza di compatibilità con i valori espressi dall'economia, dal mercato e dall'impresa, non può che partire, infatti, da una decostruzione della precomprensione originaria secondo la quale il diritto del lavoro riguarda solo il lavoro "subordinato/dipendente" inteso nella sua accezione più standardizzata, che affonda le sue radici nell'idea novecentesca di un sistema produttivo taylor-fordista, cui si affiancano, quali epifeno-

¹⁰¹⁶ Cfr. U. Scarpelli, Metodo giuridico, in Enciclopedia Feltrinelli Fischer, Diritto, 2, a cura di G. Crifò, Feltrinelli Editore, Milano, 1972, p. 427, ove si riferisce alla coscienza di una responsabilità morale e politica dell'interprete.

meni secondari, le modalità di lavoro non riconducibili allo schema della gerarchia. È mia opinione, infatti, che solo attraverso questa decostruzione, che impone sia un ripensamento della sfera di applicazione delle tutele, sia una loro diversa modulazione, i sistemi di diritto del lavoro potranno superare le colonne d'Ercole che gli sono state imposte dal grande compromesso sociale fordista che ha marcato il secolo del Lavoro; compromesso che oggi deve essere ripensato in forme nuove, per fornire elementi di sicurezza a tutti gli attori di un mercato del lavoro e di una dimensione esistenziale del lavoro sempre più complessa, incerta e rischiosa.

2. Qualificazione delle fattispecie e razionalità degli effetti: alla ricerca dei valori nel diritto del lavoro.

Nella evoluzione del diritto del lavoro europeo, molti sono i segnali di una rivisitazione della dialettica regolativa tra subordinazione e autonomia. L'*input* principale di questi percorsi di riallineamento/distribuzione delle tutele è dato dall'innovazione tecnologica e dalle nuove forme dell'economia digitale, segnatamente dall'irrompere sulla scena di attori, come le piattaforme digitali, in grado di scompaginare i basilari riferimenti soggettivi del diritto del lavoro. Il confine tra subordinazione e autonomia, da sempre incerto e poroso nonostante il rigore metodologico con cui la *summa divisio* può essere tracciata *in apicibus*, tende vieppiù a sfrangiarsi, e i materiali contenuti nell'uno come nell'altro universo contermini si muovono, trascinati dai fattori della produzione, per essere ricomposti da legislatori intenti a rintracciare, in questo incerto sommovimento, una bussola razionale di regolazione. L'esito di questi processi riguarda un cambio di paradigma del diritto del lavoro anche nell'ambito della classificazione/qualificazione delle fattispecie aventi ad oggetto un *facere* per altri, in una logica che si discosta progressivamente dall'impostazione rigidamente binaria delle categorie del lavoro subordinato e autonomo¹⁰¹⁷.

In altra occasione ho scritto che questo percorso di cambiamento può essere metaforicamente descritto come un passaggio da una logica regolativa basata sull'idea di *confine* tra fattispecie ad una regolazione per "*soglie*" che incrociano le fattispecie¹⁰¹⁸: mentre il confine segue il principio secondo cui le discipline delle prestazioni aventi ad oggetto un *facere* a favore di altri si distinguono in ragione della natura subordinata o autonoma del vincolo contrattuale cui ineriscono, la soglia indica invece uno spazio che supera la scansione *tipo-logica* dell'*aut-aut* e definisce un nuovo criterio regolativo *topo-logico*, dove la determinatezza del confine lascia il passo ad uno spazio disciplinare che relativizza, senza eliminarle del tutto, le barriere tipologiche, prospettandosi quella situazione combinatoria tale per cui le tutele si declinano in ambiti non necessariamente coincidenti con quelli designati dal tipo standard di lavoro subordinato. Si moltiplicano, di conseguenza, le ipotesi legali in cui le tutele di stampo giuslavoristico, lungi dal rimanere confinate entro lo stretto ambito del lavoro subordinato (identificato come tale secondo i convergenti criteri della legge o della giurisprudenza, ma nella sostanza riconducibili al concetto di eterodirezione), vengono applicate, in tutto o in parte, a situazioni intermedie tra la subordinazione l'autonomia; e tale tendenza, che una attenta dottrina ha indicato in termini di "*proliferation of intermediate categories*"¹⁰¹⁹, sembra appunto rispondere alle sollecitazioni di un sistema produt-

¹⁰¹⁷ Cfr. A. Perulli, Lavoro e tecnica al tempo di Uber, in Riv. Giur. Lav., 2017

¹⁰¹⁸ A. Perulli, Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia, in Lav. Dir., 2015, p. 262 ss.

¹⁰¹⁹ G. Davidov, A Purposive Approach To Labour Law, Oxford University Press, 2016, p. 135 ss.

tivo in continua evoluzione, capace di creare figure professionali ibride, che si muovono sui mercati del lavoro senza precisa o fissa “dimora” nelle caselle social-tipiche (prima ancora che legal-tipiche) della subordinazione o dell’autonomia.

Il tema è stato affrontato in guise metodologicamente differenti, ma convergenti nella necessità di ripensare i confini del diritto del lavoro, la sua espansione *universalistica*, ovvero la sua capacità – solo apparentemente opposta – di penetrare *selettivamente* ambiti sociali sprovvisti di considerazione sociale e relegati ad una regolazione puramente civilistica o commercialistica. Si pensi, ad esempio, alle analisi che considerano la distinzione binaria tra subordinazione e autonomia addirittura “falsa”, e comunque insufficiente, suggerendo di identificare, al suo posto, una nuova “famiglia di contratti”, con sette tipi empirici di relazioni lavorative (lavoro subordinato standard, lavoro pubblico, professioni liberali, *freelancers*, lavori atipici, *trainees* e volontariato) caratterizzate da un legame personale (*Personality of Work*), concetto più esteso del *contract of employment* e tale da giustificare una somministrazione selettiva di tutele anche ai lavoratori autonomi, estese alla libertà di organizzazione, associazione sindacale e astensione collettiva e del diritto alla sicurezza e previdenza sociale¹⁰²⁰.

In una diversa prospettiva, ma convergente *quoad effectum*, si pone chi, come il sottoscritto, ha teorizzato di affrontare da un punto di vista legislativo (non solo nazionale ma anche *européo*) il tema del lavoro “economicamente dipendente”, concetto che accomuna il lavoro subordinato e (parte di) quello autonomo, qualificando una categoria “sovratipica” di rapporti di lavoro la cui inclusione nell’orizzonte regolativo del diritto del lavoro si giustifica sia in una logica *selettiva* (giacchè si riferisce ad un particolare gruppo sociale che esprime bisogni specifici di tutela) sia in una direzione *universalistica* (in quanto espande lo spettro di azione del diritto del lavoro, o di parti di esso, a categorie addizionali di prestatori)¹⁰²¹.

Queste ricerche, che tendono a ridisegnare i criteri di attribuzione e di selezione delle tutele, conducono a ripensare criticamente l’opposizione tipologica subordinazione/autonomia per “organizzare normativamente il passaggio dal *confine*, che esprime una tipizzazione lineare del diritto, alla *soglia* o *limen* intesa come nuova geometria dimensionale del diritto del lavoro; geometria che suggerisce, invece della tradizionale opposizione, uno spazio di attraversamento, di mobilità e cambiamento del lavoro”¹⁰²². Si tratta di una prospettiva che, lungi dal rispecchiare esigenze puramente formalistiche o di efficienza dei processi di qualificazione, deve essere colta nell’ambito di una nuova visione dei *valori* di solidarietà, equità e giustizia sociale che informano gli obiettivi regolativi del sistema giuslavoristico. Una prospettiva che riannoda gli antichi (ma in fondo mai perduti del tutto) nessi che collegano il lavoro autonomo e quello subordinato¹⁰²³, testimoniando la relatività e miopia delle visioni che collocano quei mondi del lavoro su rette paral-

¹⁰²⁰ M. Freedland, N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹⁰²¹ Cfr. A. Perulli, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, Bruxelles, 2002; sull’esigenza di un equilibrato rapporto tra universalismo e selettività cfr. G. Davidov, *The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity*, in *University of Toronto Law Journal*, p. 2014, 64, 1 ss.

¹⁰²² Rinvio per approfondimenti a A. Perulli, *Costanti e varianti*, op. loc. cit.

¹⁰²³ Cfr. A. Perulli, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *Lav. Dir.*, 2017.

lele e non già su un *continuum*: onde l'alternatività predicata dai sostenitori della frattura ontologica dovrebbe cedere il passo ad una progettualità legislativa basata sulla capacità di identificare normativamente un'area in cui "entrano in comunicazione al di là della distinzione tra subordinazione e autonomia i contratti nei quali viene dedotta una prestazione di lavoro"¹⁰²⁴.

Il problema posto dall'innovazione tecnologica sui rapporti di lavoro, quindi, non richiama semplicemente l'impiego della tecnica giuridica in punto di qualificazione, secondo schemi interpretativi autoreferenziali. Il tema è, a monte di quei processi di qualificazione, essenzialmente assiologico e teleologico, e non attiene tanto alla tenuta (ovvero obsolescenza) delle categorie tradizionali, interrogate per verificarne l'idoneità a risolvere i problemi di qualificazione dei rapporti di lavoro nell'ambito dei modelli di *shering economy*, o della fin troppo enfatizzata fabbrica. 4.0¹⁰²⁵, ma attiene alla razionalità degli effetti che la qualificazione produce in termini regolativi. Questo *dark side* della qualificazione è solitamente trascurato dalla dottrina, impegnata in sofisticate dispute concettuali, ma assai restia a spingersi nell'agone della prospettiva assiologica (che rimane in qualche caso espressa dalle opzioni ricostruttive azionate in sede interpretativa). È palese infatti che le categorie generali di subordinazione e autonomia, come abbiamo sempre ripetuto¹⁰²⁶, hanno in sé le qualità per realizzare l'opera di qualificazione, adattandosi a qualsivoglia processo lavorativo (dai *pony express* ai postini di Foodora, dai lettori di consumi idrici agli operatori di *call center*, dai giornalisti *freelance* ai *driver* di Uber, e via seguitando e distinguendo). Il vero problema è un altro: se cioè, l'impiego di quelle categorie, inserite in una logica sistemica di *aut/aut*, producano una qualificazione razionale ed equa sul piano dei valori, a prescindere dalla soluzione della questione formale di qualificazione. Un sistema giuridico del lavoro razionale ed equo, improntato a valori di giustizia sociale, non deve accontentarsi di possedere "categorie" (quali esse siano) consolidate e in grado di ricondurre la realtà sociale entro le rigide caselle del sistema tipologico, ma deve preoccuparsi di fornire risposte regolative che evitino, nell'operare di quei processi di qualificazione, l'attribuzione di ipertutele da un lato, e di tutele scarse o nulle dall'altro, *qualora il lavoratore esprima comunque un bisogno di protezione sociale*. Se in ipotesi i postini di Foodora sono qualificabili come lavoratori autonomi (o collaboratori coordinati e continuativi ai sensi del nuovo art. 409 n. 3 c.p.c.) in base alle categorie normative vigenti (perché non sottoposti a potere direttivo e liberi di accettare o meno gli incarichi), poco interessa (*de iure condito*) rilevare la "perdurante validità" delle nostre categorie normative, ovviamente capaci di qualificare, in un senso o nell'altro, quei rapporti¹⁰²⁷; è piuttosto il caso di preoccuparsi (*de iure condendo*) che quei postini, pur formalmente autonomi, possano percepire, in ipotesi, una retribuzione del tutto inadeguata rispetto alla prestazione resa, al di fuori di ogni controllo di adeguatezza sociale *ex art. 36 Cost.*; rimangano esclusi dalle protezioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro *ex art. 2087 c.c.*; siano soggetti ad un recesso *ad nutum* da parte della piattaforma, magari con il semplice preavviso o senza neppure questa minima precauzione... e non abbiano

¹⁰²⁴ M. D'Antona, Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, in ADL, 1995, p. 86 ss.

¹⁰²⁵ È questa la prospettiva in cui si pone correttamente, *de iure condito*, M. Biasi, Dai *pony express* ai *riders* di Foodora, WP ADAPT n. 11/2017.

¹⁰²⁶ Rinvio a A. Perulli, Il potere direttivo dell'imprenditore, Giuffrè, Milano, 1992, p. 346 ss. in cui, ragionando sulla variabilità della subordinazione, concludevo nel senso della capacità giurisprudenziale di valutare l'eterodirezione nella sua "dimensione di intensità variabile, morfologicamente instabile, ma comunque percepibile sul piano del dover essere normativo".

¹⁰²⁷ Cfr. in tal senso M. Biasi, pp. 5 e 20, ove sottolinea la "straordinaria attualità avanti alle rivoluzioni della tecnica che hanno segnato il passaggio dai *pony express* ai *riders* di Foodora"

diritto ad accedere ai diritti sindacali, in quanto prestatori autonomi. Se questo accade è perché, evidentemente, l'impiego delle categorie esistenti, in un mercato del lavoro assai più articolato, complesso e disomogeneo di quello degli anni ottanta in cui i *pony express* sfrecciavano sui loro motorini, *non produce risultati razionali sotto il profilo assiologico*: onde una nuova e preoccupante sfasatura tra fattispecie ed effetti si pone, in guisa aggravata, nell'era dell'economia digitale, sia essa "condivisa" o meno, interessando non qualche centinaio di *pony express* ma milioni e milioni di "lavoratori" su scala globale.

Il problema di un razionale ed equo sistema normativo del lavoro, capace di esprimere la portata assiologica dell'art. 35 Cost., non si risolve con la produzione di qualificazioni formalisticamente corrette, ovvero con l'evitare/ridurre incertezze qualificatorie – ciò che, peraltro, il nostro sistema ha alimentato, e non ridotto, con l'emanazione dell'art. 2, co.1, del d.lgs. 81/2015 –, bensì con il realizzare equità e giustizia sociale nella regolazione dei rapporti. Quell'equità che un sistema rigidamente binario, applicato ad un mercato del lavoro in continua evoluzione, non riesce più a produrre, alimentando segmentazioni e fratture regolative sempre meno comprensibili ed accettabili.

Una possibile soluzione, volta a restituire razionalità assiologica al diritto del lavoro nell'era digitale (e non solo) viene praticata in molti sistemi giuridici, e consiste nel valorizzare, oltre la tradizionale dicotomia subordinazione/autonomia, elementi, come la "dipendenza economica" in grado di estendere selettivamente tutele a rapporti di lavoro non subordinato, vuoi attraverso la creazione di figure intermedie (come ha fatto il legislatore inglese con la categoria di *worker*¹⁰²⁸), vuoi mediante la pura e semplice previsione, all'interno delle categorie esistenti, di percorsi soggettivi riservati, a fronte del ricorrere di determinati requisiti (come ha fatto il legislatore francese a proposito delle figure contemplate nel libro VII del *Code du Travail*). Prendiamo ad esempio la recente *Loi Travail*, recante "*nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*", laddove prevede regole applicabili ai "lavoratori autonomi che ricorrono per l'esercizio della loro attività professionale a una o più piattaforme di messa in relazione per via elettronica", escludendo, viceversa, l'applicazione delle norme relative al lavoro a domicilio. In particolare, la legge statuisce una inedita "responsabilità sociale delle piattaforme", tale per cui, *qualora la piattaforma determini le caratteristiche della prestazione di servizi forniti o del bene venduto e fissi il suo prezzo*, vengono garantite al prestatore una serie di diritti normalmente non riconosciuti ai lavoratori autonomi. Si tratta dell'assicurazione sociale in caso di infortuni e malattie professionali, di un diritto alla formazione professionale e alla certificazione delle competenze, ma anche di diritti collettivi come il diritto di organizzazione sindacale, una sorta di diritto sciopero inteso come peculiare strumento di tutela contro i comportamenti ritorsivi della piattaforma, ed infine un diritto sociale molto importante, relativo all'indennità di disoccupazione per i lavoratori che perdano le occasioni di operare sul mercato professionale attraverso le piattaforme tecnologiche. Questa regolazione dimostra, da un lato, che non sono necessarie forzate riconduzioni a subordinazione per garantire una efficace base di protezione per i lavoratori *app-driven* e che, di converso, non è sufficiente dotarsi di categorie qualificatorie efficaci nell'identificazione della fattispecie, ma è necessario intervenire a monte della qualificazione con regolazioni selettive a tutela

¹⁰²⁸ Si tratta di una nozione più ampia di quella di lavoratore subordinato (employee): cfr. A. Perulli, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries, in G. Casale (Ed.), *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, Hart Publishing, 2011, p. 159 ss.

del lavoratore autonomo della piattaforma, per limitare le prerogative, talora molto invasive, di un contraente forte cui deve essere imposto il rispetto di una adeguata “responsabilità sociale”.

Nello stesso senso si muove un influente Rapporto redatto quest’anno per il governo inglese. La *Review*, nel ribadire l’utilità delle categorie intermedie come quella dei *workers*, sottolinea come le piattaforme forniscano ai prestatori una libertà di decidere se lavorare e quale lavoro svolgere o rifiutare, ma allo stesso tempo li espongono a rischi per la loro salute e li costringono a percepire compensi che si pongono al di sotto del *National Minimum Wage*. Di conseguenza, si propone di ridefinire la nozione di “*worker*” impiegando il concetto di “*dependent contractor*”, attribuendo ad esso uno status in grado di assicurare che “*those working in the gig economy are still able to enjoy maximum flexibility whilst also being able to earn the NMW*”¹⁰²⁹.

Ancora una volta, quindi, il problema di fondo, su cui testare la razionalità assiologica del sistema, non consiste tanto nel qualificare correttamente come autonomo (parasubordinato) il postino di Foodora sulla base degli indici esistenti, ma di attribuire comunque a quel postino una tutela che garantisca al suo status lavorativo elementi di dignità e di equità che, attualmente, non gli sono riconosciuti. Le tesi che predicano l’inutilità di “affaticarsi nella ricerca (*recte*, nella costruzione) di inedite “categorie”¹⁰³⁰, ovvero, sotto altro profilo, ribadisce la centralità del lavoro “dipendente diffuso”¹⁰³¹ e delle sue tradizionali tutele (pur vistosamente “decrecenti”), non sembrano offrire risposte adeguate ai problemi di razionalità assiologica e di selettività delle tutele: vuoi perché, basandosi sul mantenimento delle categorie esistenti, riproducono di fatto l’alternativa secca tra subordinazione e autonomia, con le conseguenti controindicazioni regolative (tutte le tutele da un lato, nessuna tutela dall’altro), vuoi perché attribuendo il valore di fattispecie unicamente al lavoro dipendente “diffuso” restano mute a fronte di esigenze di giustizia sociale che altri sistemi giuridici affrontano, e tentano di risolvere, proprio attraverso la creazione di *nuove categorie*: le quali, senza mandare in soffitta la inesauribile attualità della distinzione tra subordinazione e autonomia, correggono gli effetti irrazionali di una dicotomia manichea, inadatta a cogliere le istanze di tutela e di giustizia sociale, pur modulari e flessibili, che i nuovi modelli produttivi ed economici incessantemente sollecitano.

3. L’estensione della disciplina della subordinazione al lavoro “organizzato” dal committente.

Come si colloca la legislazione italiana più recente rispetto alle questioni di razionalità degli effetti della qualificazione? E quali riflessi sistemici, sul piano della dialettica subordinazione/autonomia, suggerisce la nuova legge sul lavoro autonomo e sul lavoro agile? Affrontiamo subito la prima questione. Si può invero sostenere che, seppure il legislatore non abbia inteso valorizzare categorie intermedie – ché, anzi, come vedremo, ha optato per una sostanziale riduzione, se non azzeramento, della terra di mezzo rappresentata dalle collaborazioni coordinate e continuative: v. *infra* -, un decisivo percorso di estensione sovratipica sia stato realizzato con il *Jobs Act*, ed in particolare con l’art. 2, co. 1, del d. lgs. 81/2015, che prevede l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. A dire il vero, questa conclusione

¹⁰²⁹ Cfr. Good Work. The Taylor Review of Modern Working Practices, July 2017, p. 37.

¹⁰³⁰ Così M. Biasi, op. cit., p. 18

¹⁰³¹ L. Mariucci, Culture e dottrine del giuslavorismo, in Lav. Dir., 2017

risulterebbe smentita laddove si opti per una interpretazione del disposto in chiave di “precisazione” della fattispecie di subordinazione di cui all’art. 2094 c.c.; se così fosse, questo intervento normativo esprimerebbe solo la volontà di ricondurre entro la tipologia del lavoro subordinato fattispecie già di per sé qualificabili, sulla base degli indici giurisprudenziali, nei termini della subordinazione. In tal prospettiva, tuttavia, la norma si replicherebbe inutilmente i criteri di qualificazione dei rapporti già praticati nel diritto vivente, senza alcuna incidenza sul piano dell’estensione delle tutele; dando ragione a chi ha parlato, al proposito, di una “norma apparente”¹⁰³².

Ritengo senz’altro preferibile una tesi diversa, che ravvisa nella disposizione in esame non già un intervento correttivo/manutentivo sull’art. 2094 c.c. (la collaborazione etero-organizzata non rientra nello schema idealtipico della subordinazione ex art. 2094 c.c.), bensì la giuridificazione di un indice (etero-organizzazione) finalizzato ad attrarre figure diverse dal lavoro subordinato standard, gravitanti nella soglia tra subordinazione e autonomia, che vengono ricondotte *per l’effetto* nell’area della subordinazione, senza essere tipologicamente qualificabili come tali, ovvero che ne venga disposta una “conversione automatica”¹⁰³³. Questa ipotesi ricostruttiva¹⁰³⁴, appare non solo maggiormente aderente alla lettera dell’art. 2 co.1, che si riferisce all’ambito applicativo della subordinazione e non alla fattispecie di subordinazione¹⁰³⁵, ma anche coerente con la *ratio legis* del *Jobs Act*, volta a riconsiderare il perimetro del diritto del lavoro secondo una logica che, da un lato, riduce lo statuto protettivo del rapporto di lavoro subordinato a vantaggio di nuove tutele sul mercato, dall’altro estende la disciplina del rapporto di lavoro al di là della subordinazione tradizionale, con un sensibile ridimensionamento del nesso tra qualificazione e dimensione assiologica della subordinazione. In questa estensione va colto un elemento assiologico importante, la cui rilevanza viene avvalorata dall’analisi della disciplina che il legislatore ha apprestato per il lavoro autonomo con la legge n. 81/2017. Si vuol dire, insomma, che l’art. 2, co. 1, esprime una netta identificazione della subordinazione e della sua disciplina come cuore pulsante dell’intero sistema del diritto del lavoro, senza nulla concedere alle tesi che variamente, nel corso degli anni, hanno tentato di rivedere la centralità della subordinazione disegnando un sistema più articolato e selettivo, che si espande verso l’autonomia – *rectius* va *oltre* l’autonomia, per rispondere alle esigenze di tutela di *tutte* le forme di lavoro.

Questa progettualità esce certamente sconfitta: non solo il fulcro delle tutele rimane la subordinazione, non solo le tutele riconoscibili a fattispecie altre dalla subordinazione standard (come nel caso delle collaborazioni eteroorganizzate) sono quelle (e solo quelle) del lavoro subordinato, ma il lavoro autonomo, specularmente, resta sprovvisto di tutele “giuslavoristiche”, gravitando le “nuove” garanzie nell’ambito esclusivo del diritto privato dei contratti (tutela contro l’abuso di dipendenza economica, disciplina del ritardo dei pagamenti ecc.). Di conseguenza, le “nuove” tutele del lavoro autonomo si addensano in una ambigua logica di “giustizia contrattuale”, assai controversa nell’ambito della dottrina civilistica, in quanto correlata direttamente ad una logica

¹⁰³² P. Tosi, L’art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?, in ADL

¹⁰³³ Coi, invece, si esprime L. Mariucci, Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo, in Lav. dir., 2015, p. 28, che prospetta la conversione automatica in rapporti di lavoro subordinato del collaboratore in condizioni di sostanziale subordinazione e/o dipendenza.

¹⁰³⁴ A. Perulli, Le collaborazioni organizzate dal committente, in L. Fiorilo, A. Perulli, a cura di, Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni, Giappichelli, Torino, 2015, p. 279 ss

¹⁰³⁵ T. Treu, Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali, in Ricerche Giuridiche, 3, 2014, p. 223 ss.

funzionale alla corretta dinamica del mercato concorrenziale piuttosto che ad una prospettiva di tutela della persona¹⁰³⁶.

Si può discutere della razionalità valoriale dell'opzione legislativa in ordine alla estensione della disciplina del lavoro subordinato, praticamente in blocco, a rapporti sinora non immediatamente riconducibili a subordinazione. A mio avviso l'operazione è in parte giustificabile, nell'ottica di un maggior universalismo delle tutele; ma è soprattutto criticabile nella misura in cui oblitera le esigenze di selettività e di modulazione delle tutele, compiendo un errore metodologico che ritroviamo, sia pur in campo opposto, nella legge n. 81/2017, che si applica indifferentemente a tutti i rapporti di lavoro autonomo senza distinguere, in seno ad essi, tra quelli maggiormente meritevoli di tutele, laddove, viceversa, una specifica e peculiare attenzione avrebbe dovuto riservarsi alle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., o ai c.d. prestatori a partita IVA economicamente dipendenti, specie se operanti in regime di monocommittenza o di committenza ristretta. Le giuste osservazioni di una parte della dottrina relative alla difficoltà di pervenire a soluzioni unicamente centrate su indicatori quantitativi (come la dipendenza reddituale)¹⁰³⁷, ben avrebbero potuto essere superate attraverso l'impiego contestuale di criteri qualitativi, a partire da quelli vigenti (le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.), evitando, per altro verso, errori grossolani, come quello compiuto dal legislatore spagnolo che ha rimesso la qualifica di TRADE alla necessaria adesione volontaria del prestatore (il che è alla base delle difficoltà applicative dello Statuto del lavoro autonomo nonché del suo relativo sottoutilizzo).

Quel che è certo, al di là dei giudizi critici che possono essere mossi al legislatore, è che l'art. 2, co. 1, non è affatto una norma apparente e può entrare in gioco, con i suoi effetti valoriali, in molte situazioni di confine, o di dubbia qualificazione. Si pensi, ad esempio, ai problemi di qualificazione delle nuove figure lavorative dell'economia digitale, almeno in tutti quei casi in cui la piattaforma-impresa continua ad identificarsi con un'organizzazione (e con un "potere" di organizzazione) del lavoro, e non si configura solo quale mero intermediario in un libero "mercato" di utenti-operatori, più o meno autonomi¹⁰³⁸. Sempre sul piano della razionalità valoriale si può sostenere che le nuove forme di organizzazione del lavoro comportano un'attenuazione degli interventi autoritativi dell'imprenditore, tanto da giustificare la riconduzione dei relativi rapporti nell'alveo della disciplina della subordinazione anche a fronte di una semplice "etero-organizzazione" della prestazione¹⁰³⁹. In tal prospettiva, ai fini qualificatori, il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore - inteso nell'accezione più rigorosa - diviene, con l'evolversi dei sistemi di organizzazione non gerarchici e con l'estendersi di forme di esternalizzazione di intere fasi del ciclo produttivo, sempre meno significativo della subordinazione. In sua assenza, forme altrimenti qualificabili come autonomo o parasubordinate, vengono attratte nell'orbita disciplinare della subordinazione grazie al disposto dell'art. 2, co. 1, d. lgs. 81/2015.

¹⁰³⁶ Rinvio a A. Perulli, La legge di tutela del lavoro autonomo: profili introduttivi, in L. Fiorillo, A. Perulli, Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, Giappichelli, 2017 (in corso di stampa).

¹⁰³⁷ Ad es. L. Mariucci, Culture e dottrine del giuslavorismo, in LD, 2017

¹⁰³⁸ Non ritiene, invece, utilmente impiegabile la nozione di prestazione etero-organizzata dal committente, introdotta nel nostro ordinamento con il discusso art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, G. Bronzini, L'agenda europea sull'economia collaborativa. Much Ado About Nothing?, in Riv. It. Dir. Lav., 2016, III, p. 267.

¹⁰³⁹ Cfr. O. Razzolini, La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie, in Dir. Rel. Ind. 2014, p. 974 ss.

Restano comunque importanti coni d'ombra sulla razionalità valoriale di tale soluzione legislativa. Infatti, la riconduzione a subordinazione delle fattispecie etero-organizzate, da un lato garantisce una nuova e decisiva espansione universalistica delle tutele incardinate sul tipo di cui all'art. 2094 c.c., le quali non sono escluse da eventuali margini, più o meno ampi, di autonomia, di iniziativa e di discrezionalità dei quali goda, di fatto, il prestatore; d'altro lato comporta il rischio di una eccessiva dilatazione dell'ambito di applicazione della subordinazione, la quale, in assenza di adeguati congegni di selezione e modulazione delle tutele, si traduce in una applicazione indifferenziata del diritto del lavoro a favore di soggetti bisognosi di protezione, ma in forme e misure diverse da quelle tipiche del lavoro subordinato "standard". L'estensione, disposta in modo universalistico e non selettivo, dell'intero edificio del lavoro subordinato, con particolare riferimento alla disciplina tipica, pone una serie di questioni di ordine pratico applicativo. Si pensi ad esempio all'esercizio del potere direttivo, al criterio di diligenza previsto nel secondo comma dell'art. 2104 c.c. (dovere di obbedienza), o alle norme in materia di mansioni e *ius variandi* (art. 2013 c.c.): dispositivi che non dovrebbero trovare applicazione a rapporti in cui non viene dedotta in obbligazione una prestazione di *facere eterodiretta* secondo le disposizioni impartite dal datore di lavoro, bensì una prestazione di lavoro *eteroorganizzata* (e quindi non sottoposta alle direttive specifiche e reiterate del datore di lavoro e al potere di conformazione della prestazione che solo il potere direttivo può contemplare).

4. Dal lato della subordinazione: il lavoro agile.

Le novità dal lato della subordinazione non riguardano solo l'introduzione del lavoro eteroorganizzato come fattispecie attratta *quoad effectum* nel campo di applicazione della disciplina giuslavoristica, ma anche una particolare regolazione per il lavoro agile, definito dal legislatore come una "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*" che può essere "*stabilita mediante accordo tra le parti*". È stata quindi compiuta una precisa scelta valoriale, disattendendo la diversa impostazione del d.d.l. n. 2229/2016 che consentiva di ricondurre il lavoro in modalità agile non solo a forme di lavoro subordinato, ma anche autonomo. Il riferimento alla possibilità di organizzare il lavoro agile anche "*per fasi, cicli ed obiettivi*" non esclude la natura subordinata del rapporto, ma pone la questione se, con il lavoro agile, il legislatore abbia introdotto un nuovo tipo di lavoro subordinato o se si tratti, più semplicemente, di una conferma di percorsi già avviati di "destandardizzazione" della disciplina¹⁰⁴⁰. Certamente il legislatore, proprio nel momento in cui si adopera per completare la dimensione regolativa del rapporto di lavoro autonomo con una disciplina di tutela, perverso scarsamente significativa, ha inteso ribadire la assoluta centralità della fattispecie di subordinazione, nell'ambito di un sistema dualistico, seppur temperato dalla fattispecie estensiva dell'art. 2, co. 1. (v. *retro*). Tuttavia, a mio avviso, non può negarsi che con la disciplina del lavoro agile si accentuano le tendenze al pluralismo regolativo e alla differenziazione funzionale in ragione delle esigenze dell'impresa, non solo attraverso una destandardizzazione della disciplina applicabile¹⁰⁴¹, ma mediante la creazione di una forma "speciale" di subordinazione, caratterizzata da una regolazione legislativa assai scarna che rinvia all'autonomia indivi-

¹⁰⁴⁰ Così, anche, G. Santoro-Passarelli, Lavoro eteroorganizzato, Lavoro eteroorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, in WPCSDLE "Massimo D'Antona", it 327/2017 p. 9.

¹⁰⁴¹ Cfr. G. Proia, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, in Giappichelli editore, Torino, 2017 (in corso di stampa).

duale. Nonostante il legislatore definisca il lavoro agile come una semplice *“modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato”*, proprio il rinvio alla disciplina del contratto individuale relativamente all’esercizio dei poteri datoriali sembra realizzare una deviazione rispetto al tipo di cui all’art. 2094, non ravvisabile, ad esempio, nella disciplina del telelavoro. Infatti, mentre il telelavoro viene definito dall’accordo interconfederale del 9 giugno 2004, che recepisce l’accordo quadro europeo del 16 luglio 2002 come una *“una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell’informazione nell’ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l’attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell’impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa”*, senza alcuna evidente deviazione dal tipo legale di cui all’art. 2094 c.c., nel caso del lavoro agile uno scostamento è molto evidente sia nella previsione di assenza *“di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro”*, sia per i contenuti dell’accordo individuale, il quale, ai sensi dell’art. 19, comma 1, disciplina l’*“esecuzione della prestazione lavorativa svolta all’esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore”*.

Si è detto, con riferimento alla possibilità che l’accordo individuale disciplini anche le *“forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro”*, che siffatta previsione non rende consensuale l’esercizio del potere direttivo, ciò che sarebbe invero *“cosa impossibile perché determinerebbe la negazione del potere stesso, che non può che essere unilaterale”*¹⁰⁴². Piuttosto il senso della norma sarebbe quello di *“attribuire all’autonomia delle parti la definizione delle “forme”, ossia le modalità, con le quali le direttive del datore di lavoro sono impartite al lavoratore durante la parte della prestazione, in cui possono risultare non funzionali i normali strumenti di comunicazione utilizzati quando la prestazione avviene all’interno dei locali aziendali (come le istruzioni verbali o gli ordini di servizio affissi nelle bacheche fisicamente presenti sul luogo di lavoro)”*¹⁰⁴³. Questa interpretazione, pur assai ragionevole, non convince del tutto. Trattandosi di un normale rapporto di lavoro subordinato, il datore di lavoro non avrebbe alcun bisogno di stabilire nell’accordo individuale le *“forme”* di esercizio del potere direttivo, in quanto, essendo egli il titolare di un potere giuridico, ben potrebbe unilateralmente decidere sia il contenuto, sia, a maggior ragione, le forme di esercizio di tale potere, semplicemente comunicando al prestatore le modalità con cui egli intenda avvalersi delle prerogative datoriali qualora il lavoratore svolga la prestazione all’esterno dei locali aziendali. Né si spiega come mai le forme del controllo e le modalità esecutive del potere disciplinare siano anch’esse demandate all’accordo individuale tra le parti, in netta dissonanza con quanto accade nella normale disciplina del rapporto di lavoro, in cui tali aspetti sono, al più, oggetto di contrattazione collettiva, ma non certo di contrattazione individuale.

La materia merita quindi una più approfondita analisi dogmatica. Per il momento si può avanzare la tesi che il lavoro agile rappresenti una fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una deviazione causale dal tipo legale arricchendosi di aspetti irriducibili al normale sinallagma contrattuale di cui all’art. 2094 c.c., segnatamente sotto il profilo degli interessi, ed in specie a) dell’interesse alla definizione delle forme di esercizio dei poteri datoriali in vista della migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e quindi, in sostanza, di una inedita corresponsabilizzazione del soggetto che versa in uno stato di soggezione (il lavoratore subordinato) nella defini-

¹⁰⁴² G. Proia, op. cit.; si tratterebbe di un *“ossimoro”*, secondo G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato.*, cit., 11

¹⁰⁴³ G. Proia, op. cit.

zione delle modalità con cui si attua la dimensione attiva del rapporto (l'esercizio dei poteri datoriali); b) dell'interesse alla definizione contrattuale, e quindi concordata, delle modalità con cui le prerogative imprenditoriali si attuano nel momento in cui il prestatore realizza la prestazione "disintermediandosi" dall'ambiente lavorativo standard, *id est* in forma diversa rispetto al normale "inserimento" nell'organizzazione di impresa.

Tale subordinazione parzialmente "condivisa" attraverso il medium del contratto individuale non esprime affatto una contraddizione in termini. Essa appare, peraltro, conforme *sia* alle tendenze evolutive più generali del lavoro subordinato, sempre meno caratterizzato da schemi gerarchici e unilaterali di organizzazione del lavoro, *sia* con l'evoluzione della nozione di potere nell'ambito della teoria generale, che registra una perdita del carattere discrezionale dei diritti potestativi¹⁰⁴⁴, *sia* con una visione "procedurale" della subordinazione nell'ambito di rapporti, come quello agile, caratterizzati da una notevole capacità proattiva del prestatore. In questa prospettiva il profilo causale del contratto, discostandosi da quello legale tipico dell'art. 2094 c.c., appare funzionale ad un diverso assetto degli interessi implicati, ed in particolare a realizzare una nuova visione dell'organizzazione del lavoro, volta a "stimolare l'autonomia e la responsabilità dei lavoratori e a realizzare una maggiore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro"¹⁰⁴⁵.

5. Dal lato dell'autonomia: la nuova nozione di prestazione d'opera coordinata e continuativa.

Oltre alla innovazione relativa all'estensione della disciplina del rapporto di lavoro alle collaborazioni eteroorganizzate, il legislatore, con la l. n. 81/2017, ha operato due significative riforme nel campo del lavoro autonomo: l'una attiene alla morfologia delle prestazioni d'opera coordinate e continuative, l'altra riguarda il piano sostanziale delle tutele da attribuire ai rapporti di lavoro autonomo non imprenditoriale. Ci si vuole qui soffermare in particolare sulla prima riforma, rinviando ad altri scritti le considerazioni che merita la seconda. Pervero, già l'innovazione del lavoro "organizzato dal committente" (art. 2, co.1, d. lgs. 81/2015) aveva imposto all'interprete una radicale rilettura del requisito del coordinamento, al fine di distinguerlo dal requisito dell'eteroorganizzazione: trattandosi di rapporti contrattuali aventi ad oggetto un *facere* entro le coordinate normative della *locatio operis*, la collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c., per non confluire nell'ambito delle collaborazioni di cui all'art. 2, co.1., deve necessariamente caratterizzarsi per rigorosi requisiti di autonomia nell'esecuzione dell'*opus*/servizio, con connotati di responsabilità e assunzione di rischio in capo al prestatore. In sostanza, per distinguere le due categorie, al di là degli elementi sfuggenti dell'alternativa tra obbligazione "di mezzi" e "di risultato", e dei connotati della durata che caratterizza (pur con significato tecnicamente diverso) entrambe le fattispecie, l'elemento discrezionale fondamentale risiede in ciò, che la prestazione "organizzata" dal committente soggiace ad un potere di organizzazione, diverso dal potere direttivo di cui all'art. 2094 c.c., ma comunque riconducibile alla nozione di *potere giuridico*, onde il committente incide organizzativamente sulle modalità esecutive della prestazione, nonché sui tempi e sul luogo di esercizio dell'attività prestatoria "formattando" il substrato materiale della presta-

¹⁰⁴⁴ Cfr. Guarnieri, Diritti soggettivi (categorie di), in *Digesto it.*, disc. Priv., V, Torino, 1989, p. 452 ss.

¹⁰⁴⁵ In tal senso, con riferimento alla P.A., si esprime la Direttiva n. 3 del 2017 in materia di lavoro agile

zione, che risulta a sua volta “formattata” secondo le esigenze che l’organizzazione, imperativamente ed unilateralmente, pone al lavoratore¹⁰⁴⁶. Diversa è la situazione intersoggettiva in cui versa il prestatore d’opera ex art. 409 c.p.c., così come reinterpretata alla luce dell’art. 2, co.1, del d.lgs. n. 81/2015: in tal caso il coordinamento della prestazione, senza risolversi in un auto-coordinamento¹⁰⁴⁷, deve essere ricostruito coerentemente con quanto prescrive, in generale, l’art. 2224 c.c. in tema di esecuzione dell’opera/servizio. Inoltre, considerato che il lavoratore parasubordinato ex art. 409 c.p.c. rimane saldamente ancorato a fattispecie di lavoro autonomo, la coordinazione della sua prestazione non deve interferire con la piena autonomia nell’organizzazione della prestazione lavorativa, atteggiandosi a mero criterio di collegamento funzionale di questa con l’attività del creditore. Quest’ultimo, come creditore della prestazione, non esercita né un potere direttivo, né un potere organizzativo nei confronti del debitore: il coordinamento costituisce un veicolo per internalizzare nella struttura del contratto (*rectius*, nel suo contenuto) le condizioni programmatiche secondo le quali la prestazione d’opera coordinata e continuativa soddisfa l’interesse complessivo e globale del committente. Questo interesse potrà anche essere “organizzativo” (nel senso del “collegamento funzionale” dell’*opus*/servizio con l’impresa committente, su cui la giurisprudenza ha incentrato la nozione di collaborazione coordinata e continuativa) ma non potrà manifestarsi attraverso *prerogative organizzative*; potrà invece penetrare nella dimensione bilaterale del contratto, unico contenitore volitivo in grado di garantire la congruenza fra l’attività espletata dal prestatore e gli obiettivi propri del committente secondo una programmazione negoziale concordata fra le parti. E tale programmazione delle parti non potrà più essere attuata in modo “rudimentalissimo o desumibile dal loro comportamento”, come, pur correttamente, affermava la migliore dottrina nell’ambito dell’originario quadro normativo¹⁰⁴⁸, ma dovrà essere esplicita e dettagliata già al momento della stipulazione del contratto (o della sua eventuale successiva rinnovazione), indicando le condizioni esterne di esecuzione dell’opera, vale a dire, ad esempio, la natura e la dimensione dell’*opus*, il materiale da adoperare, eventualmente il tempo e il luogo di esecuzione.

La fisionomia dell’istituto viene in tal modo ridisegnata, in una prospettiva del tutto opposta a quella, sopra menzionata, che ravvisava nel coordinamento un elemento indifferenziabile – se non a livello meramente quantitativo – dal potere direttivo del datore di lavoro, per rientrare, quel coordinamento, nell’alveo di una *richiesta qualificata di adempimento* dell’*opus*/servizio dedotto in contratto, affinché la prestazione finale corrisponda alle specifiche condizioni convenute nonché a quello che “obiettivamente appare l’interesse fondamentale dell’azienda con cui si collabora”¹⁰⁴⁹.

La nuova disciplina dell’art. 409 n. 3, disposta dall’art. 15 della l. n. 81/2017 c.p.c., porta a compimento e consolida sul piano normativo tale percorso interpretativo.

¹⁰⁴⁶ Per questi profili rinvio a A. Perulli, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, cit., ed ivi ai riferimenti alle tesi dottrinali particolarmente articolate sul punto.

¹⁰⁴⁷ Nel senso del coordinamento del prestatore “al” committente, secondo quanto prevedeva l’art. 62, co. 1, lett d, del d.lgs. n. 276/2003, in base al quale una parte della dottrina ha proposto la lettura dell’auto-coordinamento, cfr. M. Pedrazzoli, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in Id., *Il nuovo mercato del lavoro: commento al d. Lgs. n. 276/2003*, Bologna, Zanichelli, p. 706 s.

¹⁰⁴⁸ Così già M. Pedrazzoli, voce *Opera* (prestazioni coordinate e continuative), in *NNDI*, App., V, Torino, 1984, p. 475.

¹⁰⁴⁹ Così G. Santoro-Passarelli, voce *Lavoro autonomo*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 9.

Il coordinamento deve ormai essere compatibile con (e quindi garantire la) piena autonomia del collaboratore nell'organizzazione dell'attività lavorativa: da elemento limitativo dell'autonomia prestatoria in quanto funzionale all'organizzazione e all'esecuzione (si pensi al lavoro a progetto), il coordinamento garantisce la piena autonomia organizzativa del collaboratore. Di conseguenza, non è più possibile qualificare in termini di "potere" la prerogativa del coordinamento, che muta natura giuridica per rifluire compiutamente, e senza residui di ambiguità interpretativa, in una programmazione negoziale assolutamente consensuale, vale a dire "*stabilita di comune accordo tra le parti*". Inoltre, il coordinamento (e lo stesso accordo sul coordinamento) non riguarderà mai la fase di *esecuzione della prestazione* (che deve rimanere integralmente inscritta nelle prerogative di auto-organizzazione del collaboratore) ma atterrà unicamente all'*opus* o servizio dedotto in *obligatione*¹⁰⁵⁰, coerentemente con lo schema logico-giuridico degli artt. 222/2224 c.c..

Si potrebbe osservare che la nuova disciplina in realtà non modifica più di tanto l'impostazione bilaterale già contemplata dalla disciplina del lavoro a progetto, la quale già collocava il coordinamento nell'alveo del contratto e, quindi, del consenso *inter partes*: da un lato la preventiva determinazione del progetto da parte del committente delimitava l'attività di coordinamento del creditore impedendole di assumere i contorni di uno *ius variandi* modificativo del progetto stesso, dall'altro la previsione secondo la quale tra gli elementi contenutistici del contratto di lavoro a progetto vi fosse la determinazione delle "*forme del coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa*" (art. 62, d. lgs. n. 276/2003) sembrava sottrarre queste ultime alla determinazione unilaterale del committente.

In realtà, il salto compiuto dal legislatore con la norma in esame è assai più lungo di quello realizzato dalla legge Biagi, e deve essere compiutamente analizzato, e valorizzato, sia nei suoi aspetti dogmatici sia in quelli pratici e applicativi.

Anzitutto, la novella non reca un mutamento solo "formale" della disciplina, come taluno ha paventato, con conseguente rischio di annullare il trascinarsi delle fattispecie eteroorganizzate verso la disciplina della subordinazione, come disposto dall'art. 2, co. 1, l. n. 81/2015¹⁰⁵¹. Come ora vedremo, a tale visione meramente formalistica della novella se ne deve opporre una sostanzialistica, che nel dato del "*comune accordo*" delle parti individua una effettiva mutazione genetica del coordinamento, che da potere unilaterale del committente si snatura in prerogativa qualificata del creditore della prestazione. Vale infatti rilevare come, nel previgente quadro della disciplina sul lavoro a progetto, l'inserimento nel contratto, quale elemento contenutistico, delle "*forme del coordinamento*" (art. 62 d. lgs. 276/2003), non escludeva affatto la possibilità di una determinazione sostanzialmente unilaterale delle modalità del coordinamento stesso. In sostanza, la previsione di un coordinamento operato dal creditore nell'ambito di una definizione contrattuale dello stesso non eliminava elementi di imposizione nella stessa definizione della clausola relativa alle forme del coordinamento della prestazione, al pari di quanto può accadere, in via generale, nell'ambito di una programmazione negoziale "imposta" da un contraente (qui

¹⁰⁵⁰ Cfr. anche T. Treu, op. cit., secondo il quale il coordinamento riguarderebbe "i casi in cui i rapporti di lavoro, tra le parti, e i vincoli di luogo e di tempo, in capo al collaboratore, sono solo quelli necessari al raggiungimento del risultato oggetto della collaborazione"; cfr. anche, in termini analoghi a quanto sembra, O. Razzolini, La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 266/2015 p. 10; L. Nogler, La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità" dal punto di vista giuridico, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 267/2015, p. 19.

¹⁰⁵¹ In tal senso M. Pallini, Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?, in RGL, I, 2016, 65 ss.

committente) contrattualmente (ed economicamente) “forte”. La disciplina in esame, al contrario, assume caratteristiche nettamente distinte da quella previgente, prospettando un diverso assetto di interessi in punto di programmazione negoziale delle modalità di coordinamento.

Infatti, da un lato l’attivazione del coordinamento non può comportare una modificazione unilaterale dell’oggetto dell’obbligazione, con conseguente alterazione dell’originario rapporto di corrispettività tra le prestazioni, conformemente a quanto previsto dalla disciplina generale del lavoro autonomo che non ammette forme di *ius variandi* in capo al committente, salvi i casi specifici, come quello del contrordine del mittente nel contratto di trasporto, o nel contratto di appalto; dall’altro lato, essendo espressamente prescritto che le modalità di coordinamento devono essere “*stabilite di comune accordo tra le parti*”, alcun elemento di unilateralità nella loro predisposizione contrattuale potrà essere tollerato, pena la negazione della riconducibilità della fattispecie allo schema legale-tipico di cui al novellato art. 409, n. 3, c.p.c.

Difatti, se le parti devono stabilire *di comune accordo* le modalità del coordinamento, una vera e propria *trattativa individuale* dovrà essere effettivamente intervenuta *inter partes*, onde la clausola in esame dovrà risultare realmente concordata tra le parti e non surrettiziamente imposta dal committente; e ciò analogamente a quanto accade, nell’ambito della disciplina dei contratti del consumatore, per le clausole o gli elementi di clausola le quali, ai sensi dell’art. 34, co. 4, Codice del consumo (ma vedi già l’abrogato art.1469 ter, co. 4, c.c.), non sono da considerarsi vessatorie se siano state “oggetto di *trattativa individuale*”. In sostanza la disposizione in esame deve essere letta, diversamente dalla normativa abrogata in tema di lavoro a progetto, come *disciplina (eteronoma) dell’autonomia contrattuale*, volta ad escludere che l’esplicarsi di detta autonomia privata finisca con il realizzare (e legittimare, in virtù dell’autonomia negoziale stessa) prassi di predisposizione unilaterale di clausole relative a prerogative unilaterali (*rectius*, a *potere di coordinamento*) da parte del committente.

Tanto si ricava non solo dall’espressa previsione che il coordinamento deve risultare come stabilito di comune accordo tra le parti, ma anche in ragione della garanzia di autonomia nell’organizzazione della prestazione che viene sancita espressamente dal nuovo art. 409 n. 3 c.p.c.: ecco la *correlazione biunivoca* di cui si parlava all’inizio, di cui ora vale la pena di approfondire le implicazioni, ntra i due elementi di fattispecie. In virtù di questo “combinato disposto” tra il comune accordo sul coordinamento e la garanzia dell’autonomia organizzativa del prestatore, il legislatore ha decisamente “immunizzato” la collaborazione coordinata e continuativa da ogni retaggio autoritativo nella programmazione del *contratto* e nell’esecuzione del *rapporto*: ricondotte le collaborazioni nell’alveo dell’originaria matrice della *locatio operis*, il collaboratore-*artifex*, rispettando le condizioni consensualmente poste dal contratto, contribuisce egli stesso a determinare le condizioni del rapporto, proporzionando di propria iniziativa la scelta dei mezzi allo scopo (*opus/servizio*) prefissato. In sostanza, la nuova fisionomia delle collaborazioni coordinate ben si attaglia a quella ricostruzione, già suo tempo avanzata in dottrina, secondo cui mentre nel lavoro subordinato “grava sul prestatore un obbligo di esecuzione diligente, nei rapporti di collaborazione o coordinazione, tipici della *locatio operis*, al *conductor* spetta un potere di iniziativa libera e intelligente”¹⁰⁵². In tal modo, nella identificazione dell’istituto, si può ora, con maggiore determina-

¹⁰⁵² A. Perulli, Il lavoro autonomo. Contratto d’opera e professioni intellettuali, in Trattato di diritto civile e commerciale, Cicu e Mes-sineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 1996, p. 255, cui rinvio per ulteriori riferimenti.

zione rispetto al quadro normativo passato, rivendicare la distinzione, anch'essa risalente presso la giurisprudenza, secondo la quale mentre nel lavoro subordinato la prestazione arreca un apporto diretto al perseguimento dei fini aziendali, il risultato promesso o realizzato dal collaboratore autonomo costituisce invece un apporto *indiretto*, perché frutto dell'organizzazione "imprenditoriale", sia pur minima del lavoratore¹⁰⁵³.

Sotto questo profilo la collaborazione in esame risulta diversa *sia* dalle fattispecie di lavoro autonomo "organizzate" dal committente ex art. 2, co. 1, d.lgs. 81/2015, *sia* dalle fattispecie di lavoro autonomo tipiche in cui la legge attribuisce *ab origine* al creditore della prestazione la facoltà di impartire "istruzioni", come accade nel mandato, nella spedizione o nell'agenzia, e ciò perché - come altri correttamente osserva - "è la determinazione consensuale delle parti o la determinazione autonoma del collaboratore nei limiti pattuiti dal contratto, ad individuare le modalità di esecuzione della prestazione, all'inizio del rapporto o durante lo svolgimento dello stesso"¹⁰⁵⁴.

Se quanto sin qui osservato è corretto, pare imporsi una conclusione piuttosto radicale. Benché la nozione giuridica di collaborazione ex art. 409 n. 3, c. p.c., continui a contemplare, tra gli elementi fisionomici della categoria, l'elemento del coordinamento, la diversa natura giuridica impressa dalla novella a tale requisito tipologico equivale, di fatto, ad un suo sostanziale svuotamento, ossia ad uno snaturamento del coordinamento tanto rispetto all'originaria nozione quanto rispetto a quella più recente ricondotta a progetto, nel segno della sostanziale abrogazione del coordinamento inteso come prerogativa unilaterale del committente¹⁰⁵⁵.

È evidente, sotto un aspetto critico-ricostruttivo, che la sostanziale eliminazione del requisito del coordinamento (inteso quale prerogativa unilaterale) e la sua riduzione a prerogativa creditoria qualificata, comporta, come naturale effetto sistematico, una relativa facoltà di espansione delle fattispecie di subordinazione ex art. 2094 c.c. e di collaborazione "organizzata" ex art. 2, co. 1, l. n. 81/2015: nella misura in cui non è più ammissibile collocare nell'alveo dell'autonomia relazioni caratterizzate dal potere unilaterale di coordinamento del creditore, è invece ammissibile che quelle relazioni vengano qualificate nei termini della subordinazione (se il coordinamento assume i tratti del potere direttivo) o dell'assoggettamento a etero-organizzazione (se il coordinamento si connota nei termini di una eteroorganizzazione).

A conferma, in conclusione, che le categorie di cui stiamo parlando rilevano, soprattutto, sul piano della razionalità assiologica del sistema: una razionalità totalmente incardinata sulla fattispecie del lavoro subordinato e sulle relative tutele, ma che nulla risponde alle sollecitazioni di una realtà economico-sociale in cui le osmosi e le fessurazioni sociali tra subordinazione e autonomia prevalgono ormai sulle distinzioni e sulle chiusure normative, ed in cui le esigenze di tutela sempre

¹⁰⁵³ Cass. 23 maggio 1983, n. 3640; Cass. 26 maggio 1983, n. 3650

¹⁰⁵⁴ G. Santoro-Passarelli, Le categorie del diritto del lavoro "riformate", in Dir. Rel. Ind., 2016, p. 16, nota 23, e già Id., Il lavoro parasubordinato, Giuffrè, 1979, p. 67.

¹⁰⁵⁵ Cfr. il mio A. Perulli, Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 235/2015

più si uniformano lungo i sentieri sconnessi e assolutamente transtipici della precarietà del lavoro che, ovviamente, si declina *sans phrase*¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁶ Si pensi alla Carta universale dei diritti del lavoro promossa dalla CGIL. Altri ordinamenti, come quello francese, si apprestano a dar vita ad un programma di riforme a favore dei lavoratori autonomi (5 settembre 2017); un programma ambizioso e all'altezza delle sfide regolative della materia, con misure-faro volte ad aumentare il potere di acquisto dei lavoratori autonomi, riorganizzare in profondità la protezione sociale, un vasto cantiere di semplificazioni normative, in una prospettiva, peraltro, di unificazione concettuale delle figure di lavoratore autonomo e micro-imprenditore.

Primo e secondo welfare: il contrasto della debolezza sociale oggi*

Stefania Buoso

1. Disintermediazione e solidarietà.	304
2. Il sindacato, attore o spettatore della solidarietà?	305
3. La valenza integrativa del secondo welfare.	308
3.1 La riduzione del gap tra bisognosi e non bisognosi: il reddito d'inclusione.	309
4. Andare oltre il contesto.	312

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 342/2017

1. Disintermediazione e solidarietà.

L'espressione primo e secondo *welfare* si riferisce all'accostamento, al tradizionale *welfare* pubblico, di un ambito di «nuove» politiche sociali realizzate al di fuori di quest'ultimo e radunate in una eterogeneità che peraltro non sarà oggetto centrale di questa analisi; sarà esplorata, invece, la relazione esistente fra i due profili soprattutto nel «crescente interesse anche della contrattazione collettiva per lo sviluppo e per la regolazione del *welfare*»¹⁰⁵⁷.

Il percorso di ricerca proposto mira, dunque, ad osservare alcuni fenomeni della modernità nella filigrana dei soggetti e degli strumenti di "intermediazione" per eccellenza, riconducibili al sindacato e allo Stato.

Essi condividono una significativa riserva d'inclusione e di solidarietà che si avrà agio di valutare alla luce dei plurali condizionamenti di contesto e degli *stress test* del mondo d'oggi. Nel momento in cui essi veicolano "intermediazione", si rivelano anche come strumenti di contrasto della debolezza sociale, nei termini in cui si avrà modo di dire. L'accostamento disintermediazione¹⁰⁵⁸-solidarietà¹⁰⁵⁹, d'altra parte, sembra evocare una contrapposizione netta, non conciliabile, soprattutto alla luce dei significati concettuali dei termini in parola. Il venire meno della mediazione collettiva o istituzionale sembra collidere nettamente con il rinsaldamento dei legami che fonda l'attività sindacale e contraddistingue l'impianto costituzionale del *welfare*.

I fenomeni moderni, riconducibili precipuamente alla digitalizzazione del lavoro, moltiplicano e "spezzettano" le situazioni di debolezza tanto quanto i lavori e le relazioni sociali che ad essi presiedono, conducendo alla crisi delle grandi organizzazioni di interessi¹⁰⁶⁰. Diventa, dunque, necessario ricostruire il *puzzle* della protezione sociale contrattuale e pubblica perché proprio da qui passa la rivitalizzazione del sistema, indipendentemente dai mutamenti organizzativi. Più che inventare nuove salvaguardie per rincorrere il mutamento occorre rafforzare i vincoli di solidarietà in essere e studiare formule di estensione della tutela sociale. Non ci si intratterrà su quelle che sono state definite le domande «di una volta» ossia «quale lavoro merita protezione» oppure «quale protezione merita il lavoro» ma si partirà dalla protezione stessa: categoriale e diffusa¹⁰⁶¹. I rischi sociali restano pressoché i medesimi¹⁰⁶² e non possono essere ignorati né dal sindacato né dal legislatore.

La digitalizzazione e l'ascesa di nuovi modelli economici sono ampiamente oggetto di studio da parte della letteratura economico-aziendale e sociologica.

I timori preconizzati dalle soluzioni dell'*Industry 4.0* attengono alla «frammentazione e contrazione dei livelli complessivi d'impiego», alla «progressiva sostituzione del lavoro umano con

¹⁰⁵⁷ TREU (2016), Introduzione Welfare aziendale, in CSDLE "Massimo D'Antona".it, n. 297/2016, p. 5.

¹⁰⁵⁸ Si tratta di una parola «di moda» che «coglie insieme elementi effimeri ma anche di reale cambiamento», cfr. CARUSO, La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, 326/2017, p. 6.

¹⁰⁵⁹ La solidarietà esige «il riconoscimento reciproco», «così a permettere la costruzione di legami sociali nella dimensione propria dell'universalismo», v. RODOTÀ (2014), Solidarietà. Un'utopia necessaria, Roma-Bari: Laterza, p. 4.

¹⁰⁶⁰ Le piattaforme digitali divengono «luogo» nel quale si sviluppa l'esecuzione di prestazioni «che possono considerarsi, a tutti gli effetti, lavorative», cfr. VOZA (2017), Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?, in CSDLE Massimo D'Antona.it, n. 336/2017. L'Autore dà conto del passaggio dai pony express ad Uber ma evidenzia, condivisibilmente, che «it's still the old story», cfr. p. 7.

¹⁰⁶¹ Il lavoro è, tra l'altro, definito come «invisibile», cfr. VOZA (2017), Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?, cit., p. 4.

¹⁰⁶² LOI (2017), Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio, in RGL, 259.

quello automatizzato», alla «rapida obsolescenza professionale». Minacce che sul versante delle relazioni individuali di lavoro conducono a «stagnazione dei salari», «diseguaglianze di reddito», a un «impatto pervasivo delle tecnologie nella sfera privata extra-lavorativa», all'«attentato alle libertà fondamentali e all'autodeterminazione informativa della persona che lavora»¹⁰⁶³. Le numerose attività *online* (talora difficilmente classificabili), radunate in un «pulviscolo», portano alla strutturazione di un «mercato del lavoro parallelo e opaco»; infatti, come le tecnologie riescono ad abbattere i costi d'intermediazione, organizzativi e di transazione in capo alle imprese, allo stesso modo possono agevolmente ridurre i vincoli di protezione e gli argini allo sfruttamento della persona che lavora¹⁰⁶⁴.

La rivoluzione tecnologica fa emergere una fase nuova «destinata a cambiare i contenuti e la quantità di lavoro disponibile sul mercato», i c.d. *white jobs* (i lavori nei servizi sociali, socio-sanitari e sanitari), resistenti sul piano della tenuta occupazionale, chiamano in causa il ruolo strategico dello Stato: il *welfare* può concorrere a rafforzare i circuiti di crescita inclusiva¹⁰⁶⁵; la riflessione sarà svolta alla luce del filo conduttore della solidarietà.

2. Il sindacato, attore o spettatore della solidarietà?

Dal venire meno del modello fordista d'impresa alla personalizzazione dell'incontro fra domanda-offerta e della negoziazione delle condizioni di lavoro, il ruolo del sindacato sembra profondamente mutato: negli ultimi anni il sistema ha conosciuto una quantità di cambiamenti di tale portata da scuoterne le fondamenta costruite sulla base della mancata attuazione dell'art. 39 Cost. seconda parte. I molteplici casi di contrattazione separata dimostrano che «il sistema sindacale di fatto non riesce a impedire che gruppi industriali» importanti «escano dal sistema confindustriale, svincolandosi dalla contrattazione nazionale di categoria e dalle regole concordate a livello interconfederale sulla rappresentanza dei lavoratori all'interno delle aziende»¹⁰⁶⁶. Il *mix* tra decentramento e frammentazione associativa per la proliferazione di associazioni nuove e prevalentemente di scarsa o nulla capacità rappresentativa¹⁰⁶⁷ si pone in controtendenza rispetto a un bisogno di ritrovata unità che, come si dirà, sembra – per certi altri versi – costituire ulteriore linea di sviluppo delle recenti relazioni industriali. Il metodo concertativo – da anni abbandonato – ha lasciato spazio all'incentivo legale del decentramento “disorganizzato” e, in ambito pubblico, ad un uso della contrattazione collettiva in funzione di contenimento del debito. La pronuncia della Corte Costituzionale n. 178/2015 sul blocco dei rinnovi contrattuali nelle pubbliche amministrazioni ha posto un freno all'utilizzo della contrattazione collettiva con la suddetta finalità¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶³ Le citazioni sono tratte da TULLINI (2017), La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa, in TULLINI (a cura di), Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela, Torino: Giappichelli, p. 5.

¹⁰⁶⁴ TULLINI (2017), Quali regole per il lavoratore utente del web? Scambio economico e tutele, in TULLINI (a cura di), Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela, Torino: Giappichelli, p. 141.

¹⁰⁶⁵ CIARINI (2017), Ritorna lo Stato, ma per fare cosa? Investire in welfare e salute per una crescita inclusiva, in Italianieuropei, 2/2017.

¹⁰⁶⁶ BALLESTRERO (2012), Diritto sindacale, Torino: Giappichelli.

¹⁰⁶⁷ BELLARDI (2016), Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive, in LD, p. 941. L'Autrice spiega che «la tendenza al decentramento incide non solo sul profilo organizzativo delle associazioni, ma anche su quello funzionale, perché limita la loro funzione di rappresentanza negoziale». Vedi anche PAPA (2017), Struttura contrattuale e rappresentanza datoriale. Gli effetti del decentramento sulle peak associations, in DLM, p. 327 ss.

¹⁰⁶⁸ FIORILLO (2015), Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistemica della Corte costituzionale, in GC, p. 1679 ss.

In ambito privato, la rincorsa all'innalzamento della produttività porta a fughe in avanti, poco condivise.

Si registrano, in particolare, due orientamenti opposti: l'uno al riordino dei rapporti tra le principali confederazioni sindacali, l'altro tendente alla proliferazione delle associazioni, sia dal lato datoriale che dei lavoratori; divaricazione che si propone all'interno della rappresentanza imprenditoriale con la coesistenza, nelle stesse categorie produttive, di contratti diversi.

L'«indebolimento» del fronte sindacale attiene, dunque, non solo al sistema di contrattazione collettiva ma anche all'assetto organizzativo. Le tinte del quadro si compongono della perdita di iscritti per i sindacati dei lavoratori nonché dell'oscillazione tra «conflitti» e momenti di «convergenza», lasciando significativi strascichi di precarietà nella gestione delle relazioni industriali¹⁰⁶⁹. La subordinazione alla logica dell'impresa giunge fino a una autentica «colonizzazione nei confronti delle persone»¹⁰⁷⁰, con un parallelo indebolimento del conflitto; lo sciopero sembra, talvolta, caratterizzato dalla disaggregazione dell'interesse collettivo, con la «rottura della solidarietà di classe»¹⁰⁷¹.

La funzione storica delle organizzazioni dei prestatori – che origina nel concetto di solidarietà tra lavoratori – lascia spazio ad una sorta di lotta per la sopravvivenza in cui la negoziazione collettiva è «oramai impossibilitata a realizzare l'ambizione di governo del mercato del lavoro per cui è sorta», in un contesto in cui l'efficacia dell'autotutela collettiva è «grandemente ridotta»¹⁰⁷² sia per l'annosa questione della efficacia *inter partes* del contratto collettivo sia perché l'ascesa della contrattazione decentrata continua ad essere, per contro, contraddistinta da una troppo limitata copertura, escludendo in gran parte le piccole imprese, maggioritarie nel nostro sistema produttivo.

Questo è vero anche in considerazione del limitato spettro di destinatari: sotto l'ombrello regolativo contrattualcollettivo si collocano i lavoratori subordinati e, in generale, gli occupati¹⁰⁷³. Certo, il rafforzamento e l'ampliamento dell'offerta di servizi, da parte del sindacato, si configura come compensazione dell'indebolimento della funzione di rappresentanza negoziale e argine alla riduzione di iscritti.

Il quadro tratteggiato dimostra che, sostanzialmente, possono essere individuati due modelli di solidarietà che interessano il sistema di relazioni industriali: l'una che sgorga dal fronte “di classe” dei lavoratori, la loro tradizionale debolezza favorisce la coesione e il moto unitario della rappresentanza degli interessi, realizzando quella che si potrebbe definire solidarietà sindacale “primaria”; l'altra, può essere definita come una “solidarietà indotta”¹⁰⁷⁴ e che fa perno sulla incentivazione legislativa, di cui la concertazione ha rappresentato un importante simbolo.

¹⁰⁶⁹ LASSANDARI (2016), Il sistema di contrattazione collettiva oggi: processi disgregativi e sussulti di resistenza, in LD, p. 975.

¹⁰⁷⁰ BARBERA (2014), Noi siamo quello che facciamo. Prassi ed etica dell'impresa post-fordista, in DLRI, p. 631.

¹⁰⁷¹ GOTTARDI (2016), La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione, cit., p. 909. L'Autrice si riferisce, in particolare, allo sciopero riconducibile all'obiettivo prioritario «della conservazione» del posto di lavoro.

¹⁰⁷² LASSANDARI (2016), Il sistema di contrattazione collettiva oggi: processi disgregativi e sussulti di resistenza, cit., p. 976.

¹⁰⁷³ «Il core business resta inevitabilmente costituito dai lavoratori», cfr. GOTTARDI (2016), La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione, cit., p. 905.

¹⁰⁷⁴ DONATA GOTTARDI fa notare come la contrattazione «addomesticata plasmata su obiettivi eterodiretti, soggetta al mantenimento dell'occupazione» risulti «manipolativa della solidarietà dei lavoratori», cfr. GOTTARDI (2016), La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione, cit., p. 906.

I casi in cui la legislazione sembra favorire la partecipazione diretta dei lavoratori si collocano in controtendenza, si veda, in particolare, l'art. 55 del d.l. 50/2017¹⁰⁷⁵; incentivazione individuale per la quale è richiesta, in altre circostanze, la mediazione e la validazione della contrattazione collettiva di secondo livello come l'art. 4 co. 62 della legge 92/2012¹⁰⁷⁶, in cui si rintraccia il favore rispetto a «forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa, attivate attraverso la stipulazione del contratto collettivo aziendale»¹⁰⁷⁷.

Come è stato, peraltro, scritto «sarebbe opportuna e, anzi, necessaria una nuova legislazione promozionale che, aggiungendosi a quella in materia di rappresentatività sindacale, favorisca il coinvolgimento attivo dei lavoratori nell'impresa previsto dall'art. 46 Cost.»¹⁰⁷⁸.

L'apertura «allo sviluppo delle occasioni di lavoro per disoccupati e inoccupati» tramite il contratto di solidarietà espansivo o promozionale, nonostante le ultime previsioni regolative, continua a restare una strada poco percorsa e scarsamente produttiva dei risultati attesi o sperati¹⁰⁷⁹, seppur categorizzabile in questo secondo modello.

La riflessione sulla capacità dell'una o dell'altra opzione di meglio conseguire il fine solidaristico costituzionale passa attraverso l'individuazione di alcuni segnali positivi per il futuro, a prescindere dalla forza di radicale cambiamento del contesto.

Se entrambi i modelli di solidarietà prospettati consentono di raggiungere il fine solidaristico costituzionale, si può affermare che a partire dalla solidarietà sindacale "primaria" si componga l'argine prevalente alla individualizzazione del sistema complessivo.

È vero che «la funzione di riformare e di rinnovare le relazioni industriali appartiene alle parti sociali» e va, al contempo, «condivisa con le istituzioni pubbliche»¹⁰⁸⁰ tuttavia il moto del rafforzamento della solidarietà non può che svolgersi nella ricerca di strategie condivise: l'accordo intersindacale del 14 gennaio 2016 ha riunito Cgil, Cisl e Uil verso «Un moderno sistema di relazioni industriali». Quest'ultimo costituisce un importante passaggio verso una ritrovata unità e l'irrobustimento della solidarietà primaria dalla quale anche quella indotta o condivisa con le istituzioni pubbliche trova linfa vitale.

Il rinnovo unitario del contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici, nel novembre 2016, si rivela positivamente emblematico perché riafferma la salvaguardia del contratto nazionale di categoria al centro del sistema; l'impegno unitario, cooperativo e consapevole alla gestione della nuova prospettata rivoluzione industriale *Industry 4.0* permette il conseguimento degli obiettivi di protezione delle situazioni di debolezza in modo molto più agevole.

¹⁰⁷⁵ Testualmente: «(...) per le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, con le modalità specificate nel decreto di cui al comma 188, è ridotta di venti punti percentuali l'aliquota contributiva a carico del datore di lavoro per il regime relativo all'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti su una quota delle erogazioni previste dal comma 182 non superiore a 800 euro. Sulla medesima quota, non è dovuta alcuna contribuzione a carico del lavoratore (...)».

¹⁰⁷⁶ Come recita la norma: «(...) il Governo è delegato ad adottare, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, uno o più decreti legislativi finalizzati a favorire le forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa, attivate attraverso la stipulazione di un contratto collettivo aziendale (...)».

¹⁰⁷⁷ Si veda l'analisi di VINCIGI (2017), Verso la tutela della povertà: l'ipotesi del reddito di inclusione, cit.

¹⁰⁷⁸ BELLARDI (2016), Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive, cit., p. 950.

¹⁰⁷⁹ Il potenziamento del «contratto di solidarietà espansiva», nel testo dell'accordo interconfederale del gennaio 2016, è individuato tra gli obiettivi da perseguire.

¹⁰⁸⁰ TREU (2016), Labour law e social policy: an agenda for transnational research, in CSDLE "Massimo D'Antona".INT, n. 128/2016.

Va nella stessa direzione la proposta di «far evolvere» il concetto di “prossimità”¹⁰⁸¹ «in un senso non limitato all’attuale dimensione aziendale o territoriale ma verso una pluralità di imprese collegate sul piano organizzativo-produttivo»; attivando un processo di contrattazione che possa coinvolgere una pluralità di soggetti sindacali e sia raccordata alla pluralità di contratti nazionali vigenti. Quello della c.d. aziendalizzazione può essere considerato un fenomeno che mette in discussione «i fondamenti giuridici del diritto sindacale»: lo si è visto, in particolare, dopo l’approvazione dell’art. 8 della legge 148/2011¹⁰⁸²; viene, con esso rotta l’unità della tradizionale comunità di riferimento della regolazione giuridica e sancito il passaggio dall’inderogabilità dell’interesse pubblico generale alla derogabilità ad opera dell’interesse privato¹⁰⁸³.

D’altra parte, l’individuazione di un interesse collettivo sovranazionale, come via di contrasto alle conseguenze della globalizzazione, appare particolarmente irta e difficile da percorrere benché sia stata segnata, da alcuni, come «presupposto per il sorgere di una corrispondente azione e strategia di rivendicazione»¹⁰⁸⁴. L’ambito della contrattazione sovranazionale, come è stato scritto, è quello che, ad oggi, «non costituisce ancora una prassi efficace o, comunque, non paragonabile a ciò che la contrattazione collettiva rappresenta per i contesti nazionali»; la funzione anti-concorrenziale della contrattazione si porrebbe in contrasto con la concorrenza intesa come *Grundnorm* del diritto dell’Unione europea¹⁰⁸⁵.

3. La valenza integrativa del secondo welfare.

Il contrasto della debolezza sociale chiama in gioco sfera contrattuale e istituzionale. In particolare, il *welfare* contrattuale rappresenta «un terreno di crescita del benessere organizzativo», nel quadro del «miglioramento complessivo della produttività e delle condizioni di lavoro». Il c.d. secondo *welfare*, nelle sue molteplici sfaccettature di derivazione contrattuale, configura un significativo veicolo di solidarietà, seppur – appunto – limitata. La contrattazione delle forme di *welfare* deve infatti, per raggiungere il fine proposto, essere preferita alla diffusione di forme unilaterali promosse dalle imprese¹⁰⁸⁶; alcuni studi segnalano come non vi sia una correlazione significativa fra tasso di sindacalizzazione (aziendale) e diffusione del *welfare*, mentre questa diffusione è favorita dalla presenza di relazioni sindacali partecipative¹⁰⁸⁷. Il benessere per i lavoratori è frutto di una contrattazione che deve avere come effetto un miglioramento della organizzazione

¹⁰⁸¹ ALES (2011), Dal caso Fiat al caso Italia. Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali, in DRI, p. 1086; LISO (2013), L’accordo interconfederale del 2011 e la legge sulla contrattazione collettiva di prossimità, in CARRIERI, TREU, Verso nuove relazioni industriali, Bologna: Il Mulino, p. 293.

¹⁰⁸² BAVARO (2012), Azienda, contratto, sindacato, Bari: Cacucci, p. 25.

¹⁰⁸³ Si veda per le citazioni testuali BAVARO (2017), Sulle prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un’indagine territoriale), in DRI, p. 23. È significativo anche lo studio di BAVARO (2013), L’aziendalizzazione nell’ordine giuridico-politico del lavoro, in LD, p. 221.

¹⁰⁸⁴ Cfr. LASSANDARI (2016), Il sistema di contrattazione collettiva oggi: processi disgregativi e sussulti di resistenza, in LD, p. 981; obiettivo che l’Autore stesso definisce «lontanissimo».

¹⁰⁸⁵ Le citazioni sono tratte da BAVARO (2017), Sulle prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un’indagine territoriale), cit., p. 15. V., più in generale, LO FARO (1999), Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell’ordinamento giuridico comunitario, Milano: Giuffrè.

¹⁰⁸⁶ Cfr. Accordo interconfederale 14 gennaio 2016, p. 13.

¹⁰⁸⁷ ZOLI (2013), La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli, in DLM, p. 574. L’Autore afferma che la «valorizzazione delle risorse umane» oltre che la promozione della qualità del lavoro favoriscono «inevitabilmente la qualità dell’impresa, la produttività e la competitività».

e della produttività. Ed è questa la linea tendenziale e da promuovere: il *welfare* da intendersi non più come beneficio su erogazione unilaterale dell'impresa ma servizio corrisposto su base contrattuale¹⁰⁸⁸.

«Politiche attive, processi formativi e *welfare* contrattuale» si configurano non come «strumenti alternativi alla tutela salariale né sostitutivi dei sistemi universali di tutela sociale ma come complementari a un nuovo sistema di diritti di cittadinanza»¹⁰⁸⁹. La c.d. “contrattazione sociale” relativa alle politiche socio-sanitarie, abitative, assistenziali, familiari, reddituali etc.¹⁰⁹⁰ ha ancora un ruolo marginale per lo scarso coordinamento con il *welfare* contrattuale.

Il contesto “disintermediato” non impedisce che ci si possa muovere nella direzione del rilancio dei «corpi intermedi della società come fattori centrali della necessaria modernizzazione e crescita democratica», in tal senso il, già citato, accordo interconfederale del 2016 tratteggia un itinerario condivisibile che separa la potestà decisionale dei corpi intermedi e della politica di operare in una direzione ancora possibile, non fagocitabile dalla empirica e ricorrente spinta a fare “viaggiare” i lavoratori (digitali o meno) come unità a sé stanti, per giunta prive di salvaguardie.

Si tratta di tutele che, sul fronte pubblico, non possono mancare: il *welfare* contrattuale si pone, appunto, come integrativo o complementare di un pavimento di protezione statale dal quale non si può prescindere¹⁰⁹¹.

Sebbene si tratti di «mobilitare risorse per bisogni e aspettative che il *welfare* pubblico non riesce a soddisfare»¹⁰⁹², la carenza di risorse non può attivare un meccanismo di delega totale, al privato, di fondamentali compiti sociali spettanti allo Stato: questa finirebbe per essere una de-responsabilizzazione piuttosto che una integrazione.

Occorre, allora, conoscere e diffondere le esperienze di contrattazione sociale e di *welfare* contrattuale, mediante apposite banche dati di monitoraggio affinché non restino nell'estemporaneo anonimato, ma anche estendere l'ambito dei destinatari della tutela sociale di fonte legale, della quale ci si accinge a parlare.

3.1 La riduzione del gap tra bisognosi e non bisognosi: il reddito d'inclusione.

Occorre, dunque, uscire dalla “categorialità” dello strumento protettivo¹⁰⁹³ per affrontare il sistema da una prospettiva più ampia, quella del quadro normativo di protezione sociale.

¹⁰⁸⁸ BAVARO (2017), Sulle prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale), cit., p. 34.

¹⁰⁸⁹ Cfr. Accordo interconfederale cit. p. 6.

¹⁰⁹⁰ Si traduce nel rapporto diretto tra sindacato e poteri pubblici volto a mettere in atto servizi sociali di vario genere. L'aggettivo sociale fa trasparire che l'oggetto va oltre i confini del lavoro.

¹⁰⁹¹ L'altra faccia della medaglia descrive l'esigenza di utilizzare la contrattazione per affrontare le conseguenze della riduzione del welfare statale.

¹⁰⁹² TREU (2016), Introduzione Welfare aziendale, cit., p. 7.

¹⁰⁹³ Qui il riferimento è alla ristrettezza di determinate misure, è il caso in cui l'ambito territoriale nel quale matura l'interesse collettivo alla sottoscrizione di un certo accordo non coincide con l'ambito territoriale amministrativo; si pensi al «contratto sul welfare per il distretto tessile di Prato (...) destinato alle imprese tessili del distretto pratese» e che finisce invece per valere «soltanto per le imprese del distretto del tessile ubicate nei Comuni in Provincia di Prato, lasciando così fuori quelle imprese che, pur facenti parte del distretto produttivo, sono invece ubicate in altre Province confinanti», cfr. BAVARO (2017), Sulle prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale), cit., p.13.

È possibile farlo in una ottica *de iure condito* affrontando lo studio dei contenuti attuali della legge n. 33 del 15 marzo 2017 «Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali». Il suo percorso attuativo – ancora in divenire – consente di studiarne i contenuti anche nella prospettiva *de iure condendo*, vagliando spiragli di completamento e di perfettibilità del provvedimento.

La moltiplicazione delle ipotesi di debolezza sociale, tanto che sarebbe opportuno declinare l'espressione al plurale, deve spingere a interrogarsi sulla duttilità nonché estendibilità delle misure di sollievo del bisogno. Tale estendibilità dovrebbe tradursi nella capacità della misura di includere sotto il proprio ombrello protettivo non solo il bisogno originario ma anche quello sopravvenuto, nel caso in cui la perdita del lavoro coinvolga soggetti di difficile ricollocazione, pur in stretta sinergia con le politiche di attivazione.

Deve trattarsi di soluzioni che partono dalla verifica dello stato di bisogno e che apprestano la protezione solo qualora il bisogno sia effettivo, a prescindere dal lavoro. Quest'ultimo non è più in grado di assicurare di per sé solo benessere sociale: i lavoratori c.d. poveri, ne costituiscono l'emblema: esso non è più strumento «di stabili prospettive di vita» sia perché manca sia perché quando c'è spesso è temporaneo, precario, aleatorio¹⁰⁹⁴.

La selezione dell'autentico stato di bisogno esclude aprioristicamente le ipotesi universalistiche *tout court*, non foss'altro per non entrare in rotta di collisione con uno dei capisaldi del nostro ordinamento: il principio di eguaglianza sostanziale. L'adesione a proposte di questo tipo – si pensi al reddito di cittadinanza – finisce per essere miope e propagandistica: essendo rivolta indiscriminatamente ad abbienti e non, si rivela avere un inutile effetto placebo sul sistema, aggravando e rendendo più pesante il giogo della povertà che interessa un numero di persone sempre più ampio¹⁰⁹⁵.

La nuova misura, c.d. reddito di inclusione (d'ora in poi REI), è universale e condizionata alla prova dei mezzi sulla base dell'Indicatore della situazione economica equivalente (Isee) nonché «all'adesione a un programma personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all'affrancamento dalla condizione di povertà» (art. 1, comma 2, lett. a, l. n. 33/2017). Il *Memo-randum* d'intesa tra Governo e Alleanza contro la povertà dimostra che la mediazione e il coinvolgimento degli attori sociali che ogni giorno lottano contro la povertà sia indispensabile per il conseguimento di un *welfare* più solidale ed equo; costituisce una testimonianza di unitarietà che può portare a sinergie positive e passi in avanti sul piano normativo. Certo, il cammino è ancora lungo e irto nella elaborazione di un efficace piano di vero contrasto alla povertà.

Il REI, secondo il decreto attuativo approvato in esame preliminare dal Consiglio dei ministri del 9 giugno 2017, ha «vocazione universale»¹⁰⁹⁶.

«In prima applicazione» sono, tuttavia, prioritariamente ammessi i nuclei familiari con minorenni, disabili, donne in gravidanza, disoccupati ultra cinquantacinquenni, assunto che – secondo alcuni

¹⁰⁹⁴ MARIUCCI (2016), Culture e dottrine del giuslavorismo, in LD, p. 627; come rimarca l'Autore «il lavoro è condizione comunque necessaria ma non sufficiente della cittadinanza».

¹⁰⁹⁵ Si vedano i più recenti rapporti Istat ma anche lo studio Caritas del 2016.

¹⁰⁹⁶ Cfr. D. lgs. n. 147 del 15 settembre 2017, Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà.

primi commenti – non lo affrancherebbe dal marchio di “categorialità”; si tratta di perplessità che si fondano sulla eccessiva restrittività della selezione dei destinatari, tale da escludere un’ampia parte di persone prive di garanzie efficaci¹⁰⁹⁷. In tale ottica, il beneficio al sistema apportato dalla nuova misura sarebbe scarso o nullo, costituendo riproposizione di soluzioni circoscritte, limitate e, per questo, scarsamente solidaristiche.

L’introduzione del REI è prevista a partire dal 1° gennaio 2018, come misura unica a livello nazionale; il nucleo familiare del richiedente deve essere in possesso di un Isee in corso di validità non superiore a 6000 euro e un valore del patrimonio immobiliare, diverso dalla casa di abitazione, non superiore a 20.000 euro¹⁰⁹⁸.

Non si è ancora in grado di dire se il REI configuri un ennesimo tentativo, al pari di quelli che negli ultimi anni hanno contraddistinto l’agenda governativa¹⁰⁹⁹. Certo, la combinazione della oggettiva prova dei mezzi con la valorizzazione di percorsi di attivazione dei destinatari sembra una buona soluzione perché valorizza la «laboriosità» del soggetto in un quadro di bisogno accertato¹¹⁰⁰. L’introduzione di una misura nazionale, d’altra parte, supera il problema della segmentazione nonché frammentazione degli strumenti di matrice territoriale, così come fino ad ora si è verificato e come emerge da un recente studio¹¹⁰¹. La solidarietà costituzionale comporta uniformità delle misure protettive e, difficilmente in tale ottica, sarebbe ammissibile che con il discrimine di un dato confine regionale, si includa ovvero si escluda *tout court* un bisognoso dalla protezione. La configurazione del REI come livello essenziale delle prestazioni «da garantire uniformemente in tutto il territorio nazionale» così come emerge alla lettera a) dell’art. 1 della legge n. 33 del 2017, costituisce un importante passo in avanti sul piano solidaristico, occorre tuttavia capire se le risorse consentiranno di realizzare pienamente quella vocazione universalistica espressa dalla stessa legge delega.

La definitiva approvazione del decreto legislativo, attuativo della delega richiamata, in data 29 agosto 2017, conferma la graduale implementazione del Fondo Povertà costituito inizialmente da 1 miliardo e 845 milioni di euro per arrivare a oltre 2 milioni di euro l’anno, dal 2019. Gli strumenti esistenti – Sostegno all’inclusione attiva (Sia)¹¹⁰², Assegno di disoccupazione (Asdi) e *social card* – vengono fatti oggetto di razionalizzazione, è prevista altresì la istituzione del Sistema unitario informatico dei servizi sociali per migliorare programmazione, monitoraggio e valutazione delle politiche nonché rafforzare i controlli.

La stima che consente di rappresentare numericamente l’ammontare delle persone coperte dal REI si attesta su 1,8 milioni di persone, di cui 700 mila minori: una cifra potenziale elaborata sulla

¹⁰⁹⁷ VINCIGI (2017), Verso la tutela della povertà: l’ipotesi del reddito di inclusione, in LD; sulla stessa linea GIUBBONI (2014), Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale, in RDSS, p. 149. L’Autore esclude che una misura di tutela della povertà possa scostarsi dalla «classica struttura categoriale del welfare state italiano», cfr. p. 152.

¹⁰⁹⁸ Cfr. Consiglio dei ministri, Comunicato stampa del 09.06.2017.

¹⁰⁹⁹ Si pensi alle esperienze della Carta per l’inclusione, così definita dall’art. 3 del d.l. n. 76 del 2013, convertito in legge n. 99 del 2013; oppure al c.d. Sostegno per l’inclusione attiva, istituito con decreto del 13 giugno 2013.

¹¹⁰⁰ BOZZAO (2014), Reddito di base e cittadinanza attiva nei nuovi scenari del welfare, in RGL, p. 334 ss.

¹¹⁰¹ LAFORGIA (2016), Le politiche regionali di contrasto alla povertà e di inserimento sociale e lavorativo, in RGL, p. 562.

¹¹⁰² In considerazione della entrata in vigore del REI il 1° gennaio 2018, il Sia viene ridisegnato al fine di conseguire un ampliamento della sfera dei beneficiari riammettendone coloro che erano stati in precedenza esclusi.

base dei dati provenienti dal sistema informativo Isee. C'è il rischio, per contro, che siano distribuiti pochi euro a un ventaglio ridotto di persone/nuclei familiari con un impatto davvero minimo sulle finanze delle famiglie, il tetto che fin da ora è stabilito è quello dell'assegno sociale per un valore annuo non superiore a 5.824 euro, 485 euro al mese. Non è, d'altra parte, il valore monetario della erogazione economica a fare la differenza ma l'equilibrata combinazione tra sollievo dello stato di bisogno e incentivi alla attivazione nella ricerca del lavoro.

È positivo l'approccio "multidimensionale" alla povertà e la sua considerazione non solo sulla base del sostegno al reddito¹¹⁰³. Nel piano di attivazione individuale la logica della rete integrata dei servizi e del pieno coinvolgimento del terzo settore è ritenuta la strada da preferire e, sul punto, si dovranno valutare in seguito le risultanze applicative.

Parlare di "attivazione" come strategia solidaristica significa fare leva sulla responsabilizzazione individuale, partendo dall'assunto secondo cui legalità e responsabilità sono strettamente intrecciate alla solidarietà¹¹⁰⁴.

L'intermediazione pubblica entra in gioco al fine di rinsaldare il legame tra diritti sociali e obblighi all'interno della società, in quanto deputata ad accompagnare il soggetto dallo *status* di cittadino a quello di lavoratore.

I provvedimenti legislativi più recenti – volti ad accrescere la connessione tra politiche attive e passive – vanno nella direzione opposta alla fenomenologia della disintermediazione, per riempire di senso la promozione delle «condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro», in conformità al dettato dell'art. 4 Cost.

S'individuano, così, ulteriori altri tratti di intermediazione la cui efficace stabilizzazione all'interno del sistema è condizionato dalla tecnica legislativa, dall'ammontare di risorse destinate, dalla organizzazione, dal monitoraggio; il d. lgs. 150/2015 definisce *standard* strutturali e qualitativi da garantire a tutti gli aventi diritto, i c.d. Livelli essenziali delle prestazioni (Lep), concernenti i servizi per l'impiego.

L'attività di organizzazione del mercato del lavoro, per consentire a tutti di poterne fruire in un piano di eguaglianza, non può che essere pubblica; il problema della efficacia organizzativa – spesso debole o addirittura mancante – mina fin dalle fondamenta il costrutto di queste politiche fatte spesso più di burocratismi che di reale intermediazione.

4. Andare oltre il contesto.

Il quadro delineato mostra che il contrasto della debolezza sociale conosce, sì, il condizionamento del contesto ma va oltre lo stesso: sia il *welfare* contrattuale che quello legale sono strumenti di intermediazione.

Se il contesto è disintermediato la risposta sociale non può che vivere nella programmazione solidaristica, nei circuiti categoriali o universalistici all'interno dei quali si muove. Si è fatto un uso congiunto e sovrapponibile dei termini solidarietà-intermediazione, lasciando intendere che nelle due prospettive affrontate – quella sindacale e quella statale – il venire meno della mediazione

¹¹⁰³ Cfr. Il reddito di inclusione, 29 agosto 2017, Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

¹¹⁰⁴ Buoso (2017), Legalità e solidarietà nell'ordinamento dello Stato sociale, Napoli: Jovene.

collettiva rende più grave la deriva individualistico-aziendalistica nonché l'impoverimento soggettivo-familiare.

C'è bisogno di sindacato, di un sindacato che riparta dalla solidarietà tra i lavoratori e c'è bisogno di Stato, di uno Stato che sia inclusivo non tanto con mere erogazioni monetarie ma con l'affiancamento di percorsi di crescita individuale e comunitaria. Il percorso da fare sembra molto in salita ma non per questo il quadro si compone esclusivamente di tinte grigie od opache.

Come è stato scritto, la *sharing economy* sembra non avere più bisogno del sindacato dato che le sorti del lavoro sono «apparentemente» affidate all'incontro diretto tra clienti/consumatori e lavoratori, mediati da una piattaforma che genera algoritmi¹¹⁰⁵. È proprio su questa apparenza che ci si deve concentrare chiedendosi se, nella realtà, sia sostenibile un sistema totalmente privo di intermediazione sindacale: la risposta – per chi scrive – è negativa. La sfida si pone per il sindacato affinché sia in grado di collocarsi negli ambienti in cui la domanda di lavoro è in crescita, seppur strutturati in modo nuovo e diverso rispetto a quello tradizionale; occorrono nuove forme di aggregazione collettiva capaci di intercettare e sintetizzare l'interesse collettivo dei lavoratori del giorno d'oggi. L'estensione della rappresentanza sindacale, tra l'altro, non è solo un problema «di volontà o di risorse ma implica, anche e soprattutto, una ridefinizione della base della solidarietà tra lavoratori»¹¹⁰⁶.

La protezione sociale si compone, dunque, di un rinnovato protagonismo sindacale idoneo a portare alla implementazione di formule nuove di *welfare* sociale e contrattuale, nonché di coinvolgimento.

Sul piano del *welfare* tradizionale, le soluzioni da preferire sono da collocarsi nell'ampia categoria del reddito minimo garantito (RMG) di cui il REI potrebbe costituirne espressione, sempre se la progressiva attuazione giungerà ad estenderne l'ambito dei destinatari; è vero che anche il più piccolo frammento di tutela esige che si stabilisca un campo di applicazione e questo risulterebbe complesso se si pensa alla difficile omogeneizzazione (o categorizzazione) dei lavoratori (da molte parti definiti nostro malgrado) 4.0, tuttavia l'ottica dell'universalismo selettivo mette al centro il bisogno. Il mutamento organizzativo passa, quindi, in secondo piano per andare incontro alle situazioni di debolezza sociale, complessivamente intese, vecchie e nuove.

Una soglia minima di regole, a prescindere dalla qualificazione del rapporto di lavoro¹¹⁰⁷, è auspicabile: è in gioco, infatti, la possibilità di riduzione delle «impressionanti disegualianze nella distribuzione del reddito e della ricchezza, anche oltre la dimensione minimale del mero contrasto delle situazioni di esclusione sociale e di povertà»¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁵ Si veda la ricostruzione effettuata da CARUSO (2017), La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione, cit.

¹¹⁰⁶ Si veda FORLIVESI (2016), La sfida della rappresentanza sindacale dei lavoratori 2.0, in DRI, p. 664. L'Autore parla di «sindacalismo del capitale sociale» fondato sulla valorizzazione delle differenze e delle capacità di nuovi e vecchi lavoratori mediante una contrattazione di solidarietà intercategoriale e interprofessionale, superando i limiti sia del sindacalismo dei servizi che del sindacato organizzazione.

¹¹⁰⁷ Ci si riferisce al dibattito intorno al rischio che l'ascesa delle tecnologie informatiche intensifichi la subordinazione, v. FAIOLI (2017), Jobs App, gig economy e sindacato, in RGL, p. 297.

¹¹⁰⁸ GIUBBONI (2014), Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea, in RDSS, p. 166; LABORDE (2017), Le revenu universel, un objet complexe, in DS, p. 287.

Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*

Vito Pinto

1. Dalle prestazioni di lavoro accessorio alle prestazioni di lavoro occasionale.	315
2. Inquadramento sistematico.	318
3. Le soglie temporali e monetarie.	320
4. I datori di lavoro legittimati e le altre condizioni di legittimazione.	324
5. La disciplina delle prestazioni occasionali subordinate.	326
6. Alcune considerazioni conclusive.	330

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 343/2017

1. Dalle prestazioni di lavoro accessorio alle prestazioni di lavoro occasionale.

L'abrogazione della disciplina delle prestazioni di lavoro accessorio¹¹⁰⁹, decisa dal Governo all'evidente fine di evitare la consultazione referendaria¹¹¹⁰, e la successiva approvazione della legge in materia di prestazioni occasionali¹¹¹¹ dimostrano lo scarso consenso sociale di cui gode la maggioranza politico-parlamentare in questa XVII legislatura e, insieme, la sua difficoltà ad affrancarsi dalla convinzione che la precarizzazione dei rapporti di lavoro e la compressione del costo del lavoro siano fattori di competitività del sistema economico. Un'ispirazione di fondo che, purtroppo, aveva già condotto al progressivo "sviamento" del lavoro accessorio dalla sua apprezzabilissima funzione originaria e che oggi, appunto, informa anche la regolamentazione delle prestazioni occasionali.

Questa continuità di impostazione può essere adeguatamente approfondita riepilogando sinteticamente quanto avvenuto negli ultimi quindici anni.

Come si ricorderà, l'introduzione nel nostro ordinamento giuridico del lavoro accessorio, vale a dire di una forma di impiego in cui la remunerazione avrebbe avuto luogo mediante consegna di buoni/*voucher* emessi dallo Stato, faceva seguito ad una proposta formulata dalla Commissione europea verso la fine del secolo scorso¹¹¹². L'obiettivo che si intendeva perseguire era la creazione di nuovi posti di lavoro in un contesto europeo contrassegnato da alta disoccupazione ma in cui si registrava anche una crescente richiesta di attività di cura, a sua volta derivante dal cambiamento degli stili di vita, dalla trasformazione delle relazioni familiari, dall'incremento dell'occupazione femminile, dal progressivo invecchiamento della popolazione, dalla necessità di recuperare le aree urbane. Si trattava di neutralizzare i fattori che impedivano la trasformazione di questi bisogni di cura in occupazioni stabili e dignitose e, più precisamente, di individuare un rimedio all'eccessiva dispersione delle richieste di intervento, alla bassa remuneratività dei servizi alla persona e, non ultima, alle limitate disponibilità finanziarie delle famiglie.

Il dispositivo in grado di conciliare queste diverse esigenze era, secondo la Commissione, un buono/*voucher* cartaceo, emesso dallo Stato, che sarebbe stato utilizzato dai committenti – al termine di ogni intervento – per retribuire *esclusivamente* i lavoratori assunti da agenzie specializzate nei servizi di cura. Questo buono/*voucher*, in particolare, avrebbe dovuto avere un costo abbastanza contenuto da essere sostenibile per le famiglie e, comunque, tale da rendere più conveniente per le stesse indirizzarsi a imprese specializzate anziché ad altri; ma, nello stesso tempo, essere sufficientemente alto da assicurare, oltre a una retribuzione dignitosa del lavoratore, anche un adeguato margine di profitto alle agenzie. A ben considerare, infatti, erano proprio queste ultime che – aggregando le richieste di prestazioni di cura saltuarie e occasionali – avrebbero

¹¹⁰⁹ Ad opera dell'art. 1, comma 1, d.l. 17 marzo 2017, n. 25, convertito senza modificazioni, dalla legge 20 aprile 2017, n. 49. Il medesimo decreto, peraltro, ha consentito l'utilizzo entro il 31 dicembre 2017 dei buoni acquistati fino all'entrata in vigore della norma.

¹¹¹⁰ Il referendum era stato dichiarato legittimo da Cass., ufficio centrale per il referendum, ordinanza 6-9 dicembre 2016 e ammissibile da Corte Cost. 27 gennaio 2017, n. 28.

¹¹¹¹ V. l'art. 54-bis, legge 21 giugno 2017, n. 96, introdotto in sede di conversione del d.l. 24 aprile 2017, n. 50.

¹¹¹² Nel Libro Bianco cd. Delors: COM(93) 700, 5.12.1993, pagg. 20-21.

creato una domanda di lavoro piuttosto stabile e continua. Orbene, questa modulazione del valore nominale, sempre secondo la proposta della Commissione, sarebbe stata possibile mediante una riduzione degli oneri contributivi e fiscali generalmente connessi all'assunzione di lavoratori.

Nonostante altrove questa intermediazione specializzata stesse già dando buoni risultati¹¹¹³ e nonostante il fatto che proprio queste esperienze fossero state evocate per giustificare l'introduzione del lavoro accessorio¹¹¹⁴, l'opzione seguita dal legislatore italiano nel 2003 è stata parzialmente diversa e ciò ha inevitabilmente segnato le successive fortune dell'istituto¹¹¹⁵.

Il *voucher* italiano, infatti, era un titolo utile per indirizzare la domanda di attività di cura non verso agenzie specializzate, bensì verso soggetti a rischio di esclusione sociale o, comunque, «non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne». Quanto alla disciplina, poi, le disposizioni erano focalizzate sulla determinazione del valore del buono, sui limiti quantitativi di utilizzabilità, sulle attività retribuibili in questa forma e sulle categorie di lavoratori interessate. Nulla era stabilito, invece, in ordine al momento costitutivo del rapporto (al punto che in dottrina fu messa in dubbio perfino la natura contrattuale dello stesso¹¹¹⁶) e alla fase prettamente esecutiva (con la conseguente difficoltà, incrementata dall'impiego di una nomenclatura poco rigorosa, di stabilire la natura subordinata o indipendente delle prestazioni¹¹¹⁷). Incertezze che, pur prontamente registrate a livello teorico, non hanno avuto alcun riflesso pratico in ragione della pressoché assoluta assenza di contenzioso.

Sotto altro profilo, poi, il ricorso al nuovo schema negoziale si presentava come particolarmente conveniente – proprio in ragione della riduzione del costo del lavoro realizzata tramite il buono/*voucher* – e, quindi, potenzialmente idoneo a sostituire i “normali” rapporti di lavoro subordinato nei settori in cui era ammesso. Di qui, appunto, la scelta del legislatore del 2003 di circoscrivere il ricorso a questo istituto fissando il numero massimo di giornate che ciascun lavoratore avrebbe potuto dedicare a questo tipo di attività, a prescindere dal numero dei beneficiari, e un tetto monetario ai compensi che complessivamente egli avrebbe potuto ricavare.

¹¹¹³E, segnatamente, in Francia (con i *chéque emploi service* e i *titre emploi service*) e, dal 2001, anche in Belgio (con la disciplina dei *dienstencheque/titres-service*). In tema, v. già A. M. SANSONI, La sperimentazione del lavoro occasionale di tipo accessorio in Francia e in Belgio, in M. TIRABOSCHI (a cura di), La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo Welfare, Milano, 2008, pag. 191 e segg.

¹¹¹⁴V. il Libro Bianco del Ministero del Lavoro, ottobre 2001, pag. 62, il quale richiama proprio l'esperienza belga.

¹¹¹⁵Sistemi analoghi a quello italiano, in cui il pagamento della retribuzione da parte del datore di lavoro è sostituito dalla consegna di “buoni”, vigono in Austria, Grecia e Lituania. Per una dettagliata ricognizione, v. Eurofound, *New forms of employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, pag. 86 e segg.

¹¹¹⁶Il tema è stato analiticamente affrontato da F. MARINELLI, Il paradosso del lavoro occasionale di tipo accessorio, in L. NOGLER e L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, Milano, 2012, pag. 225 e segg.

¹¹¹⁷Come si ricorderà, le ambiguità lessicali e concettuali del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (ma anche delle successive modificazioni ed integrazioni) hanno dato luogo ad un ampio dibattito sulla qualificazione giuridica delle prestazioni accessorie. Solo negli ultimi tempi si è consolidata e diffusa l'opinione che le inquadrava nell'area della subordinazione (v., ad esempio, B. ANASTASIA, S. BOMBELLI, S. MASCHIO, Il Lavoro accessorio dal 2008 al 2015. Profili dei lavoratori e dei committenti, in *WorkINSPapers*, 2016, n. 2, pag. 63, in www.inps.it/docallegatiNP/Mig/Allegati/2076WorkINSP_Papers_2_settembre.pdf, ultima consultazione 31 agosto 2017). Per una ricostruzione critica del dibattito in sede scientifica, impossibile in questa sede per ragioni di economia del discorso, sia consentito il rinvio a V. PINTO, Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi, in *Lav. Dir.*, 4, 2015, pagg. 680-684.

Queste caratteristiche strutturali del modello italiano sono rimaste pressoché inalterate nonostante i continui rimaneggiamenti della relativa disciplina e, per quanto più interessa in questa sede, sono facilmente rinvenibili anche negli schemi negoziali oggi regolati dalla legge n. 96/2017.

All'apice della sua parabola, peraltro, la fortuna del lavoro accessorio era dovuta ad una funzione ben diversa da quella originaria (che, pure, non è mai stata abbandonata).

Dopo numerose novelle, infatti, esso si presentava come una modalità di impiego facilmente instaurabile non soltanto dai privati interessati ad attività di cura e dalle amministrazioni pubbliche di qualsiasi comparto ma anche, dal 2012, prontamente disponibile per gli imprenditori e i professionisti operanti in qualsiasi settore produttivo (ivi compreso quello agricolo, seppure con regole speciali) e, sostanzialmente, senza alcun limite quantitativo¹¹¹⁸.

La sostanziale deresponsabilizzazione conseguente alla delegificazione della relazione contrattuale e la significativa compressione del costo del lavoro, infatti, avevano reso il lavoro accessorio particolarmente appetibile per i produttori di beni o servizi a basso valore, operanti essenzialmente sul mercato interno, che dirigono organizzazioni di ridotte dimensioni in cui abbondano lavori scarsamente professionalizzati o in cui sono usate tecnologie mature e che, in assenza di interventi legislativi di riduzione del costo del lavoro, avrebbero dovuto impiegare ben altre risorse per rendere efficienti le proprie attività e, così facendo, ridurre i costi di produzione. Orbene, è plausibile che siano state proprio le pressioni di questi operatori economici a spingere la maggioranza parlamentare verso la pronta reintroduzione di una forma di impiego subordinato funzionalmente equivalente al lavoro accessorio¹¹¹⁹.

La derivazione del lavoro occasionale da quello accessorio, in effetti, è attestata da numerosi elementi testuali e funzionali, prima fra tutti la distinzione – in realtà, artificiosa – tra uno schema negoziale utilizzabile per le attività di cura e un «contratto di prestazione occasionale» a disposizione delle amministrazioni pubbliche e dei privati con scopo di lucro. Una distinzione che, certo, riflette i diversi interessi facenti capo alle due categorie di utilizzatori (e che, proprio per questa ragione, rivela la sostanziale continuità con l'esperienza del lavoro accessorio), ma normativamente inutile e affaticante dal momento che i due «tipi» non sono tra loro distinti dal alcun elemento contrattuale essenziale.

Del primo, infatti, il legislatore non dice nulla, limitandosi a stabilire che le persone fisiche possono «pagare» prestazioni occasionali aventi ad oggetto le attività di cura tassativamente elencate utilizzando le somme preventivamente depositate su una posizione contabile accesa presso l'INPS e legalmente denominata «Libretto di famiglia». Non essendo possibile dedurre dal silenzio del legislatore la a-contrattualità dello scambio ivi regolato, è inevitabile concludere che l'accordo originario debba essere ricondotto ad uno schema già esistente (e più precisamente, come si dimostrerà a breve, ad un normale contratto di lavoro subordinato).

¹¹¹⁸Come si ricorderà, infatti, l'unico limite stabilito dall'art. 48, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 era posto al lavoratore, al quale era inibito di prestare la propria attività lavorativa in favore di ogni singolo committente per un tempo tale da guadagnare compensi superiori a 2000 euro. Ma ai datori di lavoro non era imposto alcun vincolo che fosse paragonabile, ad esempio, all'attuale soglia di 5000 euro stabilita dall'art. 54-bis, comma 1, lett. b.

¹¹¹⁹Seppure la disciplina del lavoro occasionale sia decisamente meno favorevole di quella del lavoro accessorio in considerazione degli stringenti vincoli quantitativi posti alla domanda di queste prestazioni espressa da ciascun singolo datore di lavoro. Sul punto si avrà modo di tornare nell'ultimo paragrafo di questo studio.

Il secondo contratto, invece, è legislativamente definito come «il contratto mediante il quale un utilizzatore [...] acquisisce, con modalità semplificate, prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità, entro i limiti di importo [stabiliti dalla legge nonché] alle condizioni e con le modalità» dalla stessa poste. Null'altro è stabilito, salvo che la provvista finanziaria da utilizzare per i pagamenti dovrà essere preventivamente accreditata su una posizione contabile che, priva di un suo *nomen iuris*, è certamente diversa dal Libretto di famiglia.

Di conseguenza, l'interprete non può che prendere atto che i due contratti (e i conseguenti rapporti) sono indistinguibili tra loro posto che l'unica differenza strutturale attiene ad un elemento secondario – ai fini dell'individuazione di un tipo negoziale, ovviamente – qual è il diverso sistema di pagamento.

La previsione di pagamenti elettronici effettuati dall'INPS quale terzo legalmente delegato in luogo della consegna di buoni/*voucher* direttamente al lavoratore, del resto, è anche il solo elemento di distinzione tra il nuovo lavoro occasionale e il precedente costituito dal lavoro accessorio. Entrambi, infatti, sono caratterizzati dall'essenzialità delle regole applicabili al rapporto, dal più favorevole regime contributivo, dall'esenzione dal prelievo fiscale e, non ultima, dall'utilizzabilità entro precisi limiti di natura monetaria.

2. Inquadramento sistematico.

Fin qui è stata seguita la traccia segnata dal legislatore, il quale testualmente articola la disciplina del lavoro occasionale imputandola a due distinti schemi negoziali, e si è dimostrato come questa duplicazione costituisca, in realtà, una superfetazione.

Dalla circostanza che del primo "schema negoziale" nulla sia detto e che del secondo sia descritto soltanto il *motivo* che muove il creditore della prestazione, però, è possibile dedurre qualcosa di ben più significativo della distinzione solo apparente tra i due. L'assenza di un qualsiasi elemento essenziale che identifichi il contratto, infatti, permette di affermare come, al di là dello stile redazionale, l'art. 54-*bis* non istituisca affatto un nuovo schema negoziale bensì si limiti a prevedere due diversi regimi normativi agevolativi applicabili a due distinte categorie di soggetti (privati senza scopo di lucro, da un lato, pp.aa. e privati con scopo di lucro, dall'altro) a particolari condizioni ed entro precisi limiti quantitativi.

Diventa, quindi, essenziale stabilire a quali categorie di rapporti giuridici – tra quelli che implicano un *facere* personale – questo regime debba essere imputato esse le *attività agevolate* siano quelle subordinate oppure no¹¹²⁰.

Orbene, a differenza di quanto accaduto nel caso del lavoro accessorio, molte sono le evidenze che consentono di affermare che le prestazioni occasionali agevolate siano soltanto quelle di natura subordinata. Si pensi alla nomenclatura impiegata per designare soggetti ed oggetto del rapporto giuridico («utilizzatore», «prestatore», «prestazioni di lavoro»), ad alcune caratteristiche

¹¹²⁰ Di qui il dissenso rispetto all'opinione secondo la quale la disciplina del lavoro occasionale costituirebbe «un altro caso emblematico in cui la impellenza dei bisogni cui dar risposta prevale sulla logica qualificatoria fino al punto da far passare in secondo piano la questione della natura del rapporto» (T. TREU, Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, 2017, n. 136, pagg. 20-21).

delle prestazioni scambiate (quali la «misura minima oraria del compenso»¹¹²¹, la «durata della prestazione»¹¹²², ma anche la rilevanza attribuita alla collocazione oraria¹¹²³ o al «luogo di svolgimento della prestazione»¹¹²⁴) e, non ultimi, al diritto alle pause e ai riposi nonché alle previsioni in materia di salute e sicurezza tipiche del lavoro subordinato¹¹²⁵. Tutti questi elementi indicano chiaramente che le prestazioni di lavoro accessorio oggetto di disciplina siano quelle destinate ad essere inserite in un contesto organizzativo (certamente poco articolato e complesso ma) sul quale il lavoratore non ha alcun potere di intervento e di controllo¹¹²⁶ e al fine di produrre un risultato deciso da altri¹¹²⁷. Questa doppia alienità (dell'organizzazione e del risultato) propria del lavoro subordinato¹¹²⁸, del resto, è il presupposto implicito di quelle previsioni che consentono alle amministrazioni pubbliche di ricorrere alle prestazioni di lavoro accessorio solo in presenza di specifiche «esigenze temporanee o eccezionali»¹¹²⁹ o che vietano l'impiego di lavoratori occasionali «nell'ambito dell'esecuzione di appalti di opere o di servizi»¹¹³⁰.

Se così è, si può riassuntivamente affermare che l'art. 54-bis non regola un autonomo "sotto-tipo" del contratto di lavoro subordinato¹¹³¹, bensì (re)introduce nel nostro ordinamento giuridico un regime agevolato di assunzione.

La collocazione sistematica delle prestazioni occasionali nell'area della subordinazione, com'è logico che sia, ha anche altre implicazioni.

Tra quelle di maggior impatto pratico, spicca la possibilità di distinguere le prestazioni occasionali subordinate in discorso dalle attività, anch'esse legislativamente qualificate come «occasional», che sono assoggettate al regime contributivo speciale previsto dall'art. 44, comma 2, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito, con modificazioni in legge 24 novembre 2003, n. 326). Come è noto, infatti, questa previsione ha esteso anche ai «soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale [con] reddito annuo derivante da dette attività [...] superiore ad euro 5.000» gli obblighi contributivi che un'altra previsione – l'art. 2, comma 26, legge 8 agosto 1995, n. 335 – già aveva previsto a carico di coloro che «esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo».

¹¹²¹ V. l'art. 54-bis, comma 16, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹²² V. l'art. 54-bis, spec. comma 17, lett. e, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹²³ V. l'art. 54-bis, comma 17, lett. d, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹²⁴ V. l'art. 54-bis, comma 17, lett. b, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹²⁵ V. l'art. 54-bis, comma 3, legge 21 giugno 2017, n. 96. Esattamente come accadeva nel caso del lavoro accessorio, tuttavia, le disposizioni in materia di sicurezza non sono applicabili per il caso di «piccoli lavori domestici a carattere straordinario» (v. l'art. 3, comma 8, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81).

¹¹²⁶ Come dimostra, appunto, il rinvio alle previsioni in materia di sicurezza e tutela della salute sui posti di lavoro di cui alla nota precedente.

¹¹²⁷ Il che spiega perché il criterio per la determinazione quantitativa del compenso spettante al lavoratore è quello tipico dei rapporti di lavoro subordinato, vale a dire quello temporale.

¹¹²⁸ V. Corte Cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in Mass. Giur. Lav., 1996, pag. 155.

¹¹²⁹ Cfr. l'art. 54-bis, comma 7, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹³⁰ Cfr. l'art. 54-bis, comma 14, lett. c, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹³¹ Al pari di quanto accaduto, ad esempio, allorché è stato regolato il contratto di lavoro intermittente, il quale è giuridicamente individuato dall'imputazione del rischio della mancanza di lavoro al lavoratore (anziché al datore di lavoro, come nel rapporto di lavoro subordinato tipico).

La distinzione tra i due tipi di prestazioni occasionali, peraltro, è rilevante non soltanto sul piano previdenziale, ma anche sotto tutti gli altri aspetti che attengono alla regolazione dei rapporti giuridici (ossia, sotto quello civilistico, tributario, processuale). Sul piano civilistico, ad esempio, è chiaro che mentre le prestazioni subordinate rese occasionalmente sono assoggettate alle regole speciali che saranno esaminate a breve (o, mancando le condizioni di applicazione, all'ordinario regime giuridico del lavoro subordinato), le attività di lavoro autonomo rese occasionalmente saranno assoggettate alle regole proprie del contratto d'opera (di cui all'art. 2222 Cod. Civ., salvo che il rapporto non sia riconducibile ad altro contratto giuridicamente tipico).

Valorizzando la natura subordinata delle prestazioni occasionali, inoltre, è possibile risolvere anche un'altra questione di notevole importanza pratica e individuare, nel silenzio del legislatore, gli effetti giuridici da collegare alla violazione delle diverse "condizioni" che consentono di beneficiare di questa forma di impiego.

Tra le diverse ipotesi¹¹³², valga ad esempio quello del divieto di acquisire «prestazioni di lavoro occasionali da soggetti con i quali l'utilizzatore abbia in corso o abbia cessato da meno di sei mesi un rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa»¹¹³³. Al datore di lavoro che impieghi lavoratori violando il divieto, non potendo beneficiare delle modalità semplificate, saranno coattivamente imputati *ex tunc* altrettanti rapporti di lavoro a tempo pieno e indeterminato oltre, ovviamente, all'applicazione delle sanzioni previste per l'irregolare costituzione dei rapporti di lavoro secondo le regole ordinarie¹¹³⁴.

3. Le soglie temporali e monetarie.

Come anticipato, la possibilità di ricorrere alle prestazioni occasionali con le modalità previste dalla legge 21 giugno 2017, n. 96 è variamente circoscritta con l'intento, apprezzabile, di controllare le ipotesi in cui esso sostituisce l'assunzione di lavoratori secondo le regole ordinarie. Più precisamente, l'accesso al regime agevolato è condizionato da vincoli sia quantitativi che qualitativi.

Per quanto riguarda i primi, mutuando la tecnica normativa già impiegata per il lavoro accessorio, il legislatore fissa anzitutto una serie di soglie quantitative di utilizzabilità delle prestazioni occasionali che devono essere rispettate da tutti i datori di lavoro interessati.

All'intuibile fine di garantire l'occasionalità e la saltuarietà della prestazione lavorativa agevolata, il legislatore stabilisce che l'interesse di ciascun "utilizzatore" a riceverle possa essere soddisfatto entro un limite di compensi non superiore a 5000 euro per anno civile¹¹³⁵; che, comunque, egli

¹¹³²Sulle quali si tornerà infra, par. 4.

¹¹³³ Cfr. l'art. 54-bis, comma 5, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹³⁴In termini, la circ. I.N.L. n. 5 del 9 agosto 2017, pag. 4.

¹¹³⁵ Art. 54-bis, comma 1, lett. b, legge 21 giugno 2017, n. 96.

possa beneficiare del regime agevolativo per ciascun lavoratore se l'impegno di questi è contenuto in 280 ore annuali¹¹³⁶ e se nello stesso arco temporale sia remunerato in misura non superiore a 2500 euro¹¹³⁷; e sempre che l'attività del lavoratore nell'anno civile, nei confronti di chiunque sia stata prestata, non abbia generato compensi complessivamente superiori a 5000 euro¹¹³⁸.

Il regime agevolato è riconosciuto con margini più ampi, però, qualora siano impiegati lavoratori appartenenti ad alcuni particolari gruppi sociali. Il primo dei suddetti tetti di spesa, infatti, è indirettamente rimodulato dal legislatore stabilendo che esso debba essere calcolato tenendo conto soltanto di una quota pari al 75% del compenso effettivamente corrisposto, anziché dell'intera somma pagata, qualora le prestazioni occasionali siano rese da pensionati (per vecchiaia o invalidità); da «giovani con meno di venticinque anni di età, se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado ovvero a un ciclo di studi presso l'università»; da disoccupati o da persone che beneficino «di prestazioni integrative del salario, di reddito di inclusione (REI) ovvero di altre prestazioni di sostegno del reddito»¹¹³⁹. Un assetto che, innalzando il monte ore complessivo che ogni datore di lavoro può acquisire (senza alcuna modificazione, però, del tetto delle prestazioni che possono essere rese da un singolo lavoratore in favore di ciascuno), dovrebbe altresì produrre un effetto di redistribuzione delle occasioni di impiego su una platea più ampia di lavoratori.

Una questione esegetica di una certa importanza consiste nello stabilire se il rispetto delle soglie monetarie sia condizione necessaria e sufficiente per l'accesso al regime di favore delineato dall'art. 54-bis, come pare preferibile a chi scrive, oppure se esso debba essere integrato dalla ricorrenza della *condizione qualitativa* rappresentata dall'«occasionalità» o dalla «saltuarietà» delle esigenze tecniche, organizzative o produttive perseguite dal datore di lavoro. Un problema che, a ben considerare, non riguarderebbe neppure tutti i rapporti ma soltanto quelli riconducibili al cd. contratto di prestazione occasionale. È nel descrivere quest'ultimo, infatti, che il legislatore offre un elemento testuale equivoco allorché funzionalizza l'accordo all'acquisizione di «prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità». Qui, più precisamente, l'occasionalità e la saltuarietà direttamente predicate delle prestazioni di lavoro paiono essere attribuiti autonomi rispetto ai limiti monetari, che specificherebbero l'ulteriore requisito della «ridotta entità». Senonché, una siffatta interpretazione sarebbe ragionevole se alle prestazioni occasionali di entità «non ridotta» fosse applicabile un regime giuridico diverso da quello proprio del lavoro subordinato *tout court*; tuttavia, poiché non è così, occorre giocoforza concludere che l'occasionalità della prestazione si risolva nella sua «ridotta entità» e, viceversa, che questa sostanzialmente l'occasionalità della prestazione. Inoltre, se si aderisse all'interpretazione più coerente con la formulazione

¹¹³⁶Art. 54-bis, comma 20, legge 21 giugno 2017, n. 96. La stessa previsione stabilisce che, nel settore agricolo, il limite massimo dell'impegno lavorativo è pari al numero di ore corrispondenti al rapporto tra il tetto di 2500 euro (di cui all'art. 1, lett. c, legge 21 giugno 2017, n. 96) e la retribuzione oraria minima spettante al lavoratore in ragione dell'inquadramento delle mansioni nei livelli fissati dal CCNL per gli operai agricoli e florovivaisti stipulato dai sindacati maggiormente rappresentativi a livello nazionale (v., infra, par. 5). Una disposizione speciale che è necessaria perché in campo agricolo le attività occasionali possono essere prestate solo da lavoratori appartenenti a quelle particolari categorie svantaggiate per le quali vige un altrettanto speciale sistema di calcolo delle soglie quantitative. V. quanto si dirà a breve in testo.

¹¹³⁷ Art. 54-bis, comma 1, lett. c, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹³⁸ Art. 54-bis, comma 1, lett. a, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹³⁹ Art. 54-bis, comma 8, legge 21 giugno 2017, n. 96. In questo caso, però, «l'INPS provvede a sottrarre dalla contribuzione figurativa relativa alle prestazioni integrative del salario o di sostegno del reddito gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni occasionali di cui al presente articolo» (così la circolare INPS n. 107 del 2017, par. 2.). L'occasione di lavoro, quindi, si traduce in una «perdita» contributiva per il lavoratore.

letterale della previsione, si dovrebbero introdurre – pur nel silenzio del legislatore – alcuni vincoli formali che, invece, appaiono incompatibili con la “semplificazione” voluta dal legislatore. È evidente che condizionare l'utilizzabilità dell'istituto all'occasionalità e saltuarietà della prestazione richiederebbe, quanto meno, la stipulazione in forma scritta del contratto di prestazione occasionale al fine di esplicitare le specifiche ragioni che inducono all'assunzione. Solo un'indicazione di questo tipo, infatti, permetterebbe il controllo giudiziale sulla legittimazione del datore di lavoro ad applicare la speciale disciplina riservata alle prestazioni occasionali.

Ciò detto, occorre considerare che le diverse soglie quantitative assolvono a funzioni distinte.

La soglia relativa al compenso corrisposto da un datore di lavoro a ciascun lavoratore è diretta a garantire che il ricorso al regime agevolato sia il più possibile collegato a fabbisogni lavorativi destinati ad esaurirsi nel breve periodo. In ragione della sua natura quantitativa, tuttavia, il vincolo non è in grado di scriminare le esigenze del datore di lavoro in modo da permettere l'accesso al regime agevolato solo se, oltre che di breve periodo, queste sono pure occasionali, cioè fortuite e non programmate, o saltuarie, ossia discontinue e intermittenti¹¹⁴⁰. Allo stato, quindi, nulla vieta che sia inquadrata in un contratto di prestazione occasionale l'inizio di una relazione di lavoro che il datore ha interesse a far durare nel tempo: una sorta di periodo di prova a costi ridotti.

L'altra soglia quantitativa imposta al datore di lavoro, invece, ha la funzione di prevenire abusi. Essa, più precisamente, impedisce che – attraverso la segmentazione dei rapporti giuridici e la continua rotazione dei lavoratori sulla stessa posizione di lavoro – il datore di lavoro possa soddisfare un'esigenza occupazionale stabile beneficiando ben oltre il limite delle 280 ore annuali o dei 2500 euro di compenso. L'esistenza di un siffatto tetto, peraltro, elimina quello che altrimenti sarebbe stato un forte incentivo alla destrutturazione di lavori stabili.

Infine, il tetto ai compensi imposto al lavoratore dovrebbe evitare che questi resti intrappolato, volente o nolente, in una situazione precaria e in occupazioni che, generalmente, hanno un basso contenuto professionale.

Questo assetto funzionale è parzialmente confermato dal sistema rimediale applicabile nel caso di superamento delle soglie quantitative. Parzialmente perché, purtroppo, l'unica misura punitiva (in senso lato) esplicita è relativa al caso in cui l'attività prestata da un lavoratore in favore di un datore di lavoro si protragga oltre i limiti di legge. Per questa ipotesi, infatti, è stabilito che tra le parti si instauri un rapporto di lavoro destinato a proseguire a tempo indeterminato e ad orario pieno¹¹⁴¹. Questo rimedio, peraltro, è dichiarato come inapplicabile alle amministrazioni pubbliche¹¹⁴²; ma lo sarebbe stato anche in assenza di un'esplicita statuizione in tal senso. È regola generale, infatti, che «la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non [possa] comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato»¹¹⁴³. La circostanza è tutt'altro che secondaria posto

¹¹⁴⁰Sempre che, ovviamente, l'occasionalità e la saltuarietà siano considerati attributi – prima ancora che delle prestazioni di lavoro – dell'interesse datoriale a riceverle.

¹¹⁴¹Art. 54-bis, comma 20, primo periodo, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹⁴²V., ancora, il comma 20 dell'art. 54-bis.

¹¹⁴³Art. 36, comma 5, d.lgs. 31 marzo 2001, n. 165.

che, per questa ragione, le pp.aa. sono di fatto sottratte a qualsiasi misura che le induca ad un ricorso responsabile all'istituto.

Negli altri due casi di superamento dei tetti quantitativi, invece, l'individuazione delle conseguenze deve essere fondata su considerazioni di carattere sistematico¹¹⁴⁴.

Di conseguenza, si può sostenere l'applicabilità del "consolidamento" del rapporto in una relazione di lavoro a tempo pieno e indeterminato con il lavoratore (o i lavoratori) che sia stato occupato per un periodo superiore al consentito. La circostanza, infatti, lascia presumere che il datore di lavoro stia ricorrendo ad una forma semplificata di instaurazione e di gestione dei rapporti di lavoro per soddisfare un fabbisogno di manodopera non già saltuario e occasionale, bensì sufficientemente stabile e duraturo.

Molto più complesso è stabilire cosa accada allorché un lavoratore sia occupato da più datori di lavoro per un monte ore complessivo superiore a quanto gli sia consentito. Si tratta di una questione già sorta a proposito delle prestazioni accessorie e la cui soluzione, già all'epoca, si presentava come insoddisfacente. In assenza di giurisprudenza, il Ministero del Lavoro aveva comunicato che il superamento del limite quantitativo avrebbe comportato la prosecuzione del rapporto a tempo indeterminato, in quanto «forma comune di rapporto di lavoro», oltre all'applicazione «delle relative sanzioni civili e amministrative»¹¹⁴⁵. Una soluzione che, anche all'epoca, deve essere apparsa iniqua se è vero che lo stesso Ministero suggeriva ai datori di lavoro di chiedere al lavoratore una dichiarazione autocertificata «in ordine al non superamento degli importi massimi previsti» dal legislatore; e se, con un argomento piuttosto debole e in forma dubitativa, il Ministero affermava che l'instaurazione coattiva del rapporto di lavoro dovesse avvenire «almeno con riferimento alle ipotesi in cui le prestazioni [fossero] rese nei confronti di una impresa o di un lavoratore autonomo e [risult] funzionali all'attività di impresa o professionale»¹¹⁴⁶.

Ora la questione si ripropone negli stessi termini. In effetti, non è semplice individuare una misura che sia, al tempo stesso, equa ed efficace nell'evitare al lavoratore la "trappola" della precarietà. Ciò perché o si sanziona direttamente il lavoratore ovvero, sanzionando il datore di lavoro, si punisce un soggetto che potrebbe essere all'oscuro del superamento del limite; anzi, si può sostenere che la misura proposta in passato dal Ministero del Lavoro addirittura incentivi comportamenti opportunistici da parte del lavoratore che, interessato ad un'occupazione a tempo indeterminato, potrebbe ottenerla *opejudicis* tacendo al datore di lavoro la circostanza.

Il dilemma giuridico potrebbe avere una soluzione empirica se il sistema informativo gestito dall'INPS dovesse essere conformato in modo tale da impedire il reclutamento dei lavoratori una volta raggiunto il tetto massimo di reddito che ciascuno di essi può conseguire svolgendo lavori saltuari ed occasionali.

¹¹⁴⁴V., supra, il par. precedente.

¹¹⁴⁵Così circolare Min. Lav. 18 gennaio 2013, n. 4, pagg. 5-6.

¹¹⁴⁶L'instaurazione coattiva, pare di capire, avrebbe dovuto essere disposta quanto meno nei confronti di chi, perseguendo uno scopo di lucro, avrebbe dovuto avere una maggiore capacità di sostenere i relativi oneri economici e che comunque, a differenza delle famiglie, avrebbe potuto utilmente inserire il lavoratore in un'organizzazione.

4. I datori di lavoro legittimati e le altre condizioni di legittimazione.

Entro i limiti quantitativi appena esaminati, il legislatore riserva ad alcune particolari categorie di datori di lavoro/utilizzatori la possibilità di acquisire prestazioni lavorative occasionali con le modalità agevolate di cui si dirà a breve.

Più precisamente, rientrano nel campo soggettivo di applicazione del regime agevolato:

a) le persone fisiche che intendano affidare il disimpegno di «piccoli lavori domestici, compresi lavori di giardinaggio, di pulizia o di manutenzione»; dell'«assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con disabilità»; dell'«insegnamento privato supplementare»¹¹⁴⁷;

b) i soggetti privati che abbiano alle proprie dipendenze fino a cinque lavoratori subordinati a tempo indeterminato¹¹⁴⁸, purché non esercenti attività particolarmente rischiose quali sono quelle edili e affini, quelle estrattive (poste in essere indifferentemente in miniere, cave e torbiere) e quelle di escavazione e lavorazione di materiale lapideo¹¹⁴⁹. Vincoli particolari, invece, sono dettati per le imprese operanti nel settore agricolo¹¹⁵⁰.

c) le amministrazioni pubbliche, allorché debbano realizzare «progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, di disabilità, di detenzione, di tossicodipendenza o che fruiscono di ammortizzatori sociali» o «lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi»; ma anche per soddisfare «esigenze temporanee o eccezionali» aventi ad oggetto l'organizzazione di «attività di solidarietà, in collaborazione con altri enti pubblici o associazioni di volontariato» oppure «di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritative»¹¹⁵¹.

Alla distinzione in categorie dei soggetti interessati corrispondono due diversi modelli di pagamento delle prestazioni occasionali. Come anticipato, infatti, i privati interessati alle attività di cura tassativamente elencate devono preventivamente aprire presso l'INPS un'apposita posizione contabile – il cd. libretto di famiglia, appunto – e ivi accreditare le somme necessarie ai pagamenti¹¹⁵²; mentre i soggetti appartenenti alle altre categorie devono accreditare la provvista

¹¹⁴⁷ V. l'art. 54-bis, comma 6, lett. a, legge 21 giugno 2017, n. 96. Le attività di cui al testo, peraltro, devono essere espletate nell'interesse diretto del datore di lavoro e a beneficio diretto suo o dei suoi congiunti, essendo vietato il ricorso al cd. libretto di famiglia per inserire i lavoratori in organizzazioni di carattere professionale o imprenditoriale che svolgano quelle stesse attività nei confronti di terzi.

¹¹⁴⁸ V. l'art. 54-bis, comma 6, lett. b, e comma 14, lett. a, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹⁴⁹ V. l'art. 54-bis, comma 14, lett. c, legge 21 giugno 2017, n. 96. Il ricorso alle prestazioni occasionali da parte di datori di lavoro che occupino stabilmente un numero di dipendenti superiore alla soglia legale oppure che operino nei settori di cui al testo è punito con il pagamento di una sanzione pecuniaria di ammontare compreso tra un minimo e un massimo stabilito per legge «per ogni prestazione lavorativa giornaliera per cui risulta accertata la violazione» (cfr. il comma 20 nonché la circolare I.N.L. 9 agosto 2017, n. 5).

¹¹⁵⁰ V. l'art. 54-bis, comma 14, lett. b, legge 21 giugno 2017, n. 96 e, più ampiamente, *infra*.

¹¹⁵¹ V. l'art. 54-bis, comma 7, legge 21 giugno 2017, n. 96, il quale precisa altresì che il ricorso alle prestazioni occasionali è ammissibile se compatibile con i «vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale». La legge non precisa se le pp.aa. possano scegliere liberamente il personale da impiegare con le modalità del lavoro occasionale oppure no. La questione, estremamente rilevante sul piano empirico, non può essere adeguatamente trattata in questa sede. Per chi fosse interessato, sia consentito il rinvio a V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Bari, 2013, pagg. 168-169 (essendo le considerazioni ivi sviluppate con riferimento al lavoro accessorio perfettamente riferibili anche al lavoro occasionale).

¹¹⁵² A differenza di quanto era previsto per il lavoro accessorio, la nuova disciplina non prevede l'emissione di titoli cartacei. V., in termini, Ufficio parlamentare di bilancio, *Le nuove norme sul lavoro accessorio*, 2017, Flash, n. 3, in www.upbilancio.it/flash/, pagg. 4 e 7.

finanziaria su un diverso conto elettronico, sempre gestito dall'INPS ma privo di specifica denominazione¹¹⁵³. Questa distinzione, come si mostrerà nel prossimo paragrafo, è necessaria perché diverse sono le regole legali sugli accrediti. In entrambi i casi, comunque, scompaiono i buoni/*voucher* caratteristici del lavoro accessorio e all'INPS è attribuito il ruolo di terzo delegato al pagamento (dei compensi e dei contributi)¹¹⁵⁴.

Sul piano esegetico, conviene dedicare alcune considerazioni in ordine al calcolo del requisito occupazionale di cinque dipendenti a tempo indeterminato richiesto ai privati che svolgono attività lucrative. In assenza di norme speciali, il computo dovrà essere effettuato applicando le norme generali dettate per i diversi "tipi" di rapporto. Di conseguenza, i lavoratori *part-time* dovranno essere «computati in proporzione all'orario svolto, rapportato al tempo pieno»¹¹⁵⁵ e i lavoratori intermittenti saranno computati «in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre»¹¹⁵⁶. Dal computo saranno esclusi, invece, gli apprendisti¹¹⁵⁷.

Qualche incertezza, però, deriva dalle indicazioni operative fornite dall'INPS le quali, su questo aspetto, sembrano forzare il dato legislativo. Secondo l'Istituto, la forza lavoro a tempo indeterminato dovrebbe essere calcolata non in termini di unità occupate al momento in cui il datore di lavoro decide di concludere un contratto di prestazione occasionale, bensì come media nel semestre intercorrente «dall'ottavo al terzo mese antecedente la data dello svolgimento della prestazione lavorativa occasionale»¹¹⁵⁸. In questo modo, sempre secondo l'INPS, risulterebbero semplificati «gli adempimenti da parte degli utilizzatori» e favorito «lo svolgimento delle attività di controllo preventivo automatizzato».

Il limite occupazionale dei cinque dipendenti, peraltro, non è applicabile nel settore agricolo. Qui, infatti, possono ricorrere alle prestazioni occasionali tutti gli imprenditori alla doppia condizione che le attività lavorative siano espletate esclusivamente da soggetti appartenenti a quelle categorie sociali per le quali vige la regola secondo la quale, ai fini del calcolo del limite reddituale, si deve tenere conto del 75% dei compensi effettivamente corrisposti¹¹⁵⁹; e che il lavoratore non risulti iscritto negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli dell'anno precedente.

Le regole sulla legittimazione a ricorrere alle prestazioni occasionali, ad ogni modo, sono integrate da due divieti.

¹¹⁵³Cfr. i commi 10, 15 e 19 dell'art. 54-bis.

¹¹⁵⁴V. l'art. 54-bis, comma 9, primo periodo, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹⁵⁵Così l'art. 9, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. La previsione, riproducendo testualmente la norma previgente (vale a dire l'art. 6, d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 come sostituito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 26 febbraio 2001, n. 100), stabilisce che ai fini del computo si dovrà operare un arrotondamento allorché «la somma degli orari a tempo parziale» (meglio: la durata complessiva dei part-time contrattualmente stabilita) ecceda il valore equivalente alla durata di uno o più rapporti a tempo pieno (con arrotondamento «per eccesso laddove il valore del primo decimale sia superiore a 0,5 ovvero per difetto in caso contrario»: così il messaggio INPS 12 luglio 2017, n. 2887, par. 3, lett. b).

¹¹⁵⁶V. l'art. 18, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

¹¹⁵⁷V. l'art. 47, comma 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

¹¹⁵⁸Così la circolare INPS 5 luglio 2017, n. 1087, par. 6.2. Il successivo messaggio 12 luglio 2017, n. 2887, par. 3, lett. c, poi, ha precisato che la suddetta media non è soggetta ad alcun arrotondamento.

¹¹⁵⁹V., supra, par. 3.

Il primo, di natura oggettiva, è che i lavoratori occasionali non possono essere impegnati nell'esecuzione di appalti di opere o servizi¹¹⁶⁰; il secondo, di natura soggettiva, è che non possono essere impiegati e retribuiti secondo le particolari modalità in discorso quei «soggetti con i quali l'utilizzatore abbia in corso o abbia cessato da meno di sei mesi un rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa»¹¹⁶¹.

Il primo divieto, con ogni probabilità, si spiega con l'intento di evitare che i lavoratori occasionali siano impiegati in contesti organizzativi che, in ragione della durata limitata dell'impiego (e quindi, presumibilmente, anche della celerità dell'inserimento al lavoro), possono presentare rischi particolari per la loro salute e sicurezza.

Il secondo divieto, invece, è diretto a prevenire la destrutturazione di occupazioni stabili o, se si preferisce, ad evitare che il datore di lavoro trovi conveniente sostituire forme di lavoro più stabili con forme di lavoro più precarie.

In entrambi i casi, pertanto, la violazione dei divieti non può che comportare la prosecuzione del rapporto a tempo indeterminato (salvo che, come innanzi chiarito, nel caso delle pubbliche amministrazioni).

5. La disciplina delle prestazioni occasionali subordinate.

Le attività lavorative di natura saltuaria da chiunque "acquisite" sono assoggettate, quanto meno in prima battuta, alla disciplina speciale dettata dall'art. 54-bis nonché ad alcune previsioni generali in materia di rapporti di lavoro subordinato alle quali il legislatore rinvia.

Per quanto riguarda il momento genetico, le parti sono libere di concludere l'accordo anche oralmente e l'assenza di un vincolo di forma è coerente con la breve durata e l'esiguo contenuto professionale dell'occupazione (ma anche, nel caso particolare dei lavori di cura, con la predeterminazione dell'oggetto e l'assenza di una vera e propria organizzazione facente capo all'utilizzatore). Tutti questi elementi rendono superflua la formalizzazione per iscritto di un programma negoziale, sebbene il silenzio del legislatore non impedisca certo alle parti che vi abbiano interesse di realizzarla.

Proprio con riferimento alla fase di instaurazione del rapporto, peraltro, si registra una delle differenze più significative tra le prestazioni di natura domestica e le altre prestazioni occasionali: solo con riferimento a queste seconde il legislatore ha ritenuto necessario che l'INPS disponga delle informazioni relative all'attività lavorativa prima del suo svolgimento. Almeno un'ora prima dell'inizio della prestazione, infatti, il datore di lavoro deve trasmettere all'Istituto «una dichiarazione contenente [...] a) i dati anagrafici e identificativi del prestatore; b) il luogo di svolgimento della prestazione; c) l'oggetto della prestazione; d) la data e l'ora di inizio e di termine della prestazione [...] ; e) il compenso pattuito per la prestazione»¹¹⁶². Termini di comunicazione meno

¹¹⁶⁰Art. 54-bis, comma 14, lett. d, legge 21 giugno 2017, n. 96. Anche la violazione di questo divieto è punita con una sanzione amministrativa di natura pecuniaria (cfr. il comma 20).

¹¹⁶¹Art. 54-bis, comma 5, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹⁶²Art. 54-bis, comma 17, legge 21 giugno 2017, n. 96. Il successivo comma 18, poi, regola il caso in cui la prestazione lavorativa non abbia luogo. In questo caso, il datore di lavoro ha tre giorni di tempo – decorrenti dal giorno in cui era programmato lo svolgimento

stringenti sono concessi soltanto agli imprenditori agricoli, posto che essi sono tenuti a informare l'INPS soltanto della «durata» della prestazione e non anche della collocazione oraria della stessa, che potrà aver inizio nei tre giorni successivi alla dichiarazione¹¹⁶³.

Nel caso di prestazioni compensate mediante il libretto di famiglia, invece, la comunicazione all'INPS è successiva all'effettuazione della prestazione e deve essere inoltrata entro il terzo giorno del mese successivo a quello in cui si svolge la prestazione¹¹⁶⁴.

In tutti i casi, «contestualmente» alla notifica, l'INPS informerà il lavoratore dell'avvenuta comunicazione e delle condizioni essenziali che il datore di lavoro ha dichiarato saranno applicate al rapporto¹¹⁶⁵.

Nessuna formalizzazione particolare è richiesta anche per quella parte dell'accordo che riguarda la determinazione del corrispettivo, sebbene il legislatore riconosca esplicitamente alle parti ampi margini di autonomia in proposito¹¹⁶⁶, limitandosi a fissare un minimoretributivo.

Se le prestazioni devono essere remunerate attingendo al libretto di famiglia, per il vero, l'autonomia negoziale subisce una palese limitazione derivante dalle modalità di pagamento dei compensi. Pur essendo stati eliminati i buoni/*voucher* – cartacei o elettronici – dal valore orario predeterminato e infrazionabile¹¹⁶⁷, infatti, le operazioni di pagamento realizzabili sul conto denominato “libretto di famiglia” devono necessariamente avere un valore *standard* pari a dieci euro o a multipli di dieci euro¹¹⁶⁸ e le prestazioni di durata non superiore a un'ora devono essere “compenstate” con almeno dieci euro¹¹⁶⁹. Ovviamente, esattamente come accadeva in passato, nulla

della prestazione – per “revocare” la dichiarazione. Trascorse le ore 24.00 del terzo giorno successivo a quello della prestazione, infatti, la dichiarazione diventa irrevocabile e l'INPS è tenuta a pagare le prestazioni e accreditare contributi previdenziali e premi assicurativi (cfr. anche circolare INPS 5 luglio 2017, n. 107, par. 6.3). Al fine di evitare manovre fraudolente consistenti nella revoca della comunicazione dopo lo svolgimento della prestazione, peraltro, l'INPS ha strutturato la propria piattaforma telematica in modo tale che nel medesimo termine di cui innanzi il lavoratore possa a sua volta comunicare all'INPS l'effettivo svolgimento della prestazione e, così facendo, possa rendere irrevocabile la comunicazione datoriale e maturare definitivamente il «diritto all'accredito del compenso ed alla valorizzazione della posizione assicurativa» (v., nuovamente, circolare INPS 5 luglio 2017, n. 107, par. 6.3, lett. b e c).

Il ritardo nella comunicazione, l'incompletezza della dichiarazione e la falsità dei suoi contenuti sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria stabilita dal comma 20 (in termini, circolare I.N.L. n. 5/2017, cit., pag. 5).

¹¹⁶³Arg ex art. 54-bis, comma 17, lett. d, che riprende quanto era previsto per il lavoro accessorio dall'art. 49, comma 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (come sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. b, d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185).

¹¹⁶⁴Art. 54-bis, comma 12, legge 21 giugno 2017, n. 96. Il datore di lavoro, più precisamente, dovrà comunicare all'INPS «i dati identificativi del prestatore, il compenso pattuito, il luogo di svolgimento e la durata della prestazione, nonché ogni altra informazione necessaria ai fini della gestione del rapporto».

¹¹⁶⁵Art. 54-bis, rispettivamente comma 17 e 12, legge 21 giugno 2017, n. 96.

¹¹⁶⁶Diversa questione è stabilire se all'assetto giuridico esposto in testo corrisponda, nella realtà, una reale contrattazione dei compensi tra le parti. Circostanza che appare poco verosimile, in quanto la normale sproporzione di potere negoziale che generalmente caratterizza i rapporti tra il promittente datore di lavoro e il promittente lavoratore risulta perfino acuita nell'ipotesi di impieghi occasionali.

¹¹⁶⁷V. l'art. 49, comma 1 e 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

¹¹⁶⁸Cfr. l'art. 54-bis, comma 11, legge 21 giugno 2017, n. 96, ai sensi del quale «ciascun Libretto Famiglia contiene titoli di pagamento, il cui valore nominale è fissato in 10 euro». Poiché il libretto di famiglia è un mero conto elettronico, però, è del tutto improprio affermare che esso “contenga” titoli di pagamento.

¹¹⁶⁹V. sempre il comma 11, primo periodo, dell'art. 54-bis, legge 21 giugno 2017, n. 96. I dieci euro, tuttavia, non costituiscono la retribuzione oraria del lavoratore perché la stessa previsione prosegue stabilendo che la suddetta somma comprende «la contribuzione alla Gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, stabilita nella misura di 1,65 euro»; il

vieta che le parti concordino una retribuzione superiore (per quanto questa evenienza sia piuttosto improbabile). Ma, qualora ciò accada, esse dovranno tenere conto del vincolo ora descritto e non potranno pattuire, ad esempio, il pagamento di venti euro per tre ore di lavoro.

Quando le prestazioni debbano essere remunerate utilizzando la posizione contabile “sotto-stante” il contratto di prestazione occasionale, invece, le parti hanno maggiori margini di autonomia perché i pagamenti telematici possono avere qualsiasi importo. Il legislatore qui si limita a stabilire l'ammontare minimo del compenso orario – una vera e propria retribuzione minima legale – e a predeterminare l'ammontare in percentuale dei contributi previdenziali, dei premi assicurativi e degli oneri di gestione a carico del datore di lavoro¹¹⁷⁰. Più precisamente, la retribuzione oraria minima è fissata in nove euro salvo che nel settore agricolo, ove essa è «pari all'importo della retribuzione oraria delle prestazioni di natura subordinata individuata dal contratto collettivo di lavoro stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»¹¹⁷¹. Stando alle determinazioni dell'INPS, in particolare, la retribuzione minima per i lavori agricoli deve essere ricavata assumendo a riferimento i minimi salariali mensili degli operai agricoli fissati dal CCNL per gli operai agricoli e florovivaisti stipulato dai sindacati maggiormente rappresentativi a livello nazionale e aggiungendo «il cd. terzo elemento retributivo, previsto, per gli operai a tempo determinato, quale corrispettivo degli istituti riconosciuti agli operai a tempo indeterminato (festività nazionali e infrasettimanali, ferie, tredicesima e quattordicesima mensilità)»¹¹⁷².

L'INPS, in ogni caso, è tenuta a pagare la retribuzione entro «il giorno 15 del mese successivo» a quello di effettuazione della prestazione¹¹⁷³. Esattamente come accadeva per il lavoro accessorio, poi, i compensi derivanti da prestazioni occasionali non incidono sullo stato di disoccupazione del lavoratore e sono «computabili ai fini della determinazione del reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno» ai lavoratori extra-comunitari¹¹⁷⁴.

Il legislatore, poi, detta alcune regole relative alla durata della prestazione. La circostanza che queste attività siano occasionali e saltuarie, infatti, non esclude la possibilità che l'attività lavorativa sia concentrata in alcune giornate o in alcune settimane. Anzi, per quanto in modo surrettizio,

premio dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nella misura di 0,25 euro; e il costo degli oneri gestionali pari a 0,10 euro. Al lavoratore, pertanto, spetterà una retribuzione netta pari a otto euro per ciascuna ora (o frazione di ora) lavorata. Tale compenso, peraltro, è esente da imposizione fiscale (come stabilito dal comma 4, primo periodo) ma è ulteriormente ridotto di un ammontare pari agli oneri eventualmente sostenuti dall'INPS per l'effettuazione del bonifico bancario domiciliato pagabile presso gli uffici delle Poste Italiane s.p.a. (comma 19).

¹¹⁷⁰Pari, rispettivamente, al 33% e al 3,5 % del compenso (art. 54-bis, comma 16, secondo periodo) nonché all'1% degli importi accreditati all'INPS (comma 15, secondo periodo). Anche in questo caso, la retribuzione del lavoratore è esente da imposizione fiscale (comma 4, primo periodo) e può essere ridotta qualora l'INPS debba effettuare il pagamento mediante bonifico bancario domiciliato pagabile presso Poste Italiane s.p.a. (comma 19 e circolare INPS 5 luglio 2017, n. 107, par. 8, n. 2).

¹¹⁷¹V., ancora una volta, l'art. 54-bis, comma 16.

¹¹⁷²Così il messaggio INPS 12 luglio 2017, n. 2887, par. 2. Pertanto, in relazione alle aree professionali in cui è articolato il sistema di classificazione degli operai agricoli del CCNL in discorso, la misura minima oraria del compenso attualmente spettante ai lavoratori occasionali è di € 9,65 (per mansioni inquadrate nella I area professionale), di € 8,80 (per quelle comprese nella II area professionale) e di € 6,56 (per le mansioni appartenenti alla III area).

¹¹⁷³V. l'art. 54-bis, comma 19. La stessa previsione stabilisce altresì le modalità del pagamento nonché i termini di «trasferimento» all'INAIL dei premi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

¹¹⁷⁴V. l'art. 54-bis, comma 4.

la legge incentiva i datori di lavoro che perseguono un lucro ad accorpare le prestazioni di lavoro in una giornata allorché – nell'elencare i contenuti della dichiarazione preventiva da inviare all'INPS – stabilisce che il «compenso pattuito per la prestazione» non possa avere un ammontare «inferiore a 36 euro, per prestazioni di durata non superiore a quattro ore continuative nell'arco della giornata, fatto salvo quanto stabilito per il settore agricolo»¹¹⁷⁵. Ora, se è vero che nessun datore di lavoro è tenuto a ricevere la prestazione per un tempo superiore a quello che gli serva, è evidente come una siffatta previsione – obbligando a pagare non meno di trentasei euro a giornata – renda particolarmente oneroso il ricorso all'istituto per soddisfare esigenze produttive di durata inferiore alle quattro ore e, conseguentemente, lo spinga ad accorpare le attività da affidare al lavoratore in modo da occuparlo quanto meno per quella durata.

La disciplina del tempo di lavoro è completata, infine, con l'opportuno assoggettamento anche del lavoro subordinato occasionale alle regole comuni – di recepimento delle direttive comunitarie 93/104/CE e 2000/34/CE – relative alla durata minima del riposo giornaliero, alle pause che devono essere garantite allorché il lavoro giornaliero superi le sei ore e alla durata nonché alla cadenza del riposo settimanale¹¹⁷⁶.

Fin qui, la disciplina speciale delle prestazioni occasionali.

Resta da stabilire se, almeno in via di principio, la regolamentazione finora considerata possa essere ulteriormente integrata, pur nel silenzio del legislatore, per via interpretativa.

Orbene, il testo normativo offre buoni argomenti per negare questa possibilità di integrazione. La tecnica del rinvio esplicito, in un modello di disciplina da applicare a prestazioni di lavoro subordinato per quanto occasionale, lascia chiaramente intendere che il legislatore abbia in realtà voluto *escludere l'applicazione delle discipline generali diverse da quelle richiamate*. Dalla natura subordinata delle prestazioni occasionali, infatti, dovrebbe discendere l'applicazione *diretta e automatica* al contratto e al conseguente rapporto di tutte le discipline tipiche del lavoro subordinato, in quanto compatibili con la specificità del rapporto (e, anzitutto, con la sua occasionalità e saltuarietà) senza necessità di alcun rinvio da parte del legislatore. In questo assetto, il rinvio esplicito della norma speciale a quella generale o è privo di senso, perché diretto a realizzare un effetto identico a quello che si produrrebbe anche in sua assenza, o è sintomatico dell'intenzione del legislatore di operare una selezione inversa, scegliendo le norme generali da rendere inapplicabili nel caso specifico. Questa circostanza, unita ad un'attenta considerazione degli aspetti funzionali, permette di concludere che la disciplina delle prestazioni occasionali costituisca un plesso normativo autonomo e rigidamente "alternativo" rispetto alla legislazione avente ad oggetto i rapporti di lavoro subordinato.

Altra questione, poi, è se la "deregolamentazione" così realizzata sia anche legittima, considerando che la discrezionalità del legislatore non è piena e, anzi, incontra due limiti dei quali pure è necessario dare conto.

Il primo limite è di ordine costituzionale e consegue all'assenza, negli schemi negoziali qui considerati, di qualsivoglia specificità causale (e ciò vale comunque si intenda la causa di un negozio

¹¹⁷⁵Così l'art. 54-bis, comma 17, lett. e.

¹¹⁷⁶V. l'art. 54-bis, comma 3, il quale rinvia agli artt. 7, 8 e 9, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66.

giuridico). Questa identità causale comporta che la diversificazione della disciplina giuridica applicabile alle prestazioni occasionali rispetto a quella ordinaria sia costituzionalmente legittima soltanto se contenuta nei limiti ammessi dal principio di uguaglianza formale di cui all'art. 3 Cost.; ovvero che, essendo la causa negoziale identica, la disparità di trattamento tra i lavoratori occasionali e gli altri lavoratori subordinati dovrà essere ritenuta giustificata se, all'esito di un accurato scrutinio degli interessi coinvolti, questi risultino avere rilevanza costituzionale.

Il secondo limite alla discrezionalità legislativa discende, invece, dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea e, segnatamente, dalla circostanza che molte discipline nazionali costituiscono attuazione di direttive sovranazionali. Da ciò deriva che la sottrazione delle prestazioni di lavoro accessorio alle discipline nazionali di recepimento in tanto è legittima in quanto le direttive ammettano deroghe ed eccezioni collegate a prestazioni saltuarie o di breve durata.

Ovviamente, questa non è la sede idonea per passare in rassegna le diverse normative sovranazionali e verificare se esse possano non trovare applicazione nel caso del lavoro occasionale. È opportuno evidenziare, però, come la questione deve essere stata presente anche agli estensori dell'art. 54-*bis* se è vero che, tra le previsioni generali espressamente dichiarate applicabili, vi sono anche quelle in materia di pause e riposi nonché in materia di sicurezza del lavoro.

6. Alcune considerazioni conclusive.

Riepilogando, l'art. 54-*bis* non regola un nuovo schema negoziale da utilizzare, magari in alternativa al contratto di lavoro intermittente, per impiegare saltuariamente lavoratori subordinati bensì struttura un quadro di convenienze a favore dei datori di lavoro interessati ad assunzioni di quel tipo.

Le agevolazioni sono di carattere normativo, posto che la deroga agli *standard* generalmente riconosciuti ai lavoratori subordinati facilita gli ingaggi e rende più liberamente gestibile il rapporto. Si tratta di una convenienza significativa, sebbene non debba essere sovrastimata. In effetti, alcune discipline non sarebbero state comunque applicabili a questo tipo di incarichi in considerazione della loro caratteristiche empiriche (a iniziare dalla durata predeterminata). Ad ogni modo, si tratta di convenienze/incentivi che sono – per così dire – a carico degli stessi lavoratori.

Ma le agevolazioni sono anche di ordine economico. Qualora gli oneri retributivi, così come predeterminati dal legislatore¹¹⁷⁷, non siano inferiori a quanto al lavoratore sarebbe spettato ex artt. 36 Cost. e 2099, comma 2, Cod. Civ., restano comunque la riduzione degli oneri contributivi e l'esenzione fiscale. In questo caso, quindi, le convenienze garantite ai datori di lavoro sono a carico sia degli stessi lavoratori, sia soprattutto del bilancio pubblico.

Ora, a conclusione di questo studio, occorre chiedersi quali ragioni giustifichino un simile assetto: per quale motivo, ad esempio, il lavoratore deve avere un trattamento previdenziale peggiore rispetto agli altri lavoratori subordinati ovvero perché parte del costo collegato all'assunzione deve essere trasferito allo Stato (attraverso una riduzione del gettito fiscale).

La questione non è oziosa e, anzi, pare essere stata ben presente sia alla Commissione europea nel momento in cui proponeva la regolamentazione di un lavoro retribuito tramite *voucher*¹¹⁷⁸,

¹¹⁷⁷V., *supra*, par. 5.

¹¹⁷⁸V., *supra*, par. 1.

sia agli estensori del d. lgs. n. 276/2003 al momento della rima regolamentazione del lavoro accessorio.

Nel modello “triangolare” proposto dalla Commissione, infatti, la riduzione dei costi era funzionale ad orientare la domanda di lavori di cura delle famiglie verso le agenzie specializzate (anziché verso il mercato in nero) e, comunque, ad evitare i maggiori oneri economici che sarebbero derivati dalla necessità di affidare alle pp.aa. l'organizzazione dei medesimi servizi. L'aggregazione della domanda così realizzata, peraltro, avrebbe reso conveniente per le agenzie non soltanto l'assunzione di nuovi lavoratori ma anche la loro professionalizzazione. La stessa Commissione annoverava tra gli ostacoli alla nascita di un vero e proprio “mercato” dei servizi di cura – dal lato dell'offerta – la diffusa «riluttanza ad accettare lavori a torto ritenuti degradanti, poiché spesso sinonimo di lavori domestici e scarsamente qualificati, mentre in verità per essere svolti correttamente richiedono qualità preziose» e, si può aggiungere, non innate. Pertanto, la riduzione degli oneri fiscali assumeva una funzione, per così dire, compensativa dell'utilità sociale connessa alla qualificazione o riqualificazione professionale dei disoccupati.

Nel modello italiano del 2003, invece, le convenienze economiche erano orientate ad indirizzare la domanda di piccoli lavori di cura verso soggetti a rischio di esclusione sociale o, comunque, marginali rispetto agli andamenti del cd. mercato del lavoro. Una funzione correttiva delle dinamiche spontanee – e, quindi, di governo del mercato del lavoro – che per il vero è stata presto abbandonata.

La differenza rispetto a quanto accade oggi non potrebbe essere più netta. Il regime agevolativo previsto dall'art. 54-*bis*, infatti, è privo sia di una funzione di indirizzo della domanda di lavoro, sia di una funzione “compensativa” di impegni del datore di lavoro che lo Stato giudica utili anche dal punto di vista del sistema economico-sociale complessivo. E se le misure riconducibili al Libretto di famiglia possono essere ascritte agli interventi di politica sociale, quelle riconducibili al contratto di prestazione occasionale si spiegano soltanto con la volontà di assecondare gli interessi dei datori di lavoro.

Senonché, è possibile che – nell'attuale configurazione – il regime delle prestazioni occasionali soddisfi poco anche loro. L'esistenza di una vera e propria “soglia di sbarramento”, oltre la quale non è lecito reclutare manodopera con modalità semplificate, comporta che le agevolazioni in discorso non modifichino in modo apprezzabile il quadro delle convenienze datoriali. Il limite complessivo di cinquemila euro, insomma, appare troppo basso perché il lavoro occasionale possa concretamente assolvere una funzione analoga a quella svolta dal lavoro accessorio negli ultimi anni.

Anche a voler condividere le convinzioni della teoria marginalista, per cui la deregolamentazione dei rapporti di lavoro e la riduzione dei costi del lavoro genererebbero una crescita dell'occupazione¹¹⁷⁹, è poco plausibile pensare che ciò possa avvenire a seguito di un aggiustamento tutto

¹¹⁷⁹Più precisamente, l'aumento del grado di flessibilità del mercato del lavoro accrescerebbe i profitti (in ragione della spinta alla “moderazione salariale”), causando un aumento degli investimenti e dell'occupazione. Per una valutazione critica di questo orientamento, G. FORGES DAVANZATI, G. PAULI, Precarietà del lavoro, occupazione e crescita economica: una ricostruzione critica del dibattito, in *costituzionalismo.it*, 2015, fasc. 1, pag. 4 e segg.

sommato limitato qual è quello realizzato dall'art. 54-*bis*. Né, per lo stesso motivo, sarà possibile affermare che una siffatta disciplina debba essere inquadrata in una politica legislativa di contrasto al lavoro nero. Seppure fosse vero che l'impiego irregolare costituisce l'inevitabile (e comprensibile) reazione imprenditoriale all'insostenibilità degli oneri derivanti dalle tutele del lavoro¹¹⁸⁰, l'assetto normativo in materia di lavoro occasionale non pare sia affatto tale da incentivare i datori di lavoro all'emersione.

È difficile, insomma, intravedere quale sia l'opzione di politica legislativa sottesa alla nuova normativa (se non quella, del tutto contingente, di provare a colmare il vuoto creatosi con l'abrogazione del lavoro accessorio). L'attuale assetto appare, piuttosto, come l'esito instabile di uno scambio politico fortemente influenzato dalla precaria situazione delle finanze pubbliche e dalla necessità di contenere le agevolazioni sia contributive che fiscali. Se così fosse, fermo restando il quadro valoriale e concettuale radicato nel pensiero economico *mainstream*, le regole degli ingaggi occasionali potrebbero variare anche a breve, magari in ragione dello «sviluppo delle attività lavorative» annualmente registrato e comunicato dal Ministero del Lavoro al Parlamento¹¹⁸¹ e delle disponibilità finanziarie. Seppure entro i margini di compatibilità con il regime restrittivo degli «aiuti di Stato», in particolare, è possibile che siano riviste al rialzo quelle soglie quantitative il cui rispetto costituisce condizione essenziale per l'accesso ai benefici.

Una situazione ben poco confortante, in cui lo Stato non soltanto sostiene l'iniziativa economica privata a spese dei lavoratori e della collettività e senza alcuna contropartita, ma addirittura assume – per ragioni di consenso – iniziative di dubbia efficacia (in attesa di tempi migliori); mentre la storia recente, non solo nazionale, dovrebbe aver insegnato come lo sviluppo economico richieda interventi di tutt'altro segno e, comunque, un quadro regolativo il più possibile chiaro e stabile.

¹¹⁸⁰Secondo la retorica del cd. sommerso per necessità. V., in proposito, G. FORGES DAVANZATI, Le politiche di contrasto al lavoro non regolare: orientamenti teorici alternativi, in V. PINTO, (a cura di), Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare, Bari, 2008, pag. 84e segg.

¹¹⁸¹Entro il 31 marzo, come stabilito dal comma 21 dell'art. 54-bis.

Varieties of decentralisation in German collective bargaining – experiences from metal industry and retail trade*

Thorsten Schulten- Reinhard Bispinck

1. Introduction.	335
2. Decentralisation of German collective bargaining – an overview.	335
2.1 Basic features of German collective bargaining.	335
2.2 German collective bargaining: structure and trends.	336
2.3 Decentralisation of collective bargaining.	339
2.4 The use of opening clauses in practice.	340
2.5 Procedural rules on opening clauses.	343
3. Decentralisation of collective bargaining – the German metal industry.	344
3.1 Employment in the German metal industry – a sectoral profile.	344
3.2 Trade unions and employers' associations in the German metal industry.	345
3.3 Collective bargaining in the German metal industry; structure and trends.	347
3.4 Decentralisation of collective bargaining in the metal industry.	350
3.5 Decentralisation of metalworking collective bargaining in practice.	353
3.6 Outlook: Strengthening of union representation and revitalising sectoral collective bargaining.	358
4. Decentralisation of collective bargaining – the example of German retail trade.	359
4.1 Employment in the German retail trade – a sectoral profile.	359
4.2 Trade unions and employers' associations in the German retail trade.	361
4.3 Collective bargaining in the German retail trade – structure and trends.	362
4.4 Decentralisation of collective bargaining in the German retail trade.	365
4.5 Impact of the erosion of collective bargaining in the German retail trade.	367
4.6 Outlook: Collective bargaining in the retail trade at a crossroads: further erosion or stabilisation?	369
5. Conclusion.	370

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 137/2017

References.

373

1. Introduction.

Germany is well to the fore in terms of collective bargaining decentralisation in Europe (Keune 2011). In the international literature it is often regarded as a standard case of 'organised' or 'controlled decentralisation', within the framework of which the bargaining parties at sectoral level define the scope for derogations at company level via so-called opening clauses (Visser 2016; OECD 2017). In many European countries German experiences have served as an important reference point for reform of national collective bargaining systems.

The international perception of the German variant of decentralisation, however, is often rather one-sided and does not reflect German collective bargaining in all its diversity. There are at least two fundamental problems. First, its development is very much viewed through the lenses of major manufacturing industries, such as chemicals or metalworking, which industrial relations regimes differ very much from those in other sectors, such as private services (Dribbusch et al. 2017). In addition to a general overview of German collective bargaining and its decentralising tendencies, in this chapter we provide two in-depth case studies – one on the metal industry and one on retail trade – which provides a comprehensive picture of the differentiated world of collective bargaining in Germany.

Secondly, the concept of 'organised decentralisation' often takes too rosy a view and underestimates the level of conflict. As German experiences show clearly, collective bargaining decentralisation is not about a more or less 'intelligent' mode of regulation, but about different interests and power relations. It deals with the fundamental conflict between setting up a level playing-field for all companies and recognising the specific interests and circumstances of individual firms.

The trend towards decentralisation has fundamentally changed the German collective bargaining system. Organised and non-organised forms of decentralisation exist side by side, together with an overall trend toward the erosion of collective bargaining in some parts of the economy. While decentralisation often goes together with a shift in power from labour to capital, it sometimes creates new opportunities for revitalising union power.

2. Decentralisation of German collective bargaining – an overview.

2.1 Basic features of German collective bargaining.

The legal basis of collective bargaining in Germany is provided by the Collective Agreements Act of 1949 (*Tarifvertragsgesetz*) (Däubler 2016). Collective agreements can be concluded between employers' associations (or individual employers), on one hand, and trade unions, on the other. In contrast, works councils – the statutory employee representation bodies elected at workplace and company level – may conclude only works agreements (*Betriebsvereinbarung*), but not collective agreements. According to the Works Constitution Act (*Betriebsverfassungsgesetz*) works agreements 'may not deal with remuneration and other conditions of employment that have been fixed, or are normally fixed, by collective agreement' (Article 77, para 3). Germany has a so-called dual system of interest representation in terms of which unions conclude collective agreements, while works councils, as non-union bodies, have to regulate and monitor their implementation at company level.

Collective agreements are directly binding for all members of the bargaining parties concerned; that is, for employees who are members of the signatory unions and all member companies of

the signatory employers' associations, or a single company in the case of a company agreement. In practice, employers bound by a collective agreement usually apply the agreed provisions to all employees, regardless of whether they are trade union members or not. Collective agreements can also be extended by the Minister of Labour to include those employers and employees in the relevant sector who are not directly bound by the agreement. In practice, however, the extension of collective agreements is very rare and takes place only in a limited number of sectors (Schulten et al. 2015).

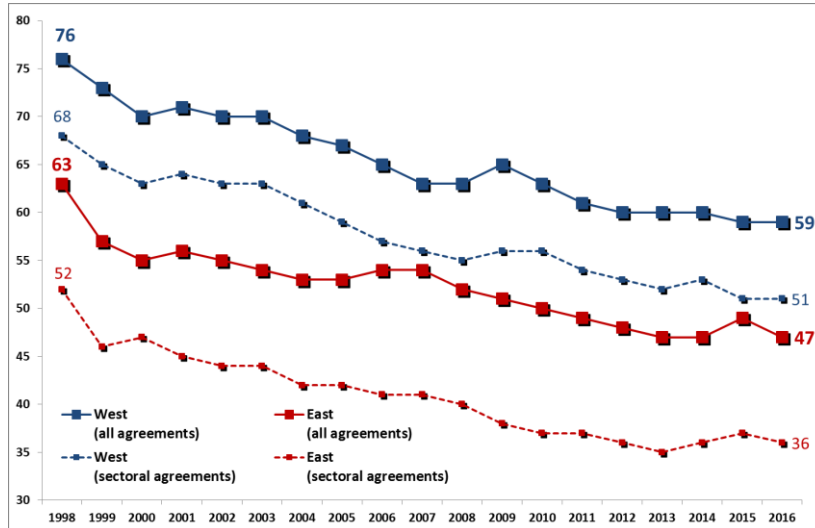
According to the 'favourability principle' (*Günstigkeitsprinzip*), departures from collectively-agreed provisions are usually possible only when these favour employees. For example, a works agreement can provide better employment conditions than a collective agreement, but may not worsen them. However, the bargaining parties may agree on so-called 'opening clauses' (*Öffnungsklauseln*) in collective agreements that allow, under certain conditions, a derogation from collectively agreed standards, even if this changes employment conditions for the worse.

There are two basic types of collective agreements in Germany: association-level or sectoral agreements (*Verbands- or Branchentarifverträge*) and company agreements (*Firmentarifverträge*) for individual companies or establishments. By the end of 2016, the German Ministry of Labour had officially registered 73,436 valid collective agreements, of which 30,463 were concluded at sectoral and 42,973 at company level (WSI 2017).

2.2 German collective bargaining: structure and trends.

Traditionally, the German model of collective bargaining was associated with a comprehensive system of sectoral agreements and a high bargaining coverage. Since the mid-1990s, however, it has undergone a series of profound changes that have led to an increasing fragmentation and partial erosion of the system (Schulten and Bispinck 2015; Addison et al. 2017). Based on the data provided by the annual IAB Establishment Panel, which is carried out by the Institute of Employment Research (IAB) of the German Federal Employment Agency, between 1998 and 2016 the proportion of workers covered by collective agreements in western Germany decreased from 76 to 59 per cent, while in eastern Germany the proportion fell from 63 to 47 per cent (Figure 1.1). The partial erosion of collective bargaining is even more pronounced with regard to sectoral agreements, the traditional core of the German bargaining model. According to IAB data the percentage of workers covered by sectoral agreements decreased from 68 to 51 per cent in western Germany and from 52 to 36 per cent in the east of the country.

Figure 1 Collective bargaining coverage in Germany, 1998–2016 (workers covered by collective agreements as a percentage of all workers)

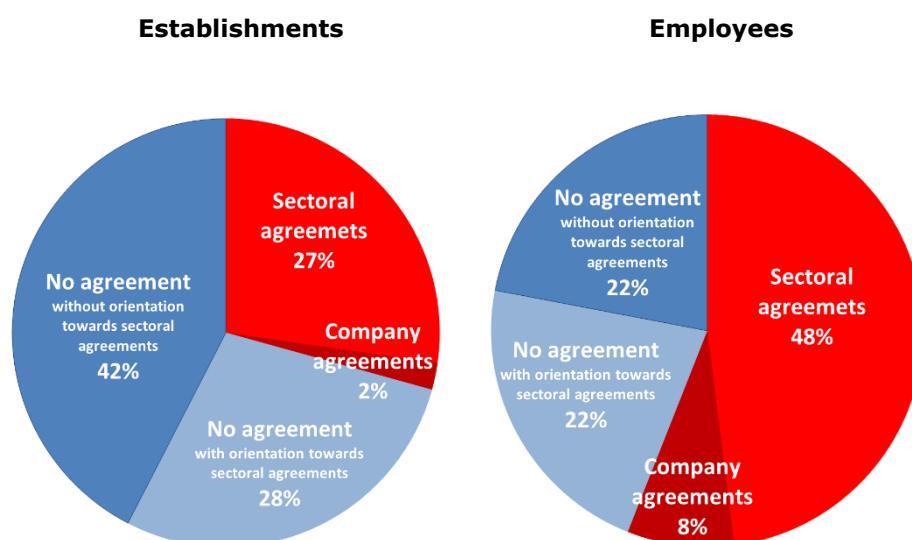


Source: IAB Establishment Panel (Ellguth and Kohaut 2017).

Among the 56 per cent of German workers who still had a collective agreement in 2016, 48 per cent were covered by a sectoral and 8 per cent by a company agreement (Figure 2). For about half of the 44 per cent of workers who are not covered by collective agreements, the companies claim that they take prevailing sectoral agreements as ‘orientation’ for their own in-house determination of wages and working conditions. The substance of the collective agreements is thus beyond the scope of formal bargaining coverage. As some recent studies have found, however, many companies that take their bearings from prevailing sectoral agreements, often provide for wages and conditions well below collectively agreed standards (Addison et al. 2016; Berwing 2016).

In general, larger companies are much more likely to be covered by collective agreements, while the majority of smaller companies have no agreement at all. Thus, the bargaining coverage of companies is rather low (Figure 2). In 2016, only 27 per cent of companies were covered by a sectoral agreement, 2 per cent had a company agreement, while the majority – 70 per cent – of all companies were not covered by collective agreements (among them 42 per cent that claim to take prevailing sectoral agreements as orientation).

Figure 2: Collective bargaining coverage in Germany as a percentage of establishments and employees, 2016



Source: IAB Establishment Panel.

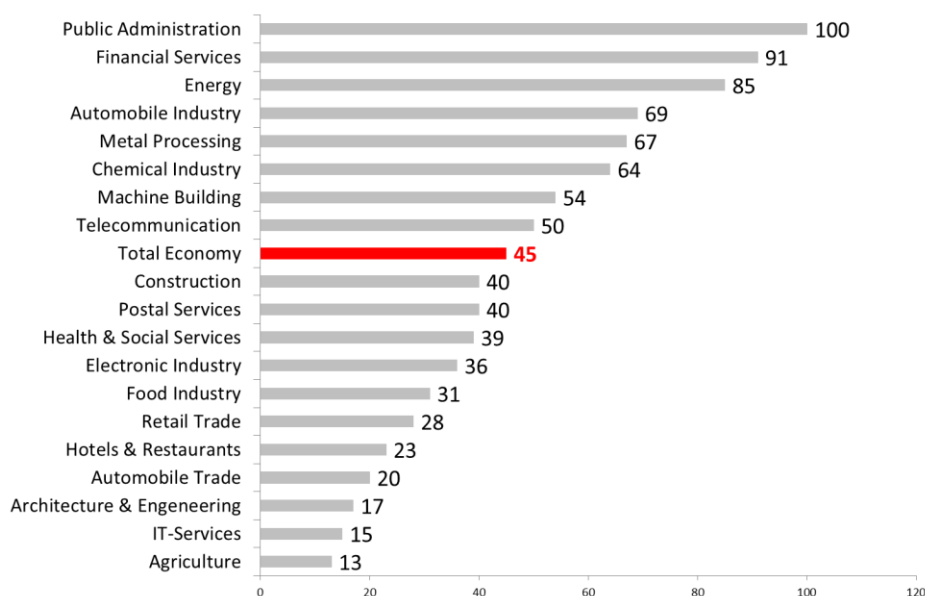
Correct figure text

The IAB establishment panel has been the standard source for calculating collective bargaining coverage in Germany for years. More recently, the German Statistical Office has published an alternative calculation, based on the German Structure of Earnings Survey (SES). According to the latter, overall bargaining coverage is not 56 per cent of employees (as calculated by the IAB), but only 45 per cent (Statistisches Bundesamt 2016a).¹¹⁸²

The advantage of the SES data is that they provide more detailed information on collective bargaining coverage in different sectors (Figure 3). In some branches, such as public administration, financial services or energy, the vast majority of workers – 80 per cent or more – are still covered by collective agreements. The same holds true for some core manufacturing industries, such as the automobile or chemical industries, in which around two-thirds of workers are still covered by collective agreements. Sectors such as construction, postal services and health and social services show a bargaining coverage of around 40 per cent. Finally, in a large number of private service sectors, such as retail trade, hotels and restaurants, automobiles or IT services, only a minority – less than 30 per cent – of workers are covered by collective agreements.

¹¹⁸² There is no satisfying explanation for the difference so far. Both the IAB and the SES data are representative for all groups and sizes of companies. From conversations with the data providers it emerges that, due to differences in the methodology of the surveys, IAB data might slightly overestimate and the SES data slightly underestimate bargaining coverage, so that the real figure might be somewhere in the middle.

Figure 3 Collective bargaining coverage in selected sectors, 2014 (workers covered by collective agreements as a percentage of of all workers)



Source: Statistisches Bundesamt (2016) using data of the German Structure of Earnings Survey (SES).

Finally, there is a close relationship between collective bargaining coverage and wage levels. Compared with other European countries, Germany exhibits a rather unusual pattern, whereby bargaining coverage increases with wage level. According to SES data, workers in the two lowest wage quintiles have a bargaining coverage of only 27 per cent. In contrast, 66 per cent of workers in the highest wage quintile are covered by a collective agreement (Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2017: 74). This shows that the decline of German collective bargaining has been particularly marked in the low-wage sector, in which only a minority of workers are still protected by collective agreements. Studies have also identified the decline in bargaining coverage as the single most important reason for the growing wage inequality in Germany (Felbermayr et al. 2015).

2.3 Decentralisation of collective bargaining.

The German system of collective bargaining has always been characterised by a highly differentiated interplay between sector- and company-level regulations. Trade unions and employers' associations agree on certain minimum conditions at sectoral level in order to limit competition on labour costs and to demarcate a level-playing field. Management and works councils implement agreements at company level and typically negotiate additional social benefits. Apart from a relatively clear division of labour between the two bargaining areas, there were always some overlaps as the sectoral agreements include some opening clauses which allow room for regulation at company level. This started as early as the 1960s and 1970s with opening clauses on work organisation and additional payments and continued in the 1980s with opening clauses on working time, which were agreed in exchange for working time reductions.

The major push for the decentralisation of German collective bargaining came in the 1990s, against the background of a deep economic crisis in the aftermath of German unification. A growing number of employers started to criticise the system of sectoral collective agreements for being 'too rigid' and for not providing sufficient 'flexibility at the company level'. Originally, the demands for derogations from sectoral agreements came particularly from companies in severe economic difficulties. In a context of increasing unemployment in Germany, sectoral agreements from the mid-1990s increasingly included 'hardship clauses' whereby companies obtained the right to derogate from sectoral standards in exchange for the safeguarding of jobs. At first, such deviations were possible only under relatively strict conditions. However, over time the criteria for opening clauses were no longer restricted to the danger of bankruptcy but were widened to embrace all kinds of situations and motivations, including even 'improving competitiveness' (Bispinck and Schulten 2010).

Demands for the decentralisation of collective bargaining came first of all from the employers, with considerable support from mainstream economics (for example, Ochel 2005). There was also a strong push for decentralisation from political parties, which sometimes called for a statutory opening clause or a revision of the favourability principle (Bispinck and Schulten 2005).

Among the German trade unions the issue of decentralisation was much more contested (Bispinck 2004a; Bahn Müller 2017). The Chemical Workers Union (IG BCE), for example, has taken a more proactive stance since the early 1990s and has agreed on some major opening clauses regarding wages, annual bonuses and working time. In this way, IG BCE was able to establish a system of controlled decentralisation whereby the union and not parties at the company have the final say on derogations. In the view of IG BCE this approach has helped the union to stabilise the entire bargaining system in the chemical sector (Erhard 2007; Förster 2008). In contrast, most other unions originally took a much more sceptical view and tried, if not to prevent at least to limit the spread of opening clauses, which were widely regarded as a fundamental threat to the concept of sectoral bargaining.

In practice, however, all unions were more or less ready to accept company deals with deviations from sectoral agreements, especially when the companies threaten the loss of employment. The debates with the unions came to a turning point in 2004 when the Metalworkers Union IG Metall concluded the Pforzheim Agreement, which includes a general opening clause and some procedural rules for controlled decentralisation.¹¹⁸³ After this milestone agreement, similar opening clauses have been concluded in almost all major sectors (Bispinck and Schulten 2010). As a result, the use of opening clauses for derogations at company level became a new norm in German collective bargaining.

2.4 The use of opening clauses in practice.

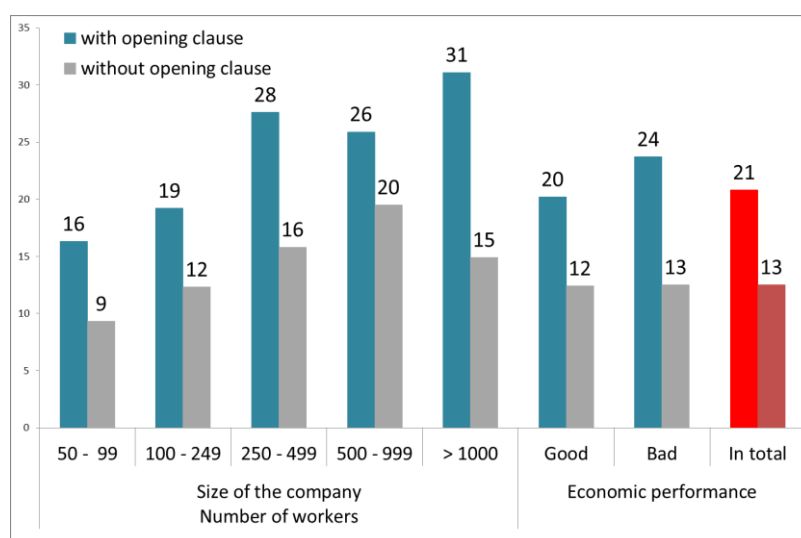
There are only a few studies and data sets with empirical information on the spread of opening clauses in German collective bargaining (Bispinck and Schulten 2003, 2010; Brändle and Heimbach 2013; Ellguth and Kohaut 2010, 2014; Amlinger and Bispinck 2016). One dataset with information on the use of opening clauses is the IAB Establishment Panel, which provides data for 2005, 2007 and 2011 (Ellguth and Kohaut 2014: 441). According to the IAB data, in 2011 20 per

¹¹⁸³ On the Pforzheim Agreement see the section on the metal industry.

cent of all establishments covered by collective agreements, representing about 35 per cent of all workers, made use of some kind of opening clauses; 13 per cent used opening clauses regarding working time; and 10 per cent on pay issues (ibid.: 442). Usually, larger establishments use opening clauses more frequently than smaller establishments. There is no clear relationship between a company's resort to opening clauses and its economic performance; it is not limited to establishments in economic trouble (ibid.: 447).

Another data source with information on the use of opening clauses is the WSI Works Council Survey, which is a representative survey of establishments with at least 20 employees and a works council (Amlinger and Bispinck 2016).¹¹⁸⁴ The results from the WSI Survey are similar to those from the IAB data. All in all, in 2015 21 per cent of all establishments were covered by collective agreements that made use of opening clauses. In larger establishments the frequency is somewhat higher than in smaller ones. There is no clear relationship to economic performance, as opening clauses were used by 24 per cent of establishments with 'bad' economic performance and by 20 per cent of those whose economic performance was 'good' (Figure 4).

Figure 4 Derogations from collective agreements at company level, with or without opening clauses, 2015 (as a percentage of all companies covered by a collective agreement)



Source: WSI Works Council Survey 2015 (Amlinger and Bispinck 2016).

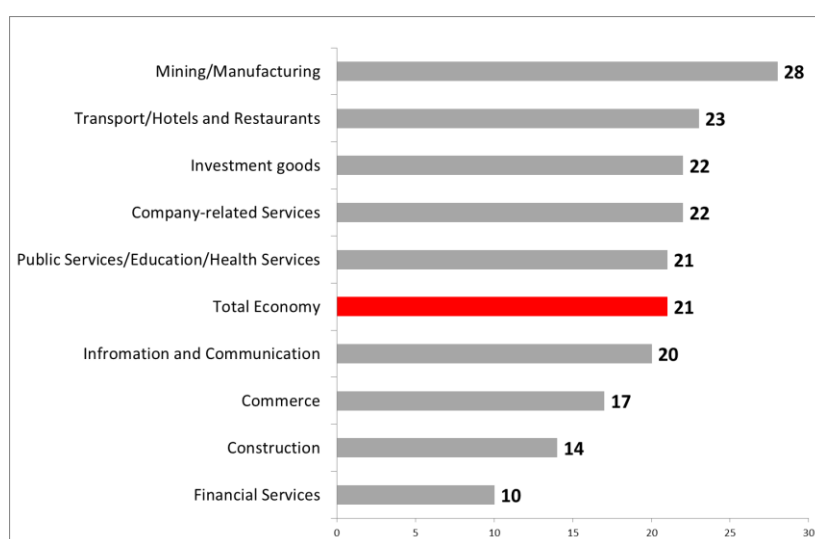
The WSI Survey also contains information on companies that derogate from collective agreements without the justification of an opening clause (Figure 4). In total, 13 per cent of all establishments declared that they practice some form of 'informal decentralisation'. This probably marks the lower extreme due to a number of undetected cases. Again such establishments might

¹¹⁸⁴ Because of changes in the questionnaire the data are not fully comparable with earlier versions of the WSI Survey. For an evaluation of the earlier version see: Bispinck and Schulten 2003, 2010.

be characterised by poor or good economic performance. The frequency of informal derogations increases with size of establishment, with the exception of very large companies (more than 1,000 employees), at which the frequency is somewhat lower.

In terms of sectors, the use of opening clauses is most widespread in manufacturing (28 per cent), transport and hotels and restaurants (23 per cent), investment goods and company-related services (both 21 per cent). Use is very much below average in construction and financial services (Figure 5).

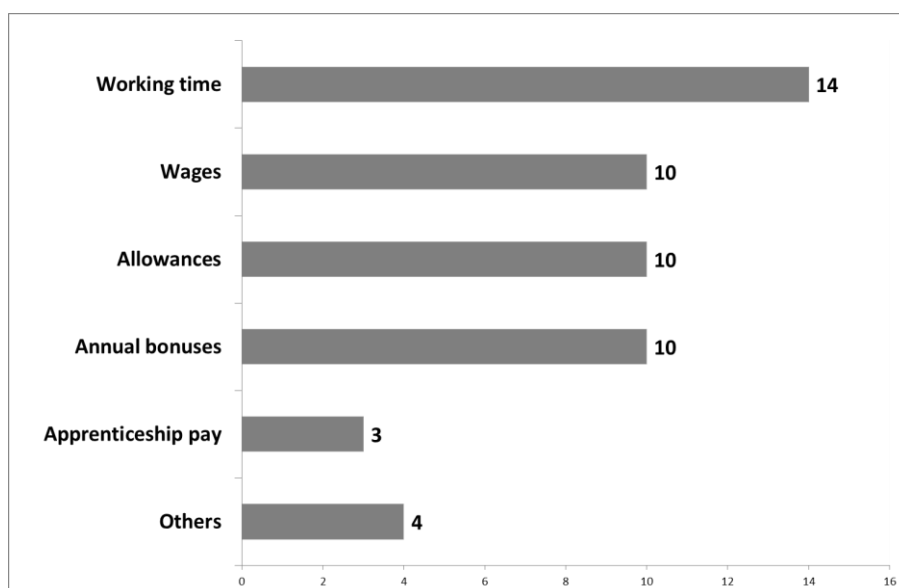
Figure 5 Use opening-clauses in various sectors, 2015 (percentage of all companies covered by collective agreements)



Source: WSI Works Council Survey 2015 (Amlinger and Bispinck 2016).

In terms of topics the opening clauses used most often concern working time, including provisions for reduction or extension of working time or for flexible working time arrangements. Of equal importance are opening clauses on wages, allowances and annual bonuses. Opening clauses are used relatively rarely with regard to apprenticeship pay or other issues (Figure 6).

Figure 6 Topics of used opening-clauses, 2015 (percentage of all companies covered by collective agreements)



Source: WSI Works Council Survey 2015 (Amlinger and Bispinck 2016).

2.5 Procedural rules on opening clauses.

There are some significant differences regarding procedural rules for opening clauses. The standard form, which was developed in the first half of the 1990s in the chemical industry (Erhard 2007), follows the following procedure. First, the union and employer association agree to introduce an opening clause, its content and concrete conditions and procedure for its adoption. The content can be conclusive or it can define scope for derogation at company level. Usually, the parties at company level – management and work council – have to make a joint application to the sectoral bargaining parties, which make the final decision on the derogation. The basic idea underlying ‘controlled decentralisation’ is that companies cannot opt for derogation as they see fit. However, sometimes the sectoral parties also delegate competence for the final decision to the parties at company level. This is the case in particular when the issue is of minor importance.

Since the adoption of the Pforzheim Agreement in the German metal industry in 2004 many sectors have agreed on general opening clauses, which mainly define procedural rules but say nothing about the content of derogation. The latter is usually the result of bargaining between the union and the company with the participation of all actors at both sectoral and company level. Concrete derogations are often laid down in a company agreement. There are some further procedural rules which usually need to be recognised when using opening clauses:

- companies have to open their books to justify the need of derogations;
- derogations have to be terminated after a certain period of time;
- companies have to offer something in exchange for derogations (usually job security or new investment).

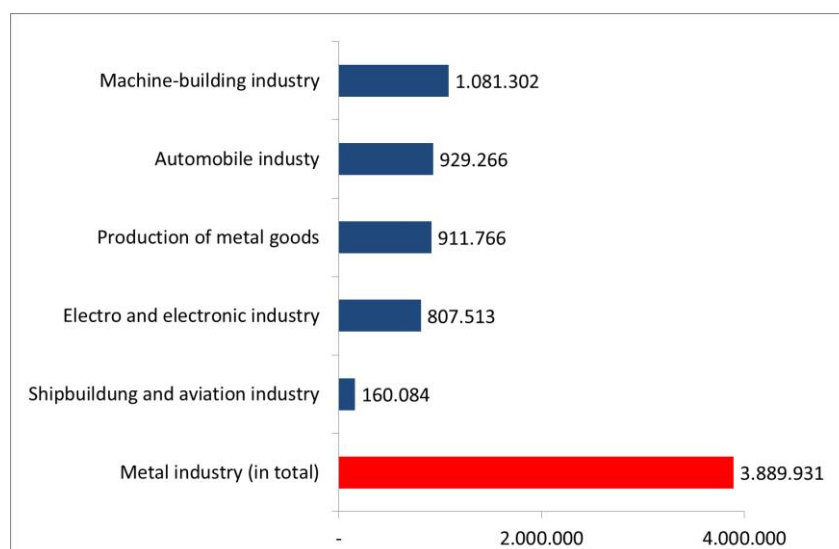
Finally, most trade unions also have internal coordination rules to control the use of opening clauses. Usually, every derogation has to be approved by a central coordination body, which has to check whether it is in line with the trade union's rules and principles and whether it has no negative consequences for other companies (for example, for the case of the Unified Services Union ver.di: Wiedemuth 2006).

3. Decentralisation of collective bargaining – the German metal industry.

3.1 Employment in the German metal industry – a sectoral profile.

The metal industry is Germany's key industrial sector with an annual turnover of more than one trillion euros. The sector comprises more than 24,000 companies with almost 3.9 million employees (Gesamtmittel 2016: 2). The largest sub-sectors within the metal industry are the machine-building industry, the automobile industry, production of metal goods and the electro and electronic industry (Figure 7).

Figure 7 Number of workers in the German metal industry, 2016



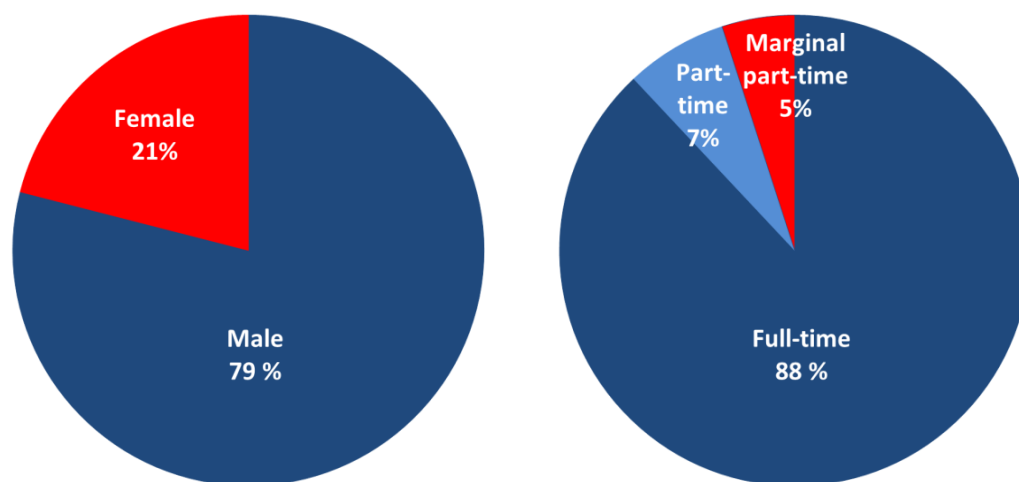
Source: Bundesagentur für Arbeit (2017), authors' calculations.

The German metal industry is heavily dependent on foreign markets as two-thirds of products and services are exported. Although there are a few large, well-known corporations, such as Volkswagen, Siemens, Bosch, Daimler and BMW, the industry is dominated by small and medium-sized enterprises (the famous *Mittelstand*). More than two-thirds of all metalworking companies have fewer than 100 employees, while only 2 per cent have a workforce of more than 1,000.

Regarding employment structure, metalworking is first of all a male-dominated sector: nearly 80 per cent of all metalworkers are men. In contrast to many other sectors the vast majority – 88

per cent – of employees work full-time, while only 12 per cent have a part-time or marginal part-time job (Figure 8).

Figure 8 Structure of employment in the German metal industry, September 2016 (percentage of all metalworkers)



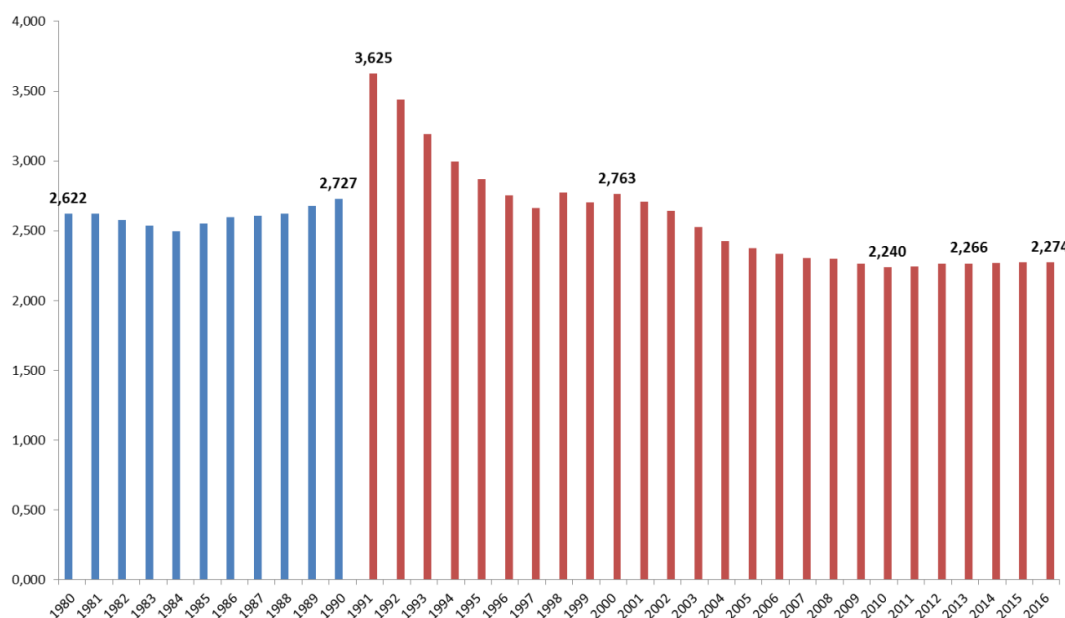
Source: Bundesagentur für Arbeit (2017), authors' calculations.

3.2 Trade unions and employers' associations in the German metal industry.

The two main collective actors in the metal industry are the German Metalworkers Union, *IG Metall*, and the Federation of German Employers' Associations in the Metal and Electrical Engineering Industries, *Gesamtmittel*. IG Metall is the largest affiliate of the Confederation of German Trade Unions (DGB), with about 2.27 million members in 2016. Apart from the metal industry, IG Metall also represents some other sectors, such as the metal trade, the steel industry, the wood industry and the textile industry.

After its membership had peaked in 1991 due to German unification, IG Metall was faced by a severe decline, which was largely the result of strong deindustrialisation in eastern Germany and continuous job losses in the west (Bispinck and Dribbusch 2011, Figure 9). After 2005, the metalworkers' union intensified its organising policy in order to turn the tide. In conjunction with a reviving economy the union had finally managed to slow down the decline before it was hit by the crisis of 2008/2009. After the crisis IG Metall was even able to realise a moderate increase in membership, but the absolute figures remain below the pre-unification level.

Figure 9 Membership of IG Metall, 1980–2016 (millions; until 1990: West Germany, from 1991: Germany)



Source: IG Metall.

About 30 per cent of the union's members are either unemployed or have retired. Almost 90 per cent of the active membership works in the metal industry. The union's main stronghold is the automobile industry, in which around 70 per cent of the employees are union members. At some car manufacturing plants union density remains at 90 per cent or even higher. Along the supply chain of the automobile industry, however, union density is weaker, with slightly more than 40 per cent of the employees being organised. Less organised are, for example, the electronic and IT industries, in which less than 30 per cent of employees hold a union membership card.

IG Metall's institutional strength at workplace level is also closely related to the existence of works councils. According to the representative Establishment Survey of the Institute for Employment Research (IAB), in Germany works councils exist only in 9 per cent of all establishments, representing 41 per cent of all employees. Their existence depends primarily on company size: in establishments with more than 500 employees about 90 per cent have a works council (Ellguth and Kohaut 2017). In 2014 about 71 per cent of all works council members within the organisational domain of IG Metall were members of the union, some 28 per cent were unorganised and a marginal 0.3 per cent were members of the small Christian Metal Workers' Union or CGM (Christliche Gewerkschaft Metall). In larger companies with 500 or more employees 80 per cent or more of the works councillors are members of IG Metall.

The employers' association in the metal industry, Gesamtmetall, is the largest federation in the Confederation of German Employers' Associations (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, BDA), which is the peak organisation on the employers' side. Gesamtmetall is an

umbrella organisation of a large number of regional employers' associations in the German metal industry. These regional associations are the bargaining partners of regional sections of IG Metall when it comes to negotiations on industry-wide collective agreements. Traditionally, all companies that are member of the employers' association were automatically covered by the sectoral collective agreement. Since the 1990s, however, many employers' associations have introduced a special membership status, known as 'OT status' (OT = ohne Tarifbindung; 'not covered by the collective agreement'), which provides member companies with the association's full range of services, but relieves them of the duty to comply with the standards set by the industry-wide collective agreement. Gesamtmetall was initially against this type of membership but finally accepted it in 2005, acknowledging associations with 'OT' status as affiliates. Some companies take advantage of this special OT status but negotiate company-level agreements, often with the support of their employers' association. Others have withdrawn from collective bargaining, while some still take the sectoral collective agreements as orientation.

The number of member companies in Gesamtmetall with OT status has shown a continuous increase. About half of all member companies, representing about 20 per cent of the affected workers, now have OT status and thus are not obliged to accept the sectoral collective agreement in metalworking. In particular, small and medium-sized companies have used this status to withdraw from collective bargaining.

3.3 Collective bargaining in the German metal industry; structure and trends.

The dominant pattern of collective bargaining in German metalworking is sectoral bargaining. The metal industry is historically subdivided into 21 regional bargaining areas, in which the relevant employers' associations negotiate with the regional IG Metall organisations (IG Metall 2017: 12). The most prominent bargaining areas are in the federal states of Baden-Wuerttemberg and North-Rhine Westphalia, where the bulk of metalworking industry is concentrated. Collective bargaining in metalworking usually takes the form of pattern bargaining, whereby a pilot agreement is concluded in one bargaining area and then transferred – sometimes with some specific regional amendments – to the other bargaining areas. The sectoral collective agreements cover the whole range of sub-branches within the metal industry, including the automotive industry, machine-building and the electro and electronic industries. Only the iron- and steel industry, as well as the various metal trades have separate collective agreements.

The long-term development of collective bargaining coverage in the metal industry is difficult to describe as there are no consistent data series. Studies on bargaining coverage in Germany usually rely on data from the IAB Establishment Panel, which is a representative employer survey covering all branches and all sizes of company. The IAB Establishment Panel, however, does not provide figures for the metal industry but only for the whole manufacturing sector (Ellguth and Kohaut 2017). As a rough approximation to the metal industry figures are available for the sector 'capital goods and durable consumer goods', which covers most metalworking branches. On this basis, the figures indicate a relatively stable bargaining coverage of about 60 per cent during the past 8 years, which is only slightly above the national average (*Table 2.1*).

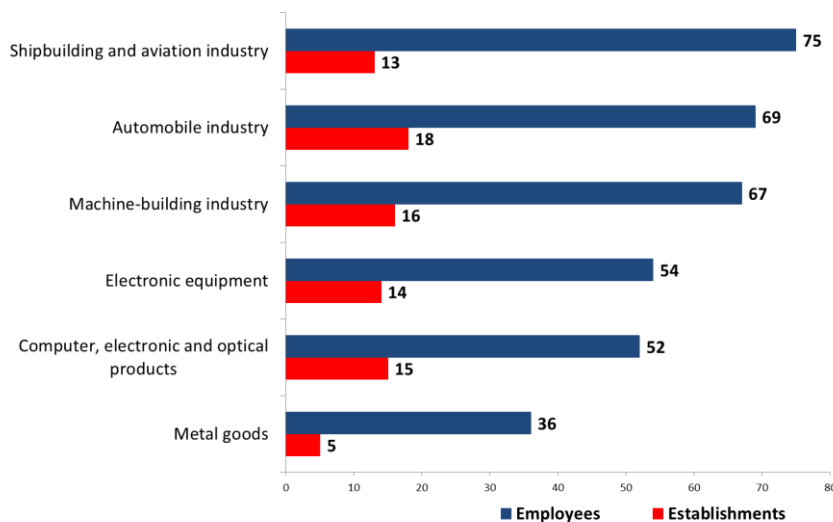
Table 1 Collective bargaining coverage in industries producing capital and durable consumer goods, 2009–2016 (% of all employees or establishments)

	2009	2011	2013	2015	2016
Employees	61	58	62	60	60
Establishments	32	24	22	26	21

Source: IAB Establishment Panel, special evaluation by the IAB for the authors.

Another source for measuring bargaining coverage is the German Structure of Earnings Survey (SES), which provides more detailed information but only for 2014 (Statistisches Bundesamt 2016). According to this, bargaining coverage of employees within the different sub-sectors of the German metal industry varies between 36 per cent in the production of metal goods and 75 per cent in the shipbuilding and aviation industry (Figure 5). In the automobile and machine-building industry coverage is 69 and 67 per cent, respectively. As bargaining coverage depends very much on the size of the company it is much lower in establishments, varying between only 5 per cent in metal goods and 18 per cent in the shipbuilding and aviation industry.

Figure 11 Collective bargaining coverage in sub-sectors of the German metal industry, 2014 (% of employees or establishments)

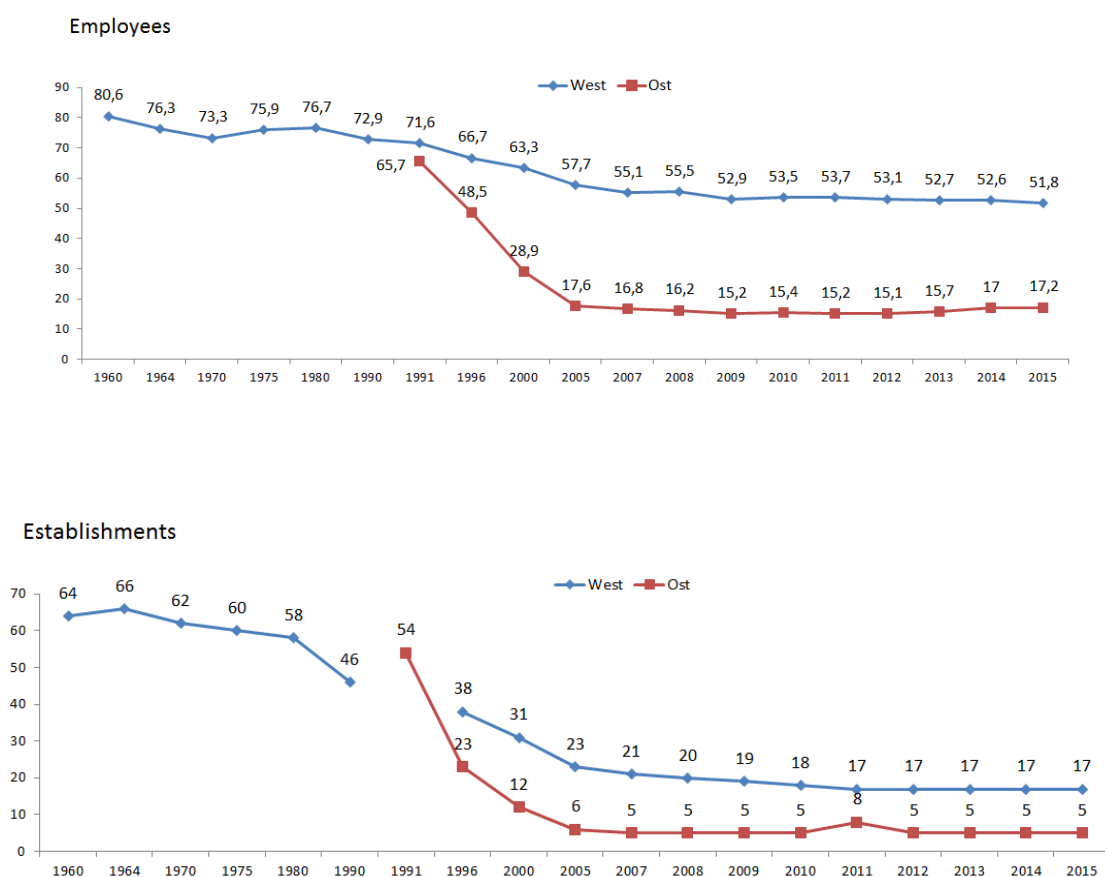


Source: German Structure of Earnings Survey (Statistisches Bundesamt 2016a).

A third source for calculating collective bargaining coverage in the metal industry is the membership data of the employers' association Gesamtmetall, which goes back to 1960. According to these figures, sectoral agreements in metalworking have undergone a remarkable decline (*Figure 11*). While in 1960 about 80 per cent of all metalworkers in western Germany were covered by sectoral agreements, that had fallen to just over 50 per cent by 2015. The decline started in the 1980s and accelerated in the 1990s. It slowed only at the end of 2000s. Since then it has remained relatively stable at a low level. In eastern Germany the situation is even more dramatic. After a sharp decline in bargaining coverage in the 1990s, only around 17 per cent of eastern German metalworkers are still covered by a collective agreement.

Turning to establishments, the figures are even more striking: only 17 per cent of western German and 5 per cent of eastern German metalworking companies are still covered by sectoral agreements. Although some establishments are covered by company agreements, the large majority of (mainly small-sized) companies in metalworking are not affected by collective bargaining.

Figure 12 Collective bargaining coverage by sectoral agreements in the German metal industry, 1960–2015 (% of all employees or establishments)



Source: Gesamtmetall, authors' calculations.

3.4 Decentralisation of collective bargaining in the metal industry.

The decentralisation of collective bargaining in the metal industry has a long history. Under the conditions of full employment in the 1960s, the trade unions demanded additional company bargaining (*betriebsnahe Tarifpolitik*) in order to obtain extra payments at company level and to regulate them within company agreements. At that time, the employers emphasised the value of sectoral agreements, which were seen as an important instrument for moderating wage increases. The picture changed with growing mass unemployment in the 1980s, when the employers started to demand more flexibility and (downward) derogations from sectoral agreements at company level.

The introduction and specific design of opening clauses as a form of 'organised decentralisation' has always been an issue giving rise to harsh conflicts and was sometimes even accompanied by industrial action. For a long time, IG Metall was very sceptical about using opening clauses, which were criticised for undermining the principal function of sectoral agreements, namely the determination of agreed standards for the whole sector and therewith the limitation of competition on wages and other labour costs (Bahnmüller 2017). In practice, however, the union was always open to negotiating special conditions for companies that were in real economic difficulties in order to safeguard employment. All in all, the process of decentralisation of collective bargaining in the metal industry stretches back over a period of more than 30 years (Bispinck 2004a; Haipeter and Lehndorff 2014). The main stages were as follows.

From 1984: Exchange of working time reductions for working time flexibility at company level

The decentralisation of collective bargaining in the metal industry started in the mid-1980s with the issue of working time. In exchange for a reduction of weekly working time, IG Metall made some significant concessions regarding more working time flexibility at company level. In the first years of working time reduction after 1984 the agreed standard of weekly working time of 38.5 hours had to be achieved only as an average. The bargaining parties later introduced a provision that up to 18 per cent of employees may, on a voluntary basis, have prolonged working time of 40 hours. In companies with a share of 50 per cent or more of high wage groups (engineering and developing companies) the 40-hour week may be applied to up to 50 per cent of employees. The same applies with regard to fostering innovation and countering shortages of skilled labour.

As a consequence, the 35-hour week, which was finally achieved in the western German metal industry in 1995, was never fully implemented for all metalworkers. For parts of the workforce it serves only as a reference value. Since 1994 the collective agreements provide additional regulations according to which working time can be reduced to 30 hours per week with corresponding lower pay in order to safeguard jobs. This was in response to the sharp economic recession in 1992/1993, which threatened employment especially in the metal industry.

1993: Hardship clauses in eastern Germany

Opening clauses concerning pay were introduced for the first time in 1993 in eastern Germany as a consequence of the deep transformation crisis that hit the metal industry in particular. After a very conflictual bargaining round with two weeks of strikes, IG Metall agreed to the introduction of a so-called hardship clause (*Härtefallklausel*) in the sectoral agreement. According to the clause, companies are allowed – under certain conditions – to deviate from collectively agreed pay. These deviations had to be negotiated not by the management and the works councils at establishment level but by the sectoral collective bargaining parties themselves. In practice, these provisions were used fairly often (Hickel and Kurtzke 1997).

From the mid 1990s: Derogations on pay in western Germany

While IG Metall rejected employers' demands for formal adoption of the eastern German hardship clause also in western Germany, from the mid-1990s it started to accept more and more company derogations also in western German collective agreements. The provisions for derogation were often relatively vague and did not contain specific procedural rules. The metalworking agreement in North Rhine-Westphalia, for example, had a provision according to which 'in case of severe difficulties – for example, in order to prevent insolvency – the bargaining parties shall make efforts to come up with special regulations.'

In the metalworking industry deviations from regional sectoral agreements became increasingly widespread during the 1990s (Haipeter and Lehdorff 2009: 33ff). While in eastern Germany the existence of the formalised hardship clause offered a defined procedure for regulating deviations at company level, in western Germany regional agreements contained only very general 'restructuring clauses' with no procedural requirements. As a result, a 'grey area' of company deviations emerged and grew (Bahnmüller 2017). Some deviations were backed by sectoral agreements; others de facto contravened collectively agreed standards, leading to a kind of 'wildcat cooperation' (Streeck 1984) at company level. Because of lack of transparency, IG Metall had de facto lost its power to control decentralisation at company level, which increasingly took on a 'disorganized' or 'wild' form.

2004: Pforzheim Agreement with the introduction of a general opening clause

The situation changed fundamentally with the adoption of the Pforzheim Agreement, which was concluded in the metal industry in February 2004. The agreement was not only the result of a conflict in German metalworking but also of a more fundamental societal conflict about the future development of the German collective bargaining system (Bispinck 2004b). In the early 2000s, Germany was widely regarded as 'the sick man of Europe' as its economic performance was comparatively weak and its unemployment one of the highest in Europe. The prevailing opinion at that time was that the economic weakness was grounded in 'overregulation' of the labour market. Thus, in 2013 the Red-Green government announced its notorious 'Agenda 2010', which contains a comprehensive programme for weakening labour market regulation. As part of his famous 'Agenda speech' in the German parliament, former chancellor Gerhard Schröder also

threatened to intervene in free collective bargaining through the introduction of a statutory opening clause if the bargaining parties themselves were not able to reach agreement on more possibilities for companies to derogate from sectoral agreements. The Pforzheim Agreement was to certain extent the price the unions had to pay to avoid those interventions.

The Pforzheim Agreement contains for the first time a general opening clause for the whole metal industry, according to which companies can derogate from sectoral agreements in order to 'secure existing employment and to create new jobs' through improvement of 'competitiveness, innovative capability and investment conditions' (see Box 1). In contrast to earlier opening clauses, the Pforzheim Agreement says little about the content of possible derogations but contains mainly procedural rules. If a company wants to deviate from the sectoral agreement, the management and the works council have to make a joint application to the sector-level bargaining parties; that is, the regional organisations of IG Metall and Gesamtmetall. If the latter agree on the derogations, IG Metall negotiates a supplementary company agreement with the company. In principle, such company agreements can deal with all kind of issues, such as 'cuts in special payments, deferral of claims, increasing or reducing of working hours with or without full wage compensation'. In practice, however, IG Metall usually accepted such company agreements only when the derogations are temporary and when the company gives a job guarantee for the period of derogation.

Box 1 Pforzheim Agreement, 2004

Collective agreement on competitiveness and securing of production sites for the metal and electrical industry, Baden-Württemberg, 25.2.2004*

§ 1 'The aim of this collective agreement is to secure existing employment and to create new jobs in Germany. This requires improvements in competitiveness, innovative capability and investment conditions. The collective bargaining parties are committed to these goals and to their of shaping the framework for enhanced employment in Germany.

§ 2 The parties at establishment-level examine whether measures under the existing provisions are exhausted to secure and promote employment. The collective bargaining parties advise – at the request of the parties at establishment level – what possibilities exist within the framework of collective agreements. If it is necessary, under consideration of the social and economic consequences, to secure a sustainable development of employment by deviating from collectively agreed regulations, the collective bargaining parties, together with the parties at establishment level, after joint examination, will agree on supplementary derogations from collectively agreed minimum standards; for example, cuts in special payments, deferral of claims, increasing or reducing working hours with or without full wage compensation (if not regulated in the collective agreement). A precondition for this is comprehensive information with associated documents. (...) In the overall assessment possible consequences on competition and employment in the sector or region, as far as establishments with the same collective bargaining coverage are concerned, should be included.'

* Since 2008 the Pforzheim Agreement has been is part of a 'collective agreement on the safeguarding and increasing of employment' (*Tarifvertrag zur Beschäftigungssicherung und zum Beschäftigungsaufbau*).

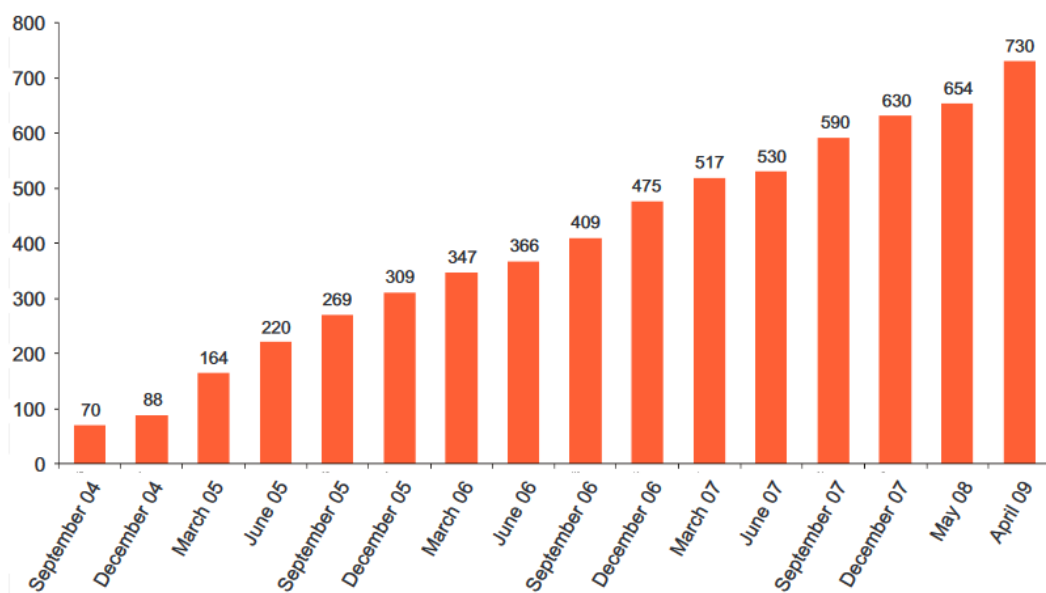
Source: Translation by the authors.

3.5 Decentralisation of metalworking collective bargaining in practice.

The main impact of the Pforzheim Agreement has been the reorganisation – to a considerable extent – of the earlier process of wild decentralisation. With the definition of a general procedural framework the sectoral bargaining parties were able to regain control of the decentralisation process. For IG Metall this meant that it had to give up its resistance in principle to widespread use of derogations at company level and to accept them as an established part of a more fundamentally revised bargaining system in the German metal industry (Bahnmüller 2017). This change of viewpoint, however, does not mean that the union automatically accepts all applications for derogation. On the contrary, decentralisation of collective bargaining often goes hand in hand often with tough conflicts at local level (see below).

As the Pforzheim Agreement gave both bargaining parties greater control over the process of decentralisation, they also have a much better knowledge of the scope of derogations. No coherent statistics are available, but from time to time both parties have published some information. According to data provided by Gesamtmetall, there was a steady rise in company-level derogations following the Pforzheim Agreement (*Figure 13*). In September 2004, only 70 cases were reported by Gesamtmetall, but by April 2009 the number had increased to 730.

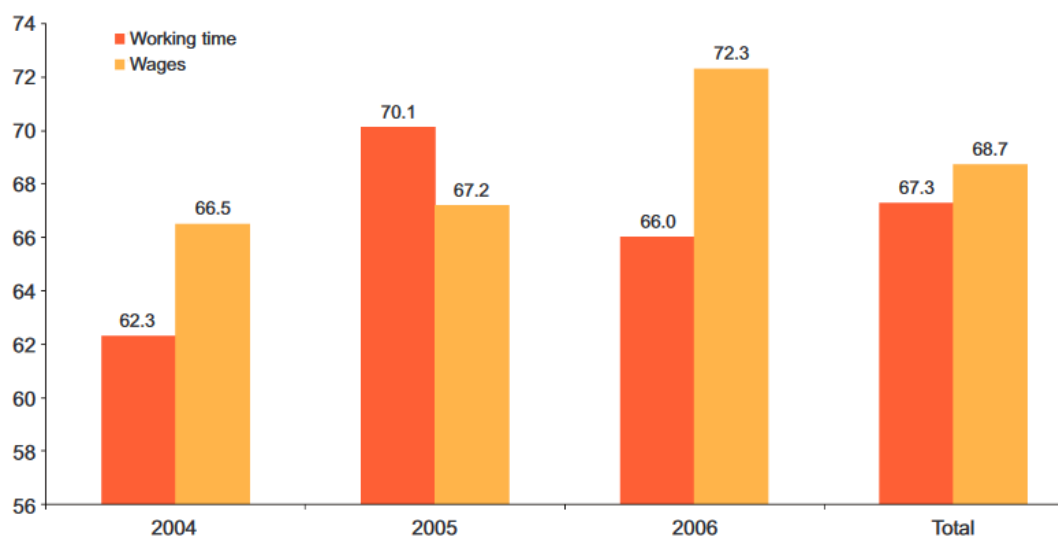
Figure 13 Number of company-level derogations from sectoral agreement in metalworking



Source: Gesamtmetall (2009).

The key topics addressed by derogation agreements were pay and working time. Between 2004 and 2006, about two-thirds of all agreements provided for company-level deviations on these two issues (*Figure 14*).

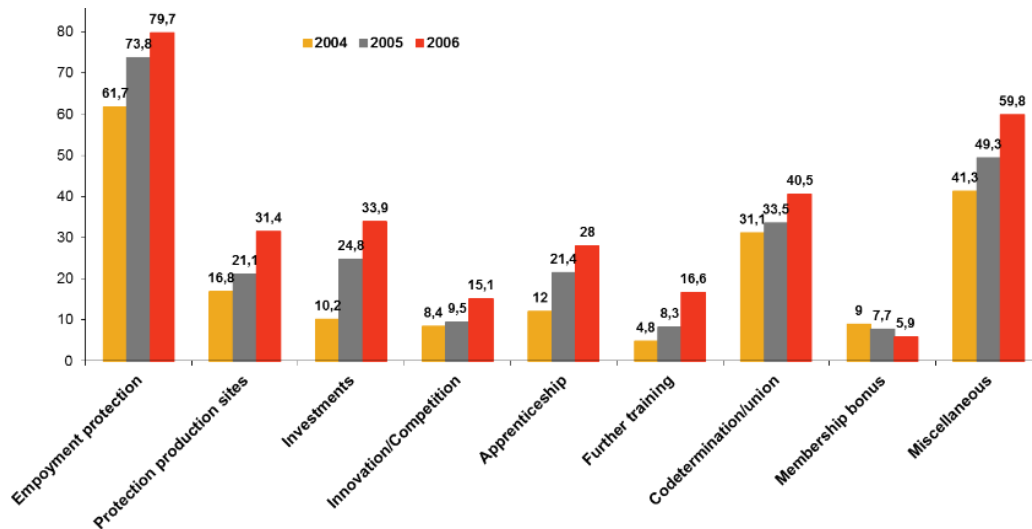
Figure 14 Issues addressed in derogation agreements in German metalworking, 2004–2006



Source: Haipeter and Lehdorff (2009: 37).

In exchange for employee concessions on pay and working time, employers have usually had to offer a *quid pro quo* (*Figure 15*). By far the most important issue for such 'counter concessions' is job protection, whereby the employer makes a commitment to refrain from compulsory economic terminations during the lifetime of the derogation agreement. In 2006, four out of five agreements contained a provision on job security (Haipeter and Lehdorff 2009: 39). Other important employer concessions have included extensions of workers' and unions' codetermination rights, and commitments to undertake new investment and retain operations at existing sites. Between 2004 and 2006, a rising proportion of derogation agreements entailed such employer commitments in return for deviations from agreed terms.

Figure 15 Share of counter-concessions by issue in all derogation agreements in German metalworking, 2004–2006

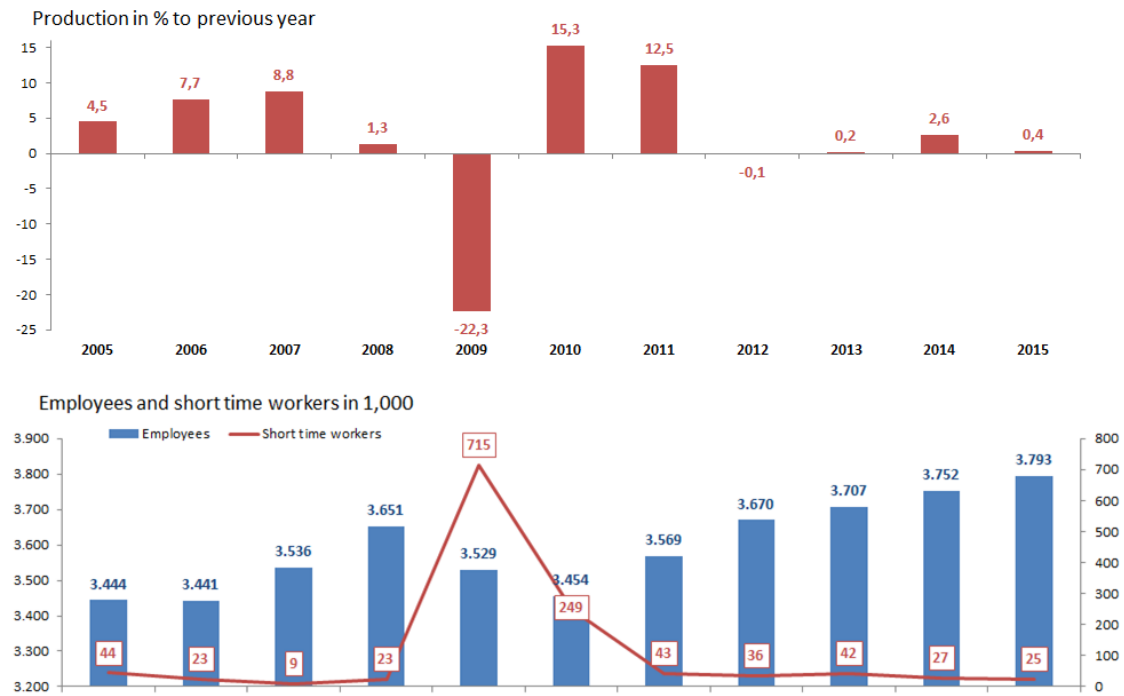


Source: Haipeter and Lehndorff (2009: 39).

Only few years after the conclusion of the Pforzheim Agreement the global financial and economic crisis hit the German economy; the metal industry was most severely affected as orders and production felt dramatically. The unions and the works councils came under pressure to give support when companies got into financial difficulties. While the employers demanded wage restraint and other concessions, for the unions employment security was the top priority. In practice, companies made excessive use of flexible working time arrangements (running down of working time accounts) and short-time work (Herzog-Stein and Seifert 2010).

Despite a sharp cut in production the employment level in the metal industry remained relatively stable (Figure 16). A similar development was observed in other sectors. This 'German jobs miracle' was interpreted as proof of the efficiency of the built-in flexibility of the labour market institutions and regulations.

Figure 16 Production and employees in M+E industry, 2005–2015



Source: Gesamtmetall (2016).

For more recent years the latest figures published by IG Metall (2016) cover 2012–2014 (2). One-third of company agreements regulate deviations from the sectoral agreements. In addition there are so-called recognition agreements (*Anerkennungstarifverträge*) that recognise the sectoral agreements, partially also with some derogations. Finally, there are regular company agreements without any relation to sectoral agreements. All in all, in 2014 nearly half of all companies under the sectoral agreement in metalworking, with about 60 per cent of the affected employees, were covered by a derogation or additional company agreement (IG Metall 2015: 126).

Table 2 Company agreements in German metalworking sector

Type of agreement	2012	2013	2014 (1st half)
With derogations from sectoral agreement	1,396	1,538	1,450
<i>% of all company collective agreements</i>	<i>32.9</i>	<i>33.9</i>	<i>33.6</i>
Recognition agreements	522	520	516
Recognition agreements with deviations	254	248	238
Regular company collective agreements	2,072	2,204	2,164
Total	4,244	4,510	4,368

Source: IG Metall (2014).

The issues regulated in the more recent derogation agreements are again at the top: working time followed by wages, bonus regulations and holiday allowance. Holidays themselves were part of the derogations only in exceptional cases.

The dominating concessions on the employers' side were regulations concerning dismissal protection, followed to a much lower degree by provisions for the protection of production sites (*Figure 17*). The duration of derogation agreements ranges from one year and less up to 5 years and more. In the first half of 2014 about half of the agreements had a duration of more than two years. After expiration the derogation agreements are in many and prolonged or renegotiated.

Opening clauses within regular pay settlements

Apart from the introduction of a general opening clause through the Pforzheim Agreement it has become more and more common to introduce also more specific opening clauses into the regular pay settlements (*Table 3*). According to these clauses companies received under certain circumstances the possibility to postpone regular wage increases or to reduce/postpone lump-sum payments. Between 2006 and 2016 opening clauses on pay were concluded in five of the eight bargaining rounds.

The use of these opening clauses at company level has usually to be approved by IG Metal or the works council. In most cases, there were only a limited number of companies which demanded the use these derogations in practice.

Table 3 Opening clauses for company derogations within pay settlements, 2006–2016

Bargaining round	Provisions
2006	One-off payment of 310 € could be reduced to 0 € or doubled to 620 €
2007	Postponing of 0.7 % additional one-off payment and the second stage of wage increase of 1.7 % by up to 4 months possible
2008/2009	Postponing of the second-stage increase of 2.1 % by up to 7 months possible, as well as reductions in the additional one-off payment of 122 €, depending on the economic situation
2010	Pay rise of 2.7 % could be postponed or moved forward by up to two months
2012, 2013, 2015	No provisions in this regard
2016	Postpone or eliminate the lump-sum payment of 150 € and postpone the second-stage pay rise of 2.0 % by up to 3 months (at the request of the employers' association and based on IG Metall's decision)

Source: WSI Collective Agreement Archive.

3.6 Outlook: Strengthening of union representation and revitalising sectoral collective bargaining.

The trend towards the decentralisation of collective bargaining has affected the German metal industry for more than three decades. For a long time the unions tried to avoid or at least to limit the trend. The conclusion of the Pforzheim Agreement marked a turning point in the debate. Since then the decentralisation of collective bargaining via opening clauses has become the new norm in the German metal industry (Bahnmüller 2017). To a certain extent the Pforzheim Agreement has helped the bargaining parties to regain control over the decentralisation process. Regarding overall collective bargaining coverage in the German metal industry, however, it has at best helped to slow down but not to stop the decline. IG Metall has drawn two conclusions from this. First, it has tried to use the decentralisation process to strengthen its membership and bargaining power at company level. Secondly, it has started a broad campaign to reinforce sectoral bargaining and increase bargaining coverage.

Concerning the use of opening clauses, IG Metall has developed a new bargaining strategy according to which derogations are accepted only if the union members within the company were actively involved in the negotiations and explicitly approve the results (Haipeter 2009; Haipeter and Lehndorff 2014; Wetzel 2014). Hereby, the union tries to use the company bargaining process to recruit new members and strengthen its organisational base in the company. Sometimes the derogation agreements even contain somewhat better conditions for union members. In companies in which IG Metall has no or little membership it usually rejects demands for negotiations on company derogations.

More recently, IG Metall launched a broad campaign to increase collective bargaining coverage. Hereby, the union emphasises what its current president, Jörg Hofmann, calls the 'magic triangle' of union density (*Mitgliederstärke*), participation (*Beteiligung*) and collective bargaining coverage (*Tarifbindung*) (Hofmann 2016). Elements of the new strategy include:

- the strengthening of bargaining coverage in the core of the value chain where in recent years intensive processes of outsourcing, temporary agency work and contract work have enlarged the 'white spots' on the bargaining landscape;
- specific efforts in small and medium sized enterprises where bargaining coverage is traditionally low;
- a campaign on contract work in order to prevent wage dumping. The focus here is the contract logistics sector, in which IG Metall is interested not only in concluding company collective agreements but also in pushing through for a new sector-wide collective agreement.

In 2016 IG Metall for the first time also involved companies in the bargaining round that are not formally covered by collective agreements. In every bargaining region it systematically selected companies, at which it organised protest and warning strikes for the adoption of the sectoral collective agreement. At the end of the year the union was able to force 145 new companies with around 36,000 employees to join the sectoral collective agreement in metalworking (Bier and Rio Antas 2017). In contrast to the unions in other sectors as, for example, in the retail trade, IG Metall is not demanding an extension of the sectoral agreements in metalworking by the state, but wants to increase bargaining coverage by strengthening its own organisation at workplace level.

4. Decentralisation of collective bargaining – the example of German retail trade.

4.1 Employment in the German retail trade – a sectoral profile.

With more than 3 million employees working in around 340,000 enterprises the retail trade is one of the largest branches in Germany (Handelsverband Deutschland 2016a; Glaubitz 2017). By far the largest sub-sector is food retailing, which represents more than 40 per cent of overall retail turnover (Mütze 2016). The sector is fairly polarised, with a few large corporations, especially among supermarkets, pharmacists, fashion chains and department stores, and myriad small shops and enterprises. In 2011, 90 per cent of all retail enterprises had fewer than 20 employees, while only 1 per cent had more than 100 employees (Dummert 2013).

Large segments of the retail sector are fairly price sensitive, so that economic development in the sector is shaped by strong price competition. Against the background of an ongoing extension of shop opening hours, as well as continuously growing sales floor size, fierce competition has become more and more the dominant economic pattern in the sector (Glaubitz 2017). In recent years, the competitive pressure has been further intensified by the rapid growth of e-commerce (Handelsverband 2016b: 12). The fierce price competition has also become a major influence on employment conditions and labour relations in the sector, as labour costs are the second most important cost factor, after goods.

Turning to employment structure, the retail trade is first of all a female-dominated sector; around 70 per cent of all retail trade workers are women (Figure 18). Furthermore, there is a very high proportion of part-time (35 per cent) and marginal part-time workers (27 per cent). In Germany,

the latter are also called 'mini-jobbers', with a special employment status according to which they are allowed to earn up to 450 euros a month at reduced tax and social security conditions. Finally, only a minority of 38 per cent of all retail workers are still hired on a full-time basis (Figure 18).

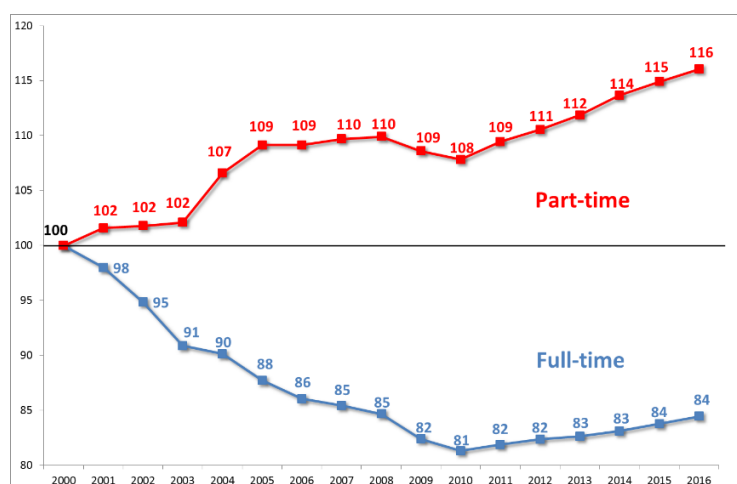
Figure 18 Structure of employment in the German retail trade, September 2016 (% of all retail trade workers)



Source: Bundesagentur für Arbeit (2017), Authors' calculations.

During the 2000s employment in the retail trade saw a significant shift from full-time to part-time work (Figure 19). Between 2000 and 2010 the number of full-time workers decreased by almost 20 per cent, while the number of part-time employees increased by around 8 per cent. Since 2010 the number of both full- and part-time workers has showed a steady increase, part-time work growing much faster than full-time. All in all, the retail trade has one of the highest proportions of (mainly female) part-time work in Germany.

Figure 19 Full- and part-time workers in the German retail trade, 2000–2016 (2000 = 100)



Source: German Statistical Office, GENESIS-Online Database (www-genesis.destatis.de), Authors' calculations.

The retail sector has a relatively high incidence of different types of precarious employment (Bundesregierung 2016, 2017; Glaubitz 2017). First of all, there is an extraordinarily high proportion of marginal part-time employment, which in many cases has replaced regular full-time or part-time jobs (Hohendanner and Stegmaier 2012). There are two main reasons for the widespread use of mini-jobbers: (i) it allows companies to save labour costs, as they only have to pay reduced social security contributions; moreover, marginal part-time workers are often ready to accept lower wages, as they do not have to pay tax for such employment. (ii) marginal part-time work gives employers much working time flexibility, which has become particularly important due to the extension of shop-opening hours. As a result, many mini-jobbers work in the evening or during the weekend or are even hired on an 'on-demand' basis (Fischer et al. 2015: 218).

A second type of precarious employment, which is being used more and more in the retail trade sector, is fixed-term employment. In recent years, the latter has become particularly widespread among newly hired employees (Table 4). In 2015, almost half of all newly hired workers in retail received only a fixed-term contract. This holds true for both female and male workers, which show no differences in this respect. In the same year, only 45 per cent of workers with a fixed-term contract were transferred to a permanent employment relationship (Bundesregierung 2017: 5).

Table 4 Proportion of newly hired workers in the German retail trade with a fixed-term contract (%)

Year	All	Women	Men
2010	38	39	37
2011	40	42	34
2012	41	44	36
2013	45	45	46
2014	49	51	46
2015	49	50	48

Source: IAB Establishment Panel, quoted from Bundesregierung (2017: 4).

4.2 Trade unions and employers' associations in the German retail trade.

The two main collective actors in the retail trade are the German Retail Federation (*Handelverband Deutschland*, HDE) and the United Services Union (*Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft*, ver.di). The HDE is the peak business organisation in the German retail trade sector, with various regional and professional trade associations, and represents about 100,000 enterprises.¹¹⁸⁵ The latter correspond to around 30 per cent of all retail enterprises. However, as most of the larger

¹¹⁸⁵ Figures from the HDE Homepage: <https://www.einzelhandel.de/>

retail corporations are members of the HDE, the organisation represents a much higher share of the sector. The HDE is both a business organisation, which does political lobbying for the economic interests of the sector, and an employers' association which is involved in collective bargaining.

By far the most important trade union in the retail trade sector is Ver.di, which is the second largest trade union in Germany and affiliated with the Confederation of German Trade Unions (*Deutscher Gewerkschaftsbund*, DGB).¹¹⁸⁶ Ver.di represents, apart from the public sector, about 200 industries in private services and has about 2 million members (Dribbusch et al. 2017: 202). The union has a separate division for the whole commerce sector and a sub-division for the retail trade. In 2013 ver.di had about 264,000 members in the retail trade which corresponds to a union density of less than 10 per cent (Franke 2013). While union density is often somewhat higher in larger retail corporations, the union is almost absent from many of the small and medium-sized companies. The same holds true for the existence of a works council, which is often an important body for recruiting new union members. In the commerce sector overall only 9 per cent of establishments and 28 per cent of employees are covered by a works council (Ellguth and Kohaut 2017: 283). The relatively weak position of ver.di in the retail trade is partly also a result of the growing number of precarious retail workers, who are much more difficult to organise.

4.3 Collective bargaining in the German retail trade – structure and trends.

At first glance the industrial relations regime in the retail trade seems to follow the traditional German model, with multi-employer collective bargaining at sectoral level. In comparison with manufacturing, however, industrial relations in the retail trade have become much more diversified and fragmented due to the specific economic structure and the dominant pattern of economic development and employment in the sector (Kalkowski 2008; Beile and Priessner 2011; Glaubitz 2017).

Collective bargaining in the German retail trade takes place at sectoral level; sectoral agreements are concluded for different regions. Currently, there are 14 regional bargaining units, which largely corresponds to the 16 German federal states (*Bundesländer*). The only exceptions are the federal states of Saxony, Saxony-Anhalt and Thuringia, which form a joint regional bargaining unit. Negotiations are held between the regional divisions of ver.di and the HDE, which are autonomous in concluding collective agreements at regional level. In practice, however, both organisations aim to coordinate their demands and negotiations at national level. If one region concludes a pilot agreement, the other regions usually follow with the same or similar agreements.

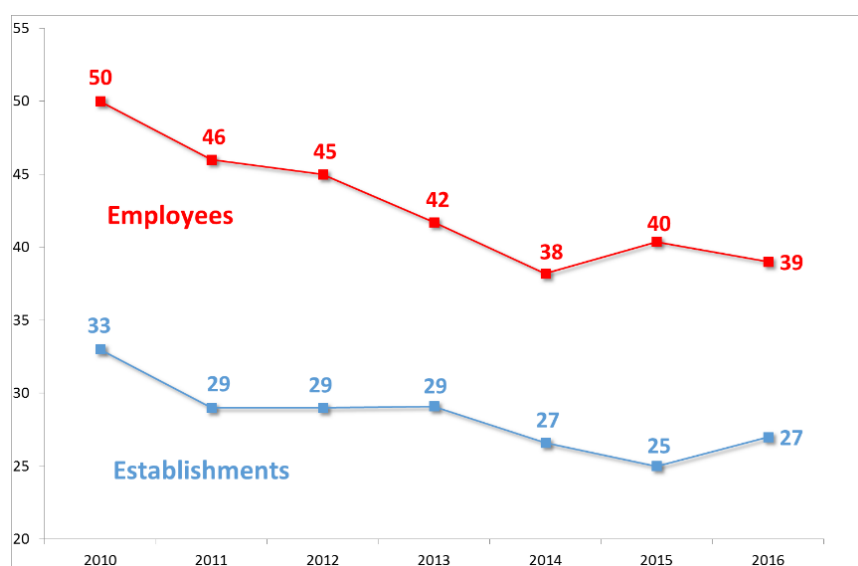
Traditionally, collective agreements in the retail trade were always declared universally binding so that they cover not only the bargaining parties but all enterprises in the sector. The practice of extension, which for a long time was supported by both the trade unions and the employers' associations, started in the mid-1950s and was carried on until the early 2000s. There was a joint belief among the bargaining parties that extension was necessary in order to create fair competition in the retail trade and to prevent downward pressure on wages and working conditions.

¹¹⁸⁶ There is a second small trade union, the DHV- Die Berufsgewerkschaft e.V., which has some influence in a few retail companies, but is only of minor importance in the sector as a whole. The DHV is affiliated to the Confederation of Christian Trade Unions (*Christlicher Gewerkschaftsbund*, CGB).

During the 1990s there was a growing dissatisfaction with the collective bargaining system among some retail companies, which left the main employers' association or became members of competing organisations. In order to keep their members, in 1999 the main employers' associations started to introduce a new membership status, according to which member companies were no longer automatically bound by the sectoral collective agreements signed by the association (Behrens 2011: 174ff.). With the so-called 'OT' membership status (OT = *ohne Tarifbindung*, which means 'not bound by a collective agreement') the HDE established an organisational logic which was in fundamental contradiction to the principle of sector-wide extension of collective agreements. Thus, from the year 2000 onwards, the employers' associations refused to accept the practice of extension so that retail agreements were no longer generally binding.

As a result of the rejection of extensions, since the year 2000 collective bargaining coverage in the retail trade has declined dramatically (Felbermayr and Lehwald 2015). In 2010, only half of the employees and one-third of the establishments were still covered by a collective agreement. Between 2010 and 2016 collective bargaining coverage declined even further, down to only 39 per cent of workers and 27 per cent of enterprises (*Figure 20*). While before 2000 the extensions had ensured that the entire sector was covered by collective agreements, now only a minority are still involved in collective bargaining.

Figure 20 Collective bargaining coverage in the German retail trade, 2010–2016 (% of establishments and employees)



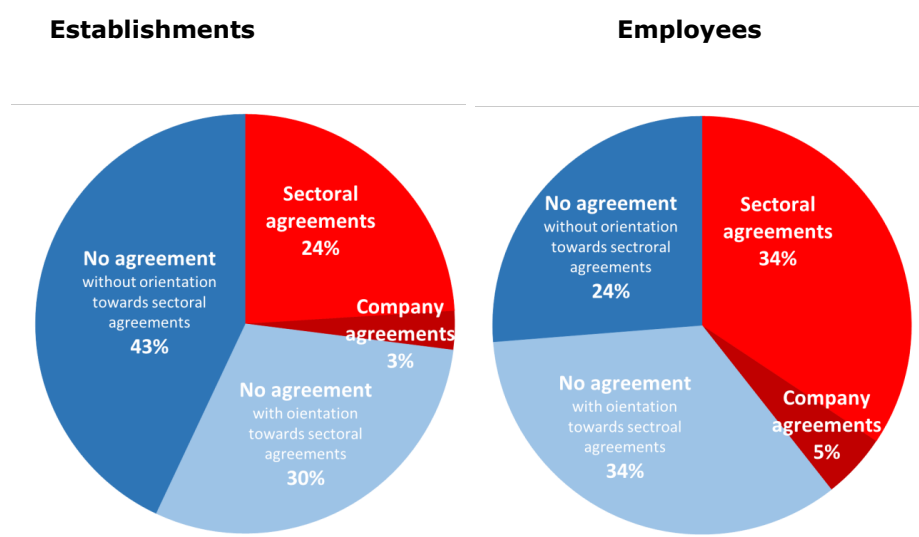
Source: IAB Establishment Panel.

In 2016, the sectoral collective agreement in the retail trade covered only 34 per cent of the employees and 24 per cent of the establishments. In addition, 5 per cent of the employees and 3 per cent of the establishments had a company agreement, while a large majority – 58 per cent of

the employees and 73 per cent of the establishments – were not covered by any collective agreement (Figure 4).¹¹⁸⁷

Among the latter a significant number of companies declare that they take the existing sectoral agreements as 'orientation'. In practice, however, this does not mean that they provide the same conditions as laid down in the collective agreements. According to studies by Addison et al. (2016) and Berwing (2016) companies that argue that collective agreements are taken as orientation, nevertheless often have much lower wages and working conditions than companies directly covered by the agreements.

Figure 21 Collective bargaining coverage in the German retail trade, 2016 (% of establishments and employees)



Source: IAB Establishment Panel.

In Germany, there is usually a strong correlation between size of company and bargaining coverage. Smaller companies are less likely to be covered by collective agreements, while it is rather rare that larger corporations are not covered (Ellgüt and Kohaut 2017). In the retail trade the picture is somewhat more differentiated. On one hand, it confirms the general trend as the majority of small and medium-sized companies have no collective agreement. In addition, however, a significant number of large retail corporations have decided to withdraw from collective bargaining (Glaubitz 2017). Among them are some big players in e-commerce, such as Amazon or Zalando, in which ver.di has not been able to reach an agreement so far (Boewe and Schulten 2017). Other large companies, such as the warehouse chain Karstadt or the fashion store Esprit, also withdrew from collective agreements, but came back into the fold after a long struggle with

¹¹⁸⁷ According to data from the German Structure of Earnings Survey overall bargaining coverage in the retail trade is only 28 per cent (Statistisches Bundesamt (2016a). For a discussion of the different data sources see footnote 1.

the union. In contrast to that, C&A – the largest fashion chain in Germany – continues to reject demands for a collective agreement.

Finally, even significant parts of food stores and supermarkets have no collective bargaining. Although the two largest food chains EDEKA and REWE are formally covered by the retail trade agreements, most supermarkets that run under their brand names belong to formally independent merchants many of whom refuse to accept collective agreements (Verheyen and Schillig 2017).

4.4 Decentralisation of collective bargaining in the German retail trade¹¹⁸⁸

As in other sectors, the debates and conflicts about stronger decentralisation and differentiation of collective bargaining started in the retail trade in the 1990s. Within Ver.di, as well as in its predecessor in the retail trade, the Union for Commerce, Banking and Insurance (*Gewerkschaft Handel Banken Versicherungen*, HBV),¹¹⁸⁹ the issue of decentralisation has always been very much contested. In general, the union has been more reluctant to accept employers' demands for opening clauses or other forms of decentralisation in order to derogate from standards laid down in the sectoral collective agreements at company level. The rationale for the union's scepticism is grounded chiefly in two considerations. First, the union emphasised that working conditions and, especially, pay were at a much lower level than in, for example, manufacturing, so that further cuts would not be acceptable. Secondly, it was afraid that decentralisation would further weaken the position of the workers considering the relatively low union density and low level of works council representation in the retail trade.

Despite the union's scepticism, some first attempts towards an 'organised decentralisation' of collective bargaining in the retail trade date back to the 1990s (Bispinck and WSI-Tarifarchiv 1999). Most of them, however, were limited to eastern Germany, where after unification the economy got into great difficulties, with unemployment rates often twice as high as in western Germany.

From the second half of the 1990s onwards one major instrument for differentiation was the introduction of a special clause for small and medium-sized companies (the so-called *Mittelstandsklausel*) which still exists in all eastern German retail agreements. According to this clause, retail companies up to a certain size are allowed to provide a basic payment which is below the standard level agreed in the sectoral agreements. The retail pay agreement from 2015 for the Federal State of Brandenburg, for example, allows firms to reduce basic payments by 4 per cent in companies of up to 25 employees, by 6 per cent in companies of up to 15 employees and by 8 per cent in companies of up to 5 employees. All other eastern German agreements contain the same or similar provisions, but not those in western Germany, where they were never introduced.

Almost all regional retail agreements in both eastern and western Germany have some opening clauses on working time. While the regular collectively agreed working time varies between 37 and 39 hours per week (Bundesregierung 2017: 7), most regional agreements allow the extension

¹¹⁸⁸ This section is based on an evaluation of original collective agreements in the retail trade provided by the WSI Collective Agreements Archive.

¹¹⁸⁹ Ver.di was created in 2001 as a result of a merger of five trade unions, one of which was the HBV.

of regular weekly working time up to 40 hours (or even 42 hours for special professions) at company level. The company has to compensate for basic pay, but does not have to pay overtime. Usually, the working time extension needs to be concluded in a works agreement between the works council and the management. Some regional agreements also allow for working time extension on an individual basis when there is no works council in the company.

After the conclusion of the famous Pforzheim Agreement in 2004, which includes a broad framework for company-level derogations in the German metal industry, there was general pressure on the unions in other sectors to accept similar agreements. In 2006 most regional bargaining units in the retail trade concluded so-called 'collective agreements to safeguard employment' (*Tarifverträge zur Beschäftigungssicherung*), which under certain circumstances allow temporary derogations from the sectoral collective agreements at company level. In order to avoid a difficult economic situation which might lead to job losses these agreements allow the works council and the management at company level to make a joint demand for such derogations. In this case, the parties at sectoral level – the union and the employers' associations – are obliged to negotiate about possible derogations, while the companies need to open their books in order to prove the state of their economic circumstances. If an agreement could be reached the unions and the company finally sign an additional company-level collective agreement which determines temporary derogations.

Similar to the Pforzheim Agreement the Agreements to safeguard employment in the retail trade only regulate the procedure for derogations, but say nothing about its concrete content where the bargaining parties are almost free to negotiate all kind of issues regarding pay, working time and annual bonuses. In practice, however, they usually follow the pattern of traditional concession bargaining, in which the union agrees on a reduction of labour costs in exchange for a certain job security. Before the union is allowed to sign such an agreement, however, it also has to follow its internal coordination procedures. Within Ver.di there is an internal rule that all collective agreements on derogations need to be approved by the unions' national collective bargaining department (Wiedemuth 2006).

In practice, the use of opening clauses and other forms of organised decentralisation is much less common in the retail trade than in other sectors (Amlinger and Bispinck 2016: 217). In contrast, the dominant form of decentralisation in the sector is still a more 'disorganised' decentralisation, where companies simply withdraw from the collective agreement. Attempts to achieve more organised forms of decentralisation were not able to stop the general trend toward a decline in collective bargaining. For a majority of the enterprises in the retail sector, however, it currently seems to be more attractive to abstain from collective bargaining, while the union often lacks the power to force these companies to the bargaining table.

Only in a few cases – in some larger retail companies – were the unions able to conclude so-called 'phase-in agreements' (*Heranführungs- oder Anerkennungstarifverträge*) where the company agreed to improve its conditions towards the sector-wide standards within a transition period and after that be fully covered by the sectoral agreement. Current examples are the fashion stores Esprit and Primark and the supermarket chain Real.

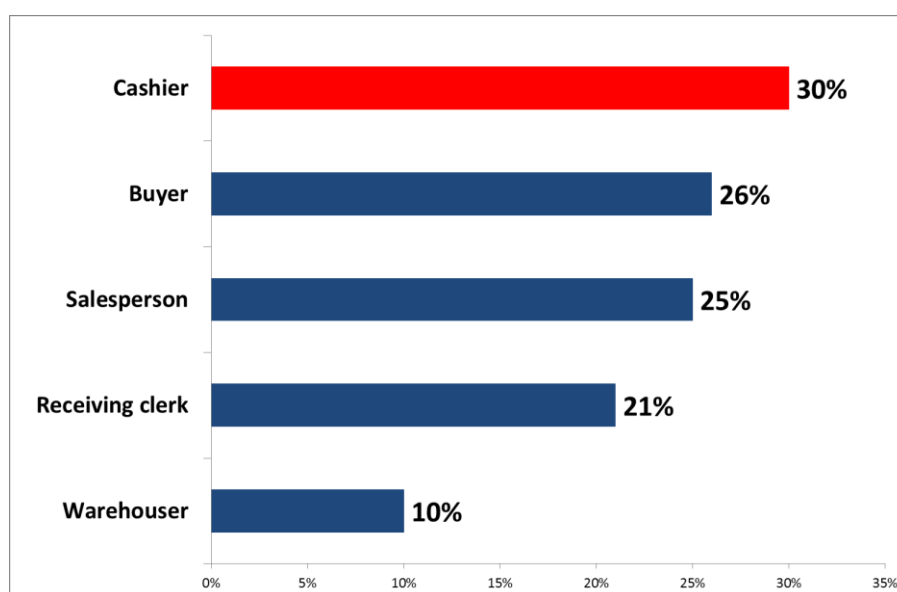
In the case of the large warehouse form Karstadt, which withdrew from collective bargaining in 2013 after getting into serious economic difficulties, a new company agreement was signed in

2017, according to which the company will again be covered by the sectoral collective agreements in the retail trade. However, for the next four years wage increases will not follow the sectoral agreements but will be related to company performance. In exchange, the company has guaranteed all current jobs and warehouses during the same period (ver.di 2017).

4.5 Impact of the erosion of collective bargaining in the German retail trade.

The erosion of collective bargaining in the German retail trade has had an enormous impact on the working conditions and especially the wages of the affected workers. According to a study by Felbermayr and Lehwald (2015) workers covered by collective agreements earn, on average, between 20 and 30 per cent more than workers who are not covered. The average wage gap is particularly high among cashiers (30 per cent), followed by buyers (26 per cent), salespersons (25 per cent) and receiving clerks (21 per cent) (*Figure 22*). It is also much higher in small and medium-sized companies than in larger corporations (*ibid*: 39). Apart from pay, there are often significant differences regarding other working conditions, such as working time and annual bonuses, which further deepens the collective bargaining gap.

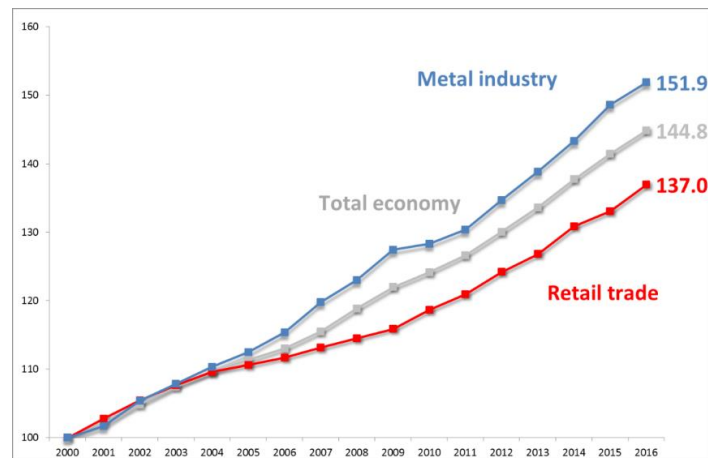
Figure 22 Average wage gap between retail workers covered and not covered by collective agreements, 2010 (%)



Source: Felbermayr and Lehwald (2015: 39).

The decline of collective bargaining in the retail trade has also contributed to the fact that wages in the retail trade have lagged significantly behind overall wage developments. Between 2001 and 2016 collectively agreed wages in the retail trade grew by about 37 per cent in comparison with 44.8 per cent in the economy as a whole and 51.9 per cent in the metal industry (*Figure 23*).

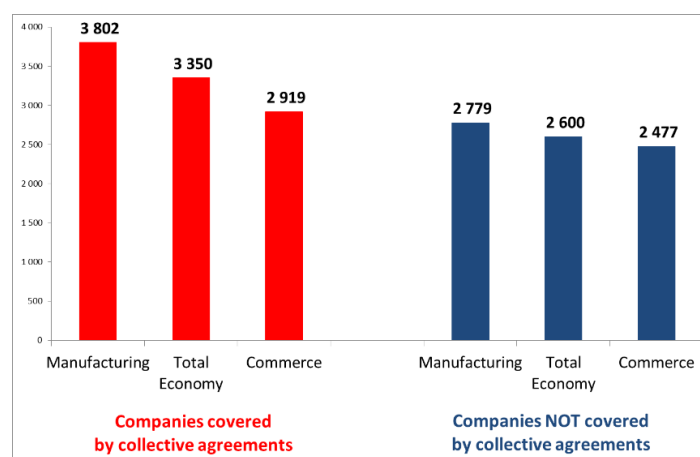
Figure 23 Collectively agreed wages in the German retail trade, metal industry and total economy, 2001–2016 (2000 = 100)



Source: WSI Collective Agreement Archive.

All in all, wage levels in the retail trade are significantly below wage levels in manufacturing, but also below the average wage level in the economy as a whole (Figure 24). The wage gap is particularly pronounced in companies covered by collective agreements, which underlines the weakness of collective bargaining in the retail sector. Concerning gross monthly median wages in companies with collective agreements, wage levels in the commerce sector as a whole (that is, retail trade plus wholesale trade and garages) are on average 23 per cent below the level in manufacturing and 11 per cent below the level in the economy as a whole. In companies without collective agreements the respective wage gaps are 12 and 5 per cent.

Figure 24 Gross monthly median wages in German commerce* manufacturing and total economy, 2014 (full-time workers, euros)



Note: * Commerce = Retail trade, wholesale trade and garages.

Source: Statistisches Bundesamt (2016b), German Structure of Earnings Survey 2014.

The retail sector also has a relatively large proportion of low-wage earners (Bundesregierung 2016: 16; 2017: 98f.). In 2014, about 22 per cent of all retail workers earned less than 8.50 euros per hour, so that they benefited considerably from the introduction of a national statutory minimum wage in January 2015 (Mindestlohnkommission 2016: 43).

4.6 Outlook: Collective bargaining in the retail trade at a crossroads: further erosion or stabilisation?

Developments in the retail trade constitute an extreme example of the general decline in German collective bargaining. After the retail employers' associations started to reject the long-standing practice of extension of collective agreements in 2000, collective bargaining coverage dropped sharply, so that currently only a minority – about 40 per cent – of retail trade workers are still covered. The erosion of collective bargaining has largely contributed to a significant change in economic development in the sector, which is now dominated by fierce competition. As collective bargaining is no longer able to take wages and working conditions out of competition by setting sector-wide minimum standards, there is strong pressure on labour costs, which has led to a deterioration of working conditions and an increase in precarious employment. All this gives companies a strong incentive to withdraw from collective agreements.

Therefore, collective bargaining in the retail trade is now at a crossroads. If the erosion continues, bargaining coverage may fall below the critical mass needed for sector-wide agreements. The result, sooner or later, would be a complete breakdown of sectoral bargaining, so that collective bargaining would remain only at company level in (mainly) larger retail corporations.

The alternative would be a re-stabilisation of collective bargaining in the sector. One approach to this end might be to strengthen the more organised forms of decentralisation in order to give companies more flexibility within collective agreements. Since the mid-2000s the retail sector has also had its 'Pforzheim agreements', with far-reaching possibilities for derogations at company level. The establishment of more organised decentralisation, however, was not able to stop the general decline in collective bargaining.

Another approach would be the reintroduction of collective agreement extension in the retail sector so that agreed minimum standards could become generally binding. The trade union ver.di is currently campaigning for this, which is now seen as the key to restabilising the collective bargaining system in the retail trade (Nutzenberger 2017).¹¹⁹⁰ The employers' association HDE, however, has so far rejected the demand for a reintroduction of extension and has claimed that it has 'no acceptance' among its members. The HDE criticised, in particular, what it characterises as the 'old-fashioned' wage systems in the sectoral agreements, which the employers' association regards as a major obstacle to increasing bargaining coverage in the sector (HDE 2017).¹¹⁹¹

Moreover, the HDE is opposed to the extension of collective agreements in principle as this would call into question its OT status. However, some HDE member companies take a different view. The head of the Schwarz Corporation, for example, which represents, among others, the second largest German discount chain, Lidl, has openly called for the retail sectoral agreements to be

¹¹⁹⁰ For more information on the ver. di campaign for the extension of collective agreements in the retail trade: <https://handel.verdi.de/themen/tarifpolitik/ave-kampagne>

¹¹⁹¹ Negotiations on a 'modernisation' of the wage systems in retail trade have taken place since the 2000s (Kalkowski 2008).

declared generally binding, so that all companies are competing on a level playing field (Stockburger 2017).

The coming years will show whether the erosion of collective bargaining in the retail trade will continue or whether the bargaining parties will be able to restabilise the system. With regard to the latter, it is becoming obvious that a strategy directed towards organised decentralisation is not sufficient as it is much easier for companies to withdraw from collective bargaining than to follow a regulated derogation process. For the moment, the reintroduction of extension might be the only instrument able to stop further erosion and to stabilise the bargaining system. The latter, however, needs much broader acceptance among retail employers, which it will probably obtain only with 'modernisation' of collectively agreed wage structures in accordance with employer preferences.

5. Conclusion.

The trend towards decentralisation has fundamentally changed the German system of collective bargaining. It comprises various developments in different sectors and companies, making the overall picture fairly diverse. On one hand, there are sectors in which the bargaining parties have established new forms of organised decentralisation. Here, sectoral bargaining is still dominant and the derogations are under the control of bargaining parties at sectoral level. The metal industry and even more the chemical industry are the most prominent examples of this. The chemical industry may come closest to the ideal type of organised decentralisation: the use of opening clauses is fairly limited and has clearly helped to stabilise collective bargaining in the sector.

Experiences in the metal industry, however, are much more ambiguous. On one hand, the collective bargaining parties were to a certain extent able to regain control over the decentralisation process, as the Pforzheim Agreement established new binding coordination procedures. On the other hand the decline of bargaining coverage in metalworking continued, while derogations at company level became so widespread that sectoral agreements often determine only a framework but not actual pay and conditions.

Finally, the retail trade sector is an example of the dominance of unorganised decentralisation. After the employers had withdrawn from the regulated system of extended collective agreements, bargaining coverage declined dramatically. Today, only a minority of retail workers are still covered by a collective agreement. Although the sector has created all the instruments needed for a more organised form of decentralisation, they are rarely used in practice.

The different paths towards decentralisation in Germany reflect the different economic conditions, the different structures of companies and employment and – not at least – the different power relations in the various sectors. The majority of German workers are experiencing decentralisation as a further weakening of their position. As Nienhüser and Hoßfeld (2008, 2010) have shown, there are wide differences in how the trend towards collective bargaining decentralisation is perceived by the actors at company level (Table 5). The large majority of managers take a fairly positive view, as, from their standpoint, decentralisation strengthens the position of both management and works councils, takes better account of the business situation and weakens the power of the union at workplace level. In contrast, the majority of works councillors are much more sceptical. For them, the main winners of bargaining decentralisation are management; only a minority of works councillors believe that this process strengthens their own position. Only 32

per cent of employee representatives consider that decentralisation could help to secure jobs, as against 82 per cent of managers. A large majority of 78 per cent of works councillors, but also 40 per cent of managers, believe that the decentralisation of collective bargaining leads to more conflicts at company level.

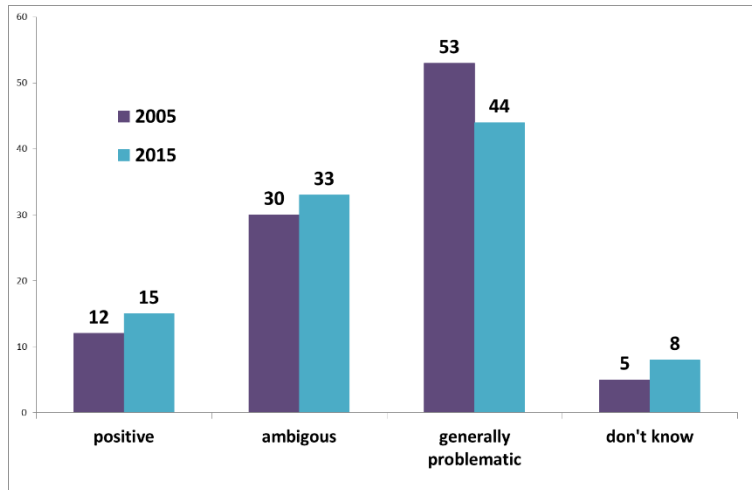
Table 5 Decentralisation of collective bargaining as seen by managers and works councillors (%)

Deviations from sectoral agreements	Managers	Works councillors
strengthen the influence and power of the management	95	91
strengthen the influence and power of the works council	89	43
take into account better the situation of the establishment	93	51
can help to secure jobs	82	32
lead to lower wages	33	79
take up unnecessary time and resources	33	67
lead to more conflicts	40	78
overburden the management	14	39
overburden the works council	42	64
strengthen the power of the unions at the establishment	21	13
weaken the power of the unions at the establishment	69	83

Source: Nienhüser and Hoßfeld (2010).

The sceptical or even negative view of the employees has also been confirmed by data from the WSI Works Council Survey (Figure 25). Since the late 1990s a stable majority of works council members have seen bargaining decentralisation as 'ambiguous' or 'generally problematic', while only 12–15 per cent welcome this trend. Again, decentralisation is seen by a large majority of employee representatives as a process that mainly strengthens the employers' bargaining. According to the survey, conducted in 2015, 33 per cent of works councillors see decentralisation as 'ambiguous', while 44 per cent view it as generally problematic. Quite often works councillors have felt 'blackmailed' by their companies to accept concessions, and, as they could no longer refer to binding standards at sectoral level, have lost an important instrument of resistance.

Figure 25 View of the works councillors on the decentralisation of collective bargaining
Decentralisation of collective bargaining is regarded as ...



WSI Works Council Survey 2015 (Amlinger and Bispinck 2016).

Three decades of experience with collectively agreed opening clauses have changed the basic structure of collective bargaining in Germany. The widespread introduction of these clauses triggered a process of decentralisation that has shifted an increasingly large part of bargaining responsibilities to company level. This has led to a significant loss of regulatory power on the part of both employers' associations and trade unions. Collectively agreed standards, once seen as formally inviolable norms, have now become objects of renegotiation at company level, with varying degrees of involvement on the part of the signatories of sectoral agreements. As a consequence, unions must now engage much more directly with the needs and requirements of companies, and works councils have less scope to take refuge in the mandatory character of sectoral regulations when confronted by management calls for local concessions. This requires more co-ordinating efforts from the unions in order to avoid the erosion of standards in individual sectors. The functional differentiation between unions and works councils, which has been fundamental to the German dual system of interest representation, has become increasingly blurred.

Despite the hazards and side-effects of decentralisation, trade unions have sought to use the process as a starting point to build organisational power at workplace level through greater involvement of rank-and-file members in the process of renegotiation. Research shows that there are positive results in some cases, but little evidence that this strategy has been realised across-the-board (Haipeter 2009; Haipeter and Lehndorff 2014; Bahnmüller 2017).

Moreover, only about 9 per cent of all establishments, with around 41 per cent of all employees, currently have a works council (Ellguth and Kohaut 2017: 283). There is an important 'representation gap', in particular in small and medium-sized firms, depriving unions of a vital prerequisite for a proactive workplace strategy. Without adequate employee representation at the workplace and company level, however, there is a clear danger that the decentralisation of collective bargaining will de facto strengthen unilateral decision-making by management.

Finally, the decentralisation process has increasingly undermined the effectiveness of sectoral collective agreements and their basic function: namely, to take wages and other working conditions out of competition. At the same time, it is questionable whether decentralisation has stabilised the German bargaining system. While this might be the case in some sectors, overall there is a parallel trend of decentralisation and further decline of bargaining coverage. Therefore, the current debate in Germany on strengthening collective bargaining is not about decentralisation but about strengthening union power, on one hand, and increasing the political support for the bargaining system (for example, through more extensions), on the other.

References.

- Addison, J., Teixeira, P., Evers, K. and Bellmann, L. (2016) Is the erosion thesis overblown? Alignment from without in Germany, *Industrial Relations*, 55 (3): 415–443.
- Addison, J., Teixeira, P., Pahnke, A. and Bellman, L. (2017) The demise of a model? The state of collective bargaining and worker representation in Germany, *Economic and Industrial Democracy*, 38 (2): 193–234.
- Amlinger, M. and Bispinck, R. (2016) Dezentralisierung der Tarifpolitik – Ergebnisse der WSI-Betriebsrätebefragung 2015, *WSI-Mitteilungen*, 69 (3): 211–222.
- Bahn Müller, R. (2017) Von der Erosion des Flächentarifvertrags zur Chance gewerkschaftlicher Erneuerung. Tarifdebatten in der IG Metall vor und nach dem 'Pforzheimer Abkommen', in Schulten, T., Dribbusch, H., Bäcker, G. and Klenner, C. (eds), *Tarifpolitik als Gesellschaftspolitik. Strategische Herausforderungen im 21. Jahrhundert*, Hamburg: VSA, 34–47.
- Behrens, M. (2011) *Das Paradox der Arbeitgeberverbände*, Berlin: Sigma.
- Beile, J. and Priessner, C. (2011) Industrial relations developments in the commerce sector in Europe: Country Report Germany, Eurofound, Dublin. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1081en7.pdf
- Berwing, S. (2016) Tarifierorientierung in Deutschland – zwischen Tariflandschaft und Tarifödnis, Schriften der Forschungsstelle für Betriebswirtschaft und Sozialpraxis (FBS), Mannheim.
- Bier, R. and Rio Antas, J.-C. (2017) Stärkung der Tarifbindung in der IG Metall, Presentation at the 12th workshop on European Collective Bargaining Policy organised by WSI and ver.di on 15–16 May in Berlin. https://www.verdi.de/wegweiser/tarifpolitik/++file++59253e59f1b4cd58bd9646b1/download/4_2016_05_15_OT-Aktivita%CC%88ten_TB_MuE2016_verdi-Tarifkonferenz.pdf
- Bispinck, R. (2004a) Kontrollierte Dezentralisierung der Tarifpolitik - Eine schwierige Balance, *WSI-Mitteilungen*, 57 (5): 237–245. https://www.boeckler.de/wsimit_2004_05_bispinck.pdf
- Bispinck, R. (2004b) Tarifpolitischer Jahresbericht 2003: Konflikt um Tarifautonomie – Kampf um Lohnprozente, *WSI-Mitteilungen*, 57 (2): 63–70. https://www.boeckler.de/wsimit_2004_02_bispinck.pdf
- Bispinck, R. and Dribbusch, H. (2011) Collective bargaining, decentralisation and crisis management in the German metalworking industries since 1990, WSI Discussion paper No. 177, October 2011. https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_disp_177.pdf

- Bisping, R. and Schulten, T. (2003) Decentralisation of German Collective Bargaining? Current Trends and Assessments from a Works and Staff Council Perspective, WSI-Mitteilungen, 56, Special English Issue, 24–32.
- Bisping, R. and Schulten, T. (2005) Deutschland vor dem tarifpolitischen Systemwechsel?, WSI-Mitteilungen, 58 (8): 466–472.
- Bisping, R. and Schulten, T. (2010) Sector-level bargaining and the possibilities for deviations at company level: The case of Germany, Dublin: Eurofound. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1087en4.pdf
- Bisping, R. and WSI-Tarifarchiv (1999) Das Märchen vom starren Flächentarifvertrag, WSI-Tarifarchiv, Elemente qualitativer Tarifpolitik, No. 37, Düsseldorf. https://www.boeckler.de/pdf/p_ta_elemente_37_1999.pdf
- Boewe, J. and Schulten, J. (2017) The Long Struggle of the Amazon Employees, Rosa-Luxemburg-Stiftung, Brussels Office. https://www.rosalux.eu/fileadmin/user_upload/Publications/2017/Long-struggle-of-Amazon-employees.pdf
- Brändle, T. and Heinbach, W.D. (2013) Opening Clauses in Collective Bargaining Agreements: More Flexibility to Save Jobs?, Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften – Review of Economics, 64 (2): 55–76.
- Bundesagentur für Arbeit (2017) Beschäftigte nach Wirtschaftszweigen (WZ 2008), Nürnberg, April.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2017) Lebenslagen in Deutschland. Der Fünfte Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, Berlin. http://www.armuts-und-reichtumsbericht.de/SharedDocs/Downloads/Berichte/5-arb-langfassung.pdf?__blob=publication-file&v=5
- Bundesregierung (2016) Arbeitsbedingungen im Einzelhandel, Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, Deutscher Bundestag Drucksache 18/7325, 19.01.2016. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/073/1807325.pdf>
- Bundesregierung (2017) Arbeitsbedingungen im Einzel-, Versand- und Onlinehandel, Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, Deutscher Bundestag Drucksache 18/12484, 24.05.2017. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/124/1812484.pdf>
- Däubler, W. (ed.) (2016) *Tarifvertragsgesetz*, 4th edition, Wiesbaden: Nomos.
- Dribbusch, H., Lehdorff, S. and Schulten, T. (2017) Two worlds of unionism? German manufacturing and service unions since the Great Recession, in Lehdorff, S., Dribbusch, H. and Schulten, T. (eds), *Rough waters. European trade unions in a time of crises*, Brussels: ETUI, 197–220.
- Dummert, S. (2013) Branchenstudie Einzelhandel. Auswertungen aus dem IAB-Betriebspanel 2010 und 2011, IAB-Forschungsbericht No. 2013.
- Ellguth, P. and Kohaut, S. (2014) Öffnungsklauseln – Instrument zur Krisenbewältigung oder Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit?, WSI-Mitteilungen, 67 (6): 439–449.
- Ellguth, P. and Kohaut, S. (2017) Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2016, WSI-Mitteilungen, 70 (4): 278–286.

Erhard, K. (2007) Tarifliche Öffnungsklauseln als stabilisierende Instrumente des Flächentarifvertrages. Erfahrungen aus der chemischen Industrie, in Bispinck, R. (ed.), *Wohin treibt das Tarifsystem?* Hamburg: VSA, 9–28.

Felbermayr, G. and Lehwald, S. (2015) Tarifbindung im Einzelhandel: Trends und Lohneffekte, Ifo-Schnelldienst, 68 (11): 33–40.

Felbermayr, G., Baumgarten, D. and Lehwald, S. (2015) Wachsende Lohnungleichheit in Deutschland. Welche Rolle spielt der internationale Handel? Study on behalf of the Bertelsmann-Stiftung, Gütersloh. https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Studie_Wachsende_Lohnungleichheit_Langfassung.pdf

Fischer, G., Gundert, S., Kawalec, S., Sowa, F., Stegmaier, J., Tesching, K. and Theuer, S. (2015) Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten. Quantitative und qualitative Erhebung sowie begleitende Forschung, IAB-Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Nürnberg. http://doku.iab.de/grauepap/2015/Forschungsprojekt_Atypik_V2_35.pdf

Förster, G. (2008) Stabilisierung des Flächentarifvertrags durch Flexibilisierung, in Bispinck, R. (ed.), *Verteilungskämpfe und Modernisierung. Aktuelle Entwicklungen in der Tarifpolitik*, Hamburg: VSA, 151–158.

Franke, B. (2013) 1 Euro mehr für alle und ein Mindesteinkommen von 1.800 Euro - Erfahrungen aus dem Einzelhandel, Vortrag auf der WSI-Tariftagung 2013, 24-25 September 2013. https://www.boeckler.de/pdf/v_2013_09_24_franke.pdf

Gesamtmetall (2009) Geschäftsbericht 2008/2009, Berlin.

Gesamtmetall (2016), Zahlen 2016. Die Metall- und Elektro-Industrie in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin. https://www.gesamtmetall.de/sites/default/files/downloads/me-zahlen-heft_2016.pdf

Glaubitz, J. (2017) Verdrängungswettbewerb im Einzelhandel: Zwischen Preiskrieg. Tarifflicht und Altersarmut, Ver.di Fachbereich Handel, Düsseldorf. https://handel.verdi.de/++file++5965db32086c2602ec30696b/download/verdi_Handel_FB12_Broschuere_Verdraengungswettbewerb.pdf

Haipeter, T. (2009) *Tarifabweichungen und Flächentarifverträge: Eine Analyse der Regulierungspraxis in der Metall- und Elektroindustrie*. Wiesbaden: VS Verlag.

Haipeter, T. and Lehdorff, S. (2009) Collective bargaining on employment, ILO Dialogue Working Paper No. 3, Geneva. http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2009/109B09_68_engl.pdf

Haipeter, T. and Lehdorff, S. (2014) Decentralisation of collective bargaining in Germany: Fragmentation, Coordination and Revitalization, *Economia & Lavoro*, January 2014: 44–64. <http://bit.ly/2tBc2HG>

Handelsverband Deutschland (2016a) Der Handel als Arbeitgeber, Berlin. http://www.einzelhandel.de/images/publikationen/Branchenreport_Arbeitgeber_2016.pdf

Handelsverband Deutschland (2016b) Der Handel als Wirtschaftsfaktor, Berlin. http://www.einzelhandel.de/images/publikationen/Branchenreport-Wirtschaftsfaktor-Handel_2016.pdf

Handelsverband Deutschland (2017) Entgeltstrukturen im Einzelhandel teils letztes Jahrhundert, press release of 16 March 2017. <http://www.einzelhandel.de/index.php/presse/aktuellmeldungen/item/127406-entgeltstrukturen-im-einzelhandel-teils-letztes-jahrhundert>

Herzog-Stein, A. and Seifert, H. (2010) Deutsches 'Beschäftigungswunder' und flexible Arbeitszeiten, WSI-Diskussionspapiere 169. https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_diskp_169.pdf

Hickel, R. and Kurtzke, W. (1997) Tarifliche Lohnpolitik unter Nutzung der Härtefallklausel – Ergebnisse einer Untersuchung zur Praxis in der ostdeutschen Metall- und Elektroindustrie, WSI-Mitteilungen 2/1997.

Hofmann, J. (2016) Tarifbindung – eine Frage der Gerechtigkeit, WSI-Mitteilungen. 69 (3): 14–17. https://www.boeckler.de/wsimit_2016_02_hofmann.pdf

Hohendanner, C. and Stegmaier, J. (2012) Umstrittene Minijobs. Geringfügige Beschäftigung in deutschen Betrieben, IAB-Kurzbericht No. 24, Nürnberg. <http://doku.iab.de/kurzber/2012/kb2412.pdf>

IG Metall (2014) Bestandsaufnahme der IG Metall „Pforzheimer Abkommen“, Präsentation auf dem IG Metall Mitbestimmungskongress am 5. und 6. November 2014 in Mannheim.

IG Metall (2015) Geschäftsbericht 2011-2014, Frankfurt a.M.

IG Metall (2017) Daten, Fakten, Informationen 2017, Frankfurt a.M: IG Metall.

Kalkowski, P. (2008) Ist der Flächentarifvertrag für den Einzelhandel noch zu retten? Rahmenbedingungen und Konturen einer Entgeltstrukturreform, Göttingen. http://www.sofi.uni-goettingen.de/fileadmin/Peter_Kalkowski/Material/Entgeltstrukturreform.pdf

Keune, M. (2011) Decentralizing Wage Setting in Times of Crisis? The Regulation and Use of Wage-Related Derogation Clauses in Seven European Countries, European Labour Law Journal, 2 (1): 86–94.

Mindestlohnkommission (2016) Erster Bericht zu den Auswirkungen des gesetzlichen Mindestlohns. Bericht der Mindestlohnkommission an die Bundesregierung nach § 9 Abs. 4 Mindestlohngesetz, Berlin.

Mütze, S. (2016) Branchenfokus: Glückliche Zeiten für den deutschen Einzelhandel, Helaba Volkswirtschaft/Research, 10 March 2016. <https://www.helaba.de/blob/helaba/381034/f8de98abde50a96eae946297954e9c66/branchenfokus-20160310-data.pdf>

Nienhüser, W. and Hoßfeld, H. (2008) *Verbetrieblichung aus der Perspektive betrieblicher Akteure*, Cologne: Bund Verlag.

Nienhüser, W. and Hoßfeld, H. (2010) Alles auf Betriebsebene regeln? Dezentralisierung der Tarifbeziehungen aus Sicht betrieblicher Akteure, WSI-Mitteilungen, 63 (3): 126–134.

Nutzenberger, S. (2017) AVE-Kampagne ver.di-Handel, Vortrag auf dem von WSI und ver.di organisierten 12. Workshop 'Europäische Tarifpolitik', Berlin, 16 May 2017.

https://www.verdi.de/wegweiser/tarifpolitik/++file++592541f8f1b4cd58be436930/download/10_2017%20Mai%2017%20AVE-Kampagne%20im%20Handel_4%200%20Tapo%20Veranstaltung%20Berlin.pdf

Ochel, W. (2005) Decentralizing Wage Bargaining in Germany - A Way to Increase Employment?. *Labour*, 19 (1): 91–121.

OECD (2017) Employment Outlook 2017, Paris: OECD.

Schulten, T. and Bispinck, R. (2015) Germany, in Van Klaveren, M., Gregory, D. and Schulten, T. (eds), *Minimum Wages, Collective Bargaining and Economic Development in Asia and Europe - A Labour Perspective*, Palgrave, 230–252.

Schulten, T., Eldring, L. and Naumann, R. (2015) The role of extension for the strength and stability of collective bargaining in Europe, in Van Gyes, G. and Schulten, T. (eds), *Wage bargaining under the new European Economic Governance*, Brussels: ETUI, 361–400.

Statistisches Bundesamt (2016a) Tarifbindung in Deutschland 2014, Wiesbaden. https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Tarifbindung5622103149004.pdf?__blob=publicationFile

Statistisches Bundesamt (2016b) Verdienststrukturerhebung 2014, Niveau, Verteilung und Zusammensetzung der Verdienste und der Arbeitszeiten abhängiger Beschäftigungsverhältnisse, Wiesbaden.

Stockburger, M. (2017) Klaus Gehrige: Mehr Geld für alle, in: Heilbronner Stimme 18 May 2017. <http://www.stimme.de/heilbronn/wirtschaft/wirtschaft/Klaus-Gehrige-Mehr-Geld-fuer-alle;art86979,3849778>

Streeck, W. (1984) *Industrial Relations in West Germany. A Case Study of the Car Industry*, New York: St. Martin's.

Ver.di (2017) Geschafft! Zukunftstarifvertrag ist unterschrieben, ver.di information for the employees at Karstadt, March 2017. https://www.service-verdi.de/sites/default/files/pdf/verdi-Info_Karstadt_%202017-03-09.pdf

Verheyen, E. and Schillig, B. (2017) Lohndumping bei Rewe und Edeka? 30 May 2017. <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/rewe-edeka-lohndumping-101.html>

Visser, Jelle (2016) Variation in Dezentralisation – Articulation and Legal Culture, in Larsen, T.P. and Ilsøe, A. (eds), *Den danske model set udefra* (English: The Danish Model - inside out), Copenhagen, 53–84.

Wetzel, D. (2014) 10 Jahre Pforzheimer Abkommen - Wie ein Abkommen Beschäftigung sichert. <https://www.igmetall.de/10-jahre-pforzheimer-abkommen-13036.htm>

Wiedemuth, J. (2006) Notlagen- und Härtefallvereinbarungen als Gegenstand tarifpolitischer Koordinierung, WSI-Mitteilungen, 59 (7): 401–414.

WSI (2017) WSI-Tarifarchiv 2017 Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik, Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung. https://www.boeckler.de/pdf/p_ta_tariftaschenbuch_2017.pdf

The impact of the European Semester on collective bargaining and wages over the recent years*

Kristian Bongelli

1. Introduction.	379
2. Does the European Union have competence on collective bargaining and wages?	379
3. From reacting to influencing: the trade unions' response to the European semester for the economic policy coordination.	381
4. Collective bargaining and wages in the Semester over the years 2015-2017: business as usual.	383
4.1 A brief overview of the whole EU.	383
4.2 A closer look at the "DECOBA Countries".	390
5. Conclusions.	395
Bibliography.	398

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 138/2017

1. Introduction.

The question asked in the opening of the paragraph below – does the EU have competence on collective bargaining and wages? – is of fundamental importance for the trade union movement. The answer is more complex than how apparently may look and is the basis on which the European Trade Union Confederation (referred to below as ETUC) has developed its strategies to cope with the economic governance over the last few years. However, in order to fully understand the positions of the trade unions, it is necessary to go through a short recollection of what the semester is and how it works. Such recollection is contained in the second paragraph. This will allow the reader to frame the reaction of the ETUC and to get a proper reading of the two phases of its new approach. The strategy that is being implemented to counteract and (re-)balance the policies imposed via the semester and make the latter more social-oriented is addressed in the third paragraph of this chapter. The forth one will analyse the policies implemented over the recent years via the impact of the semester as well as the improvements and results reached by trade unions within this framework of action. Looking firstly at the picture of the whole EU, then closer at the five target countries of the “DECOBA” project (Belgium, France, Germany, Italy and Spain). The final paragraph will draw the conclusions by shedding light on the paradox of the Commission’s narrative, especially regarding collective bargaining and wages.

2. Does the European Union have competence on collective bargaining and wages?¹¹⁹²

The 2008 crisis made self-evident that, as from the adoption of the single currency, the economies of the European Member States were ever more interwoven. Growth would have spread from one country to another but so would have done any “imbalance” too. The Economic and Monetary Union needed more coordinated policies among the national levels, especially in the frame of the Euro Area. This assumption pushed the governments of the Member States to design a new form of coordinated exercise of the public power in the economic domain. In 2011, the European semester for the economic policy coordination (referred to below as the Semester) was formally introduced¹¹⁹³.

The semester is an innovative decision-making process – half way in between the Community and the intergovernmental methods – through which the European Member States design their policies for the budgetary surveillance, fiscal consolidation and economic coordination. In a nutshell, it aims at achieving and keeping together the following objectives in a single and consistent framework of action: deepening and completing the single market while maintaining stable macroeconomic conditions.

Within the governance of the single currency, each Member State runs a stability or convergence programme¹¹⁹⁴. These imply a transferral of a certain degree of sovereignty to the supranational

¹¹⁹² The description of how the European Semester works made in this paragraph is mainly based on Arrigo, Cilento, Limardo (2016).

¹¹⁹³ See Section I-A, Council Regulation 1466/97/EU of 7 July 1997 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies, as amended by the Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies. The Regulation 1175/2011 is one of the legislative instruments of the so-called Six Pack’.

¹¹⁹⁴ All the countries of the European Union should indeed adopt the euro sooner or later, excluding Denmark and the UK – which is currently under negotiations for withdrawing from the European Union. For the time being, Greece is excluded from the semester process, being under a specific financial assistance programme.

level with a view on coordinating the economic and social policies as well as completing the single market. The particularity of the semester process is precisely a certain degree of sharing the decision-making among countries while doing each government accountable in front of all the other Member States. For this to happen, the semester goes through a complicated series of interwoven cycles and documents. For the sake of simplicity of this chapter, one can summarise them in four main steps: setting of broad social and economic guidelines for the year to come by the European Commission via the so-called “Autumn Package” (including the Annual Growth Survey which can be seen as the main document stating those priorities); analysing the financial and socio-economic situation of each Member State and identifying critical areas for reform needs, again, by the European Commission via the Country Reports; definition of reforms to be undertaken by the governments via the National Plans; and, finally, the adoption of recommendations by the European Council regarding the actions and reforms to be implemented by each government.

Such a sharing of the decision-making is embodied in the final outputs of the semester: the country specific recommendations (referred below to as CSR). They are proposed by the European Commission on the basis of the “discrepancy” between the objectives commonly set out and the actions proposed by each government in the National Plans. The Council has then the power to endorse, drop or amend each of these draft CSR. Once adopted, the CSR are “politically binding”¹¹⁹⁵. Nevertheless, when a country find itself in a situation of need, the CSR become weightier and the country feels more urged to implement them. On the other hand, very often, the CSR are welcomed by the government who saw them as the right occasion to undertake desired reforms while minimising the “political shock” as the guilt can be attributed to the usual “villain”: the European Union.

From the previous few lines one can retain two elements which contribute to define the answer to the opening question:

- The European Commission has a mandate for analysing, monitoring and proposing policies;
- The decision-making power rests in the hands of the European Council (i.e. the national governments themselves).

The reason behind such a game of roles is extremely simple. As said above, the semester is half way in between the community and intergovernmental methods as it presents some peculiarities: i) it has been created by international treaties, other than the treaties of the EU, which have not even been signed by all the Member States as the Euro Plus Pact and Fiscal Compact; ii) it makes use of the European Institutions – giving them new roles, other than those established by the Treaties – to put in place intergovernmental programmes. However, by doing so, the related domains (under which falls also collective bargaining and wages) are still a national competence but that has been put under a common umbrella with a view of reaching objectives commonly agreed.

This brought us to answer the question kept in mind from the beginning. Does the European Institutions have competence on collective bargaining and wages? Yes, but just to a certain extent. As this has been granted by the agreement of the Member States since the very moment

¹¹⁹⁵ See for example: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2014/528767/IPOL_ATAG\(2014\)528767_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2014/528767/IPOL_ATAG(2014)528767_EN.pdf).

they signed off the treaties establishing the new economic governance. In this frame, collective bargaining systems and wages are indeed scrutinised as factors contributing to the economic performance of the Union. So, while the Commission is responsible for the analysis and the monitoring it performs¹¹⁹⁶, the Council is accountable for the recommendations issued. This system has been designed, of course, to avoid any further extension of the core competences of the European Union itself. So, at the very end of the day, the national governments still are to be considered responsible for the policies implemented in their own country¹¹⁹⁷, even though those national competences have been – to a certain degree – shared with their peers¹¹⁹⁸.

However, acknowledging this, does not mean that the resulting interferences on collective bargaining and wages are acceptable or justified. These are areas traditionally reserved to the autonomy of social partners. Areas from which, traditionally, governments refrained from intervening. Only the autonomous negotiations between the social partners can guarantee a fair balance of the interests of businesses and workers. Nevertheless, as we are currently experiencing, the “institutional environment” conducive to collective bargaining may change. The governments or, better, the National Parliaments, in their capacity of legislators, can surely decide otherwise. It is then up to the trade unions to step up, mobilise and take actions to defend their fundamental prerogatives on collective bargaining and wages from this wave of state interventionism. This is the reason why the European trade union movement has decided to get more involved in talks with the Commission and governments within the frame of the Economic Governance. The aim is to influence its content and, by doing so, to better defend the workers’ interests. In a nutshell: influencing the decisions rather than simply reacting after they were already taken.

3. From reacting to influencing: the trade unions’ response to the European semester for the economic policy coordination.

The European Semester, and in particular the CSR, addresses many topics which falls within the core business of trade unions. The list indeed does not end with collective bargaining and wages. Other fields of concerns for the unions addressed through the years by the semester are those encompassed in the so-called structural reforms. Notably, employment and labour market, pensions, unemployment benefits and the welfare system in general. Last but not least, the budgetary and fiscal reforms which have negatively impacted the public expenditure – especially public services – and investment.

In the first years after the crisis was started, the fight against the austerity measures was played mainly at national level. The situation remained unchanged when the semester was introduced. The trade unions indeed strongly opposed it. Rightly, it was seen as a method for imposing austerity and cuts over those countries in a weaker position because of their debt crisis. Moreover, another peculiarity of the semester is its democratic deficit. Being an intergovernmental process,

¹¹⁹⁶ This is by the way a political exercise itself as the benchmarks used as well as the evaluation of social and economic policies can be driven by a political or ideological thinking.

¹¹⁹⁷ Of course, together with the National Parliaments.

¹¹⁹⁸ A concrete example may be helpful for understanding such a dichotomy. Over the last few years, the Commission has been putting forward a CSR on the need for making the Austrian pension systems sustainable on the long run, recommendation always endorsed by the Council. Nevertheless, so far, the Austrian government has opposed to this request considering it unjustified.

it cut out any possible supranational democratic accountability of the decisions taken. The involvement of the European Parliament was (and still is) a mere (and late) formality rather than a real exercise of control. The same happened with the European social partners who were exclusively consulted in very formal fora where they could express their views without any capacity to influence the policies. Under these conditions, the trade unions were able just to merely react to and reject decisions which, most of the times, were already taken.

Between 2013 and 2014 the ETUC started working in a more structured way on the semester dossier. An informal coordination was established in order to reach common positions with a view on preparing the consultations. In the meantime, in the frame of the ETUC Collective Bargaining and Wages Coordination Committee, a first “semester toolkit” was being developed with the aim of monitoring the impact of the semester on collective bargaining and wages in the EU countries and sharing information in a two-way flow: between the national unions and the secretariat on the one hand, and among affiliates themselves on the other hand. Although the feedbacks from the affiliates were usually between 15 and 18 – i.e. approximately a half of the EU Member States – the toolkit proved to be a valuable source of pieces of information to perform a comparative analysis of the situation and so giving sound arguments to the ETUC documents for the consultations. The toolkit was based on three pillars: the monitoring of the involvement of trade unions in the semester at national level; the monitoring of the respect of fundamental trade union rights; and the trade union assessment of the CSR as well as of actions undertaken by the governments. All of these tools then resulted into three yearly documents.

In late 2014 the European trade unions decided to change their approach. The decision was not that easy to take. Simply reacting to the different semester documents and rejecting the austerity measures did not deliver results for workers and citizens. At the same time, it did not even let unions stay on the safe side as, in many countries, criticism was raised claiming the trade unions had not been able to properly fulfil their role of opposing to austerity. The new strategy was to develop a stronger internal coordination and to establish a structured dialogue with the Commission, especially with the DG Employment. This second part could have exposed the trade union movement to the risk of being associated with the process, legitimising it by (partially) “healing” its democratic deficit with no guarantee of influencing it. However, after almost 6 years of crisis and 3 of the new economic governance, it was high time to step up efforts and moving from reacting to influencing.

The ETUC launched a project for refining the tools developed in the previous toolkit and extending the areas of work. A more stable coordination across such areas of work was established and reinforced, including collective bargaining and wages, economics and taxation, employment and labour market, social protection, education and skills, migration, youth, gender and equal opportunities. Other fields may be added in the near future. In the meantime, each trade union organisation was asked to appoint a responsible for coordinating the inputs from the national unions to the ETUC, liaising with the Commission’s European Semester Officers based in that country and participating to the consultation meetings to take place with the Commission and Council committees in Brussels. So far (i.e. July 2017), the group counts 36 TUSLO (Trade Union Semester Liaison Officers) from 26 countries. Together with the ETUC secretariat, they are part of a structured dialogue with DG Employment. Consultations are held in advance of the drafting of the Annual Growth Survey and Country Reports. An ex post assessment meeting takes place also after the latter are released in order to raise critical priorities not taken into consideration.

Three tools have been developed in the new toolkit (so-called “ETUC Semester Toolkit 2.0”). The first one concerns the definition of the trade union priorities for the whole EU to be addressed in the following semester cycle and to be submitted at the consultations on the AGS. The second one supports the TUSLO in compiling what one can call trade union country report. This aims at influencing the Commission’s Country Report. The third tool monitors the involvement of trade unions in the semester at national level at the milestones of each semester cycle by performing an extensive analysis of: i) format of the consultations; ii) relevance and timely disclosure of information; iii) appropriateness of interlocutors; and iv) consideration given to the trade union analysis and proposals. Eventually, at the end of each cycle, the secretariat, supported by the TUSLO, release an assessment of the CSR and the whole cycle to take stock of improvements and results delivered. The current project will come to an end in September 2017. A follow up to further strengthen this strategy has been already envisaged as some good results have been achieved through such an involvement¹¹⁹⁹.

However, one has to admit that, all of this work was possible *also* thanks to the political support provided by the “fresh start” brought in by Commission President Jean-Claude Juncker, who committed to relaunch social dialogue. This was indeed extremely visible in the renewed approach of Commission officials, much keener to listen and discuss with the trade unions about priorities and policies throughout the entire cycle with respect to the previous years.

4. Collective bargaining and wages in the Semester over the years 2015-2017: business as usual¹²⁰⁰.

4.1 A brief overview of the whole EU.

The interest of the European semester for wages and collective bargaining has remained stable through the years. From 2011 to 2016 (excluding 2013), CSR in these fields have varied between 11 and 14. In 2017 they have been 14 once again which means they have covered more than one half of the EU Member States, considering that Greece is still under a financial assistance programme and the UK is in talks for leaving the EU. Looking at the recommendations focusing on the wage-formation mechanisms only – generally aimed to foster the decentralisation of collective bargaining – it is worth noting they have been respectively 11, 11, 12 and 14 in the last four years (2014-2017)¹²⁰¹. Nevertheless, some improvements have been recorded over the years this report is focused on.

The 2015 Semester cycle

At the end of the 2014-2015 cycle, the situation was anyhow slightly improving under many aspects. The Juncker’s Commission showed more flexibility on budget deficits and CSR were generally a bit more positive than in past years but this was not the case for collective bargaining and wages. In general, the Commission’s advice on pays was still based on the *mantra* that “wages are to evolve in line with productivity” but the way it was applying this key idea was imbalanced.

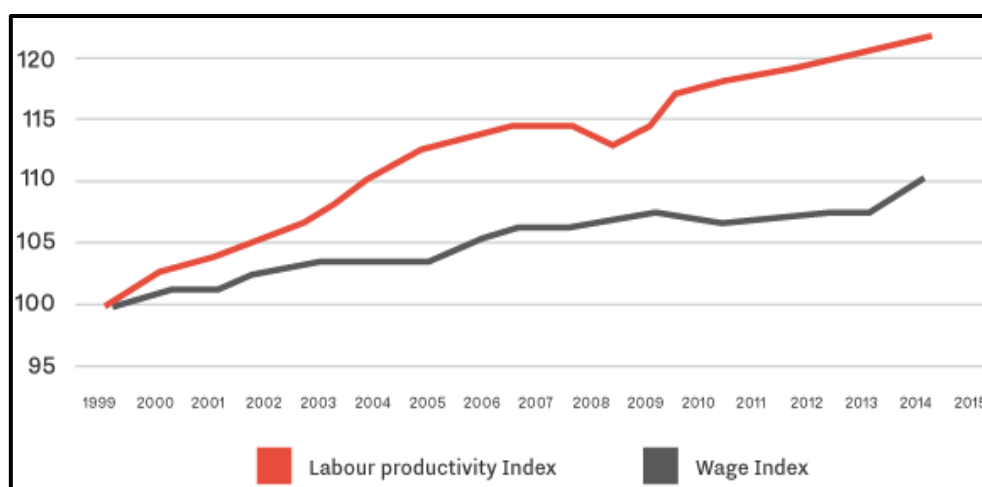
¹¹⁹⁹ Please see the next paragraphs for an evaluation of the results produced.

¹²⁰⁰ This paragraph is mainly based on previous ETUC documents. Some of them are publicly accessible on the ETUC website, while some others were developed for internal purposes and not available. The analysis of the macroeconomic impact of the CSR on wages has been performed by Ronald Janssen, then ETUC Chief Economist and currently at the OECD-TUAC.

¹²⁰¹ For a deeper comparative analysis of social-related CSR in qualitative and quantitative terms, please see S. Clauwert (2017).

Some Member States, affected by the problem of real wages systematically lagging behind productivity developments, did not receive any wage recommendation at all. One of the most striking examples was represented by Poland. As shown in the graph on the next page, from 1999 to 2015, real wage growth in Poland had not been able to keep up with productivity developments by a stunning 40 percentage points (10 percentage points considering the period 2008-2015 only). Recommendations to improve wage dynamics were also conspicuously missing for those Countries experiencing a growing number of working poors or large low-paid segments as, for instance, Estonia and the UK. However, besides the Member States abovementioned, the key recommendation on wages and productivity was also disingenuous for many others, in particular, for Western European Euro Area Countries. Here, the Commission was suggesting that wages had outpaced productivity whereas, in reality, it was again the other way around. Nevertheless, the general policy was then recommending Member State after Member State, to compete against each other on the basis of squeezing wages and, by doing so, dangerously declaring – *de facto* – those economies with the lowest wage dynamics as the reference benchmark for all. Thus, turning a blind eye on the risks of a ‘beggar-thy-neighbour’ policy and to the danger that this race to the bottom inevitably would have ended up in “lowflation” (very low inflation) or even deflation, either for the euro area as a whole and/or for individual countries.

Trends in growth in average real wages and labour productivity in developed economies, 1999-2015¹²⁰²



Source: ETUC own calculation by Ronald Janssen, Matthieu Méaulle and Torsten Muller

Furthermore, minimum wages were regarded as hampering economic growth due to their (presumed) bad impact on job creation and competitiveness. Beyond some of the “DECOBA” countries – of which we will talk about later on – such a view was expressed in the cases of Portugal, Slovenia and Bulgaria. This totally overlooked the related positive effects, ignoring research as

¹²⁰² This calculation has been made in the frame of the ETUC campaign “Europe needs a Pay rise”. Wage growth is calculated as a weighted average of year-on-year growth in average monthly real wage in 36 economies. The base year is set in 1999 for reason of data availability. Source: ILO Global Wage Database; ILO Global Employment Trends (GET).

well as experience that minimum wage, when introduced or raised, do not tend to destroy jobs. On the contrary, it fosters positive trends.

In other words, after 7 years of economic crisis, austerity and falling or stagnating wages, the Commission was still recommending a policy based on either wage cuts or wage moderation when Europe desperately needed something else. This assumption was well underlined by the ETUC press release below:

*“The Commission continues to overlook the fact that wages in 23 Member States are lagging behind productivity. The Commission fails to identify, or react to, the redistribution from wages to profits. Europe needs a wage rise for fairness and to increase demand, mainly by strengthening collective bargaining”*¹²⁰³.

At the same time, besides suggesting overall wage squeezes for entire economies, the Commission was also using the formulae of ‘wages in line with productivity’ to promote the fragmentation and decentralisation of collective bargaining and wage formation across individual sectors, individual firms, regions and skills. Moreover, the autonomy of social partners in setting wages was at that time challenged also by the newly proposed “competitiveness boards” – without any prior consultation of trade unions. These bodies – *creatively* built upon the example of Belgium’s National Labour Council – were meant to advise social partners and so to narrow their margin of manoeuvre for negotiations. Reacting to the Five Presidents’ Report¹²⁰⁴, former ETUC General Secretary Bernadette Ségol stated:

*“There is no way trade unions would accept a body separate from the social partners giving advice on wage negotiation. (...) Wage setting is the role of autonomous social partners. What the European Commission (...) fails to mention is that the authority in Belgium is run by employers and trade unions – it is not a separate body handing down advice to social partners to follow”*¹²⁰⁵.

The 2016 Semester cycle

At the beginning of the 2016 cycle, the European Commission promised a more social-oriented Semester, respecting the autonomy of the social partners. The Country Reports 2016 then provided for an in-depth investigation of the socio-economic situation in each single Member State. Moreover, as had been announced in the “Communication on Steps Forward Completing Economic and Monetary Union”¹²⁰⁶, the 2016 Country Reports also measured the social performances. The benchmarking technique was supposed to promote social convergence but the social targets were then biased. Moreover, it is worth highlighting that “best practices” in the field of collective bargaining and wage setting, were unilaterally selected by the European Commission. This went in detriment of the overall coherence of the analysis, generating paradoxes. For

¹²⁰³ <https://www.etuc.org/press/country-specific-recommendations-2015-eu-needs-increase-wages#.WYSapVGrRdg>

¹²⁰⁴ The Five Presidents’ Report is a document setting the way forward for the European Union, drafted by Commission President Jean-Claude Juncker, in close cooperation with Council President Donald Tusk, Euro Group President Jeroen Dijsselbloem, European Central Bank President Mario Draghi and European Parliament President Martin Schulz. Published on 22 June 2015 and available at: https://ec.europa.eu/commission/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_en

¹²⁰⁵ <https://www.etuc.org/press/trade-unions-employers-should-set-wages-not-5-presidents-%E2%80%98competitiveness-authorities#.WYSazFGrRdg>

¹²⁰⁶ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-600-EN-F1-1.PDF>.

instance, the Estonian collective bargaining systems, featured by the highest level of decentralisation in the EU was considered the most efficient, while Croatia was considered inefficient because collective bargaining proved able to protect workers against less favourable working time arrangements provided by law. Once again, this was a sign of a persistent and ideological conviction that structured forms of collective bargaining slow down reforms rather than seeing them as a democratic and balanced way to co-regulate the labour market.

Unfortunately – and despite some concrete improvement in the social field – the following Country Specific Recommendations did keep going in the same direction. That wave of CSR still proposed the same failed economic policies of previous years while prompting new state interferences on collective bargaining and wages throughout Europe. Belgium, France, Portugal and Spain received recommendations questioning the wage-setting systems and employment protection legislation. The biased reading of the centralised collective bargaining model proved to be hard-to-die. Eventually, in countries deviating from the Stability and Growth Pact rules, the Commission advances the traditional macroeconomic solutions which already had for long caused stagnation and severe social consequences. Even though the country reports had recognised that the weak recovery Countries were experiencing was mainly driven by private consumption, the CSR did not provide any strong support for the missing ingredient to relaunch the European economy that the ETUC had been claiming for years: a generalised upward wage dynamic to boost internal demand. Commenting of the draft CSR just released, the then-Deputy General Secretary Veronica Nilsson made crystal clear the severe disappointment of trade unions:

“The ETUC is very concerned that the Commission is again interfering in the autonomy of the social partners and collective bargaining. It’s wrong to claim that the increase in minimum wage in Portugal would harm employment and competitiveness as it is wrong to claim that the minimum wage in France hampers employment. On the contrary, what Europe needs is an increase in minimum wages, wage increases through enhanced collective bargaining to boost growth and tackle inequality, and action to end precarious employment. The Commissioners repeated as usual the need for structural reforms of the labour market which in the past have led to less collective bargaining, lower wages and higher unemployment. Europe does not need more of the same tried, tested and failed policies”¹²⁰⁷.

The 2017 Semester cycle

The 2017 Semester cycle began with some positive novelties. In October 2016, for the first time ever, the Council’s Employment Committee (referred to below as EMCO) undertook a sort of multilateral surveillance exercise for monitoring the involvement of social partners in the semester at national level. National governments, Commission officials and representatives of trade union organisations and employers’ associations gathered to perform a peer review of the involvement practises in the member states. Irrespectively of the results, that event was one of the concrete evidence of the Juncker’ engagement to revamp the social dialogue.

¹²⁰⁷ https://www.etuc.org/press/economic-package-commission-wrong-collective-bargaining-minimum-wages#.WcZy_sirRdg.

The AGS¹²⁰⁸ was issued in November, moving forward on this track. The ETUC expressed appreciation for the Commission's emphasis on the key role that social dialogue can play in designing and implementing economic and social policies. Finally, the social partners were recognised as responsible macroeconomic actors once again. The Commission indeed acknowledged that social dialogue is crucial for well-functioning social market economies, as shown by the best performing Member States over the last period¹²⁰⁹. In particular, recalling the capacity of social partners to engage in such an exercise could be viewed as a base for implementing the capacity building activities for national social partners enshrined in the Quadripartite Declaration on a "New start for Social Dialogue" as well as a driver for implementing the European Pillar of Social Rights to come.

To a certain extent, the AGS 2017 could be considered as a first step to partially mitigate and revert the policies implemented since 2008. Partially because, despite some positive changes were appreciable and, generally, the priorities the AGS put forward were quite more balanced than in the past, the narrative was still anchored to a general framework in which the need for structural reforms, budgetary consolidation and attention on labour cost competitiveness were still prevailing on the social dimension.

Collective bargaining and wages represent a clear example of this situation – depicted by the ETUC as 'schizophrenic'. In this respect, the improvements were self-evident compared with the previous years but, looking at the global picture, there still were some causes for serious concern.

The Commission indeed, probably for the first time ever since the crisis, affirmed that "too modest wage developments" can be counterproductive, leading to "weaker aggregate demand and growth"¹²¹⁰. This time the mantra "aligning wages with productivity" was interpreted also in the direction leading to positive wage dynamics. In particular, it stated that wage-setting systems – beyond being able to better respond to productivity changes over the time – should ensure "real income increases". Furthermore, the Commission highlighted that, when fixing the minimum wage, a *new* element should have been taken into consideration by governments and social partners: the impact on in-work poverty.

These references reflected some of the ETUC top priorities outlined in the document "ETUC for Growth and Social Progress: Priorities for the Annual Growth Survey 2017"¹²¹¹ which represented also the basis of the upcoming ETUC Campaign "Europe needs a pay rise"¹²¹². The daily work engaging the ETUC staff and affiliates in structured talks with the Commission was finally delivering results. Some of the Commission policy priorities were – slowly – turning in the direction wished by the trade union movement.

¹²⁰⁸ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-annual-growth-survey_en_0.pdf.

¹²⁰⁹ European Commission, Annual Growth Survey 2017, p. 11.

¹²¹⁰ Idem

¹²¹¹ The document was adopted by the ETUC executive committee on 11 October 2016 and can be found here: https://www.etuc.org/system/files/eu_semester/file/161011_etuc_priorities_on_the_ags_2017_en_adopted.pdf.

¹²¹² For more information see the campaign website at: <https://payrise.eu/>.

The then-Deputy General Secretary Veronica Nilsson hailed such a new orientation and expressed the appreciation of the ETUC and its affiliates for Commissioner Thyssen's call for wage-setting to generate real income increases. She commented:

*"Wage rises are crucial in increasing internal demand. Without more money in workers' pockets, Europe will be unable to achieve a sustainable recovery"*¹²¹³.

However, many other ideological assumptions were there so to counterweight or limit the progress made. For instance, despite decentralisation of collective bargaining was not explicitly addressed, the abovementioned positive aspects were counterbalanced by stating the importance of having wage-formation systems which can ensure that differences in skills and economic performances across regions, sectors and companies are taken into account. Once again, an argument recalling a preference for fragmented systems of collective bargaining. All this in spite of the seriousness of the social situation which would have rather suggested to support or (re-)strengthen the sector collective negotiations at national level, the most powerful tool which could help quickly address the problem of income inequalities. Beside, at the same time, the Commission was also providing support to the state interventionism related to the reforms of the wage-formation systems¹²¹⁴.

Finally, regarding wages, the reference to wage developments that can bring to productivity erosion was strongly criticised by the ETUC and its affiliates. Indeed, as was proved several times, real wages have been lagging well behind productivity in all the European Countries for years and, taking into consideration the sharp fall of the wage share of the GDP on-going since the 80's, the reasons of the trade unions' disappointment and concern become self-evident. Once again, the European trade union movement, though recognising the improvements made, was forced to call for the Commission to step up efforts and take more concrete actions toward the so-called "social triple A Europe"

The situation did not improve much with the 2017 Country Reports. The divergence of priorities and opinions between the two different hands drafting these documents – i.e. DG Efin and DG Employment – became even clearer than in the AGS 2017. But the more positive aspects was that it became self-evident that the DG Employment was gaining more room in all those documents and, by doing so, it was slowly rebalancing the European Semester, drawing a greater attention to the social dimension of the economy. Some of the priorities presented by the ETUC and the member organisations during the consultation meetings with the European Commission were taken into account. However, the necessary U-turn wished by the trade unions did not materialise. The Country Reports touched upon collective bargaining systems in nine countries. This was mainly because the issue was extensively addressed in previous years, and the Commission's former position in favour of the decentralisation was to be considered still largely valid. As some example can prove¹²¹⁵. In Estonia the collective bargaining system – considered in 2016 the EU most efficient as completely decentralised – just one year later was accused of promoting too

¹²¹³ <https://www.etuc.org/press/etuc-semester-package#.WbP-acirRdg>.

¹²¹⁴ A fear that would have soon came true, for instance, in Belgium. At this regard, please see G. van Gyes and S. Vanderhercke in this book.

¹²¹⁵ See the next paragraph for the cases of Belgium, France, Italy and Spain.

rapid wage growth. Nevertheless, no mention was made regarding the possibility to develop sector negotiations which can help better manage wage dynamics. The same happened in Romania's Country Report but for different reasons. The Member State was described as suffering from poverty and inequalities. Here, collective bargaining should have been considered as a factor of democracy building and enhancement of salaries and working conditions. However, the Commission just made a timid reference to the weakness of collective bargaining and social dialogue. In Cyprus, despite the clear demands put forward by the unions about restoring and respecting collective bargaining and extending collective agreements, the Commission interfered again in the wage-setting mechanism. And, more worryingly, in the democratic process as well. It claimed there was just limited progress on the binding mechanism restraining the growth rate of public employees' compensation and expressed disappointment because the legislative proposal making this mechanism – introduced until 2018 in collective agreements – permanent had been "rejected by the House of Representatives"¹²¹⁶.

To a certain extent, the only "positive" exception to such a general picture was represented by the case of Lithuania. Here, the Commission recalled that both trade unions and employers had raised concerns over the labour code reform. On this basis, the EC then recognised that a more proactive involvement of the social partners themselves in the designing process would benefit the effectiveness of such a reform. After the pressure exerted by the ETUC on the demands of its Lithuanian affiliates, the Commission successfully persuaded the governments to reopen the talks with social partners and the new reform was approved, carrying some amendments proposed by the social partners themselves.

Regarding wages, the narrative remained more or less the same. Despite the need to boost the domestic demand, pay rises were neither encouraged nor welcomed, excluding some few exceptions¹²¹⁷ – where wage increases were considered acceptable and even desirable by the Commission, as in line the macroeconomic fundamentals. But, what was more concerning, was the misreading of the minimum wage rises, notably in the Eastern Countries. The EC indeed kept insisting on the ideological assumption there are risks that higher minimum wages may affect job creation and so encourage informal work or misuse of self-employment. Whereas, as claimed by the ETUC, the utmost attention should be paid on the negative social consequences of low incomes. For instance, again, in Estonia – as EAKL had feared – the EC expressed concern because the minimum wage is "increasing fast, outpacing overall wage growth over recent years" since these "increases can have a significant impact on the wage bill in the poorest regions". Although the minimum wage stood at around 38% of the average wage, among the lowest levels in the EU. This is not only unacceptable for the trade unions and workers but is also detrimental to the EU countries' commitment to implement the UN Sustainable Development Goal #10 which pledges, by 2030, to "progressively achieve and sustain income growth of the bottom 40% of the population at a rate higher than the national average". The paradox is highly worrying. Especially under the political point of view. The same failed austerity policies which has refrained Europe from a quicker and fairer economic recovery and which are the core basis of the anti-European right wing populism rising all over the continent are still reaffirmed and advised in too many Member States.

¹²¹⁶ See Cyprus' 2017 Country Report.

¹²¹⁷ Germany (see the next paragraph) and the Netherlands.

The following 2017 CSRs made some further but little steps forward in the direction asked for by trade unions but still were generally unsatisfactory. Once again, they were not yet pro-wage growth and failed to encourage collective bargaining.

Wage growth was advised in a handful of countries in excessive surplus position like Germany and the Netherlands. That was of course positive, but showed that governments still see wages as a factor for a macro-economic adjustment, while the ETUC sees wages as a driver for social justice and growth. In some countries, CSRs may finally be harmful for wage development due to the doubts raised on efficacy of wage formation in the public sector (Cyprus, Romania and Croatia), on the performance of statutory minimum wages across the economy (as in Portugal) or on labour cost trends (as in Finland and Estonia). It happens in countries in which purchasing power of wage earners has diminished and wages have underperformed productivity gains in recent decades.

The reference to transparency in setting mechanisms of minimum wages in Bulgaria and Romania was welcome. Transparency in minimum wage setting appeared in several country reports but only two countries received a recommendation, though it represented a progress that recommendations to redesign minimum wage settings cited the need to involve social partners.

On collective bargaining, the improvement on the previous cycle was that this time the governments opted for substantial self-restraint from intervening on collective bargaining arrangements. But in countries like Spain, Romania and Portugal, CSRs (even without directly referring to it) could harm the autonomous deployment of industrial relations institutions.

To sum up, one can say that, while the EU economy is recovering, collectively agreed wages are not reflecting the positive economic outlook. Reduced employment protections are one reason why collectively agreed wages are underperforming and inflation is on the rise again. Said that, it is crystal clear that 2017 CSRs have failed to capitalise on the potential for coordinated and multi-employer collective bargaining to boost internal demand on the one hand and to tackle inequality and to reinstate social justice on the other hand.

If the ambitions of the EU were to achieve “structural reforms ... to foster social justice, mitigate income inequalities and support convergence towards better outcomes” and that “social priorities and consequences [had to] be taken into account when designing and implementing the reform agenda”, the results of the 2017 cycle have been very modest and often very negative to workers. Changes are urgently needed to bring social progress on the forefront and become a driver for policies that can improve the quality of work and living conditions all over Europe. Positive wage dynamics enabling an upward wage convergence are necessary either for stimulating the European economy and for rebuilding a fairer society. The hope of the European trade union movement is that the European Pillar of Social Rights¹²¹⁸ may contribute to better shaping the future Semester cycles.

4.2 A closer look at the “DECOBA Countries”.

So far, we have seen the general picture. In this paragraph the analysis will focus closely on the five countries that have been the target of this project: Belgium, France, Germany, Italy and Spain.

¹²¹⁸ The formal proclamation of the Pillar by the European governments is expected for the Gothenburg Social Summit on 17 October 2017.

In particular, we will see if and how the policies recommended by the European Commission in terms of collective bargaining and wage dynamics have evolved over the period of time in question.

Belgium

Belgium has been for a long while one of the Commission's favourite targets when it comes to collective bargaining and wages. Its centralised system of sectoral negotiations has been considered as a threat for the country's productivity. According to the Commission this would be very visible just looking at the differential in productivity and labour cost trends with neighbouring and partner countries, notably Germany.

In the preamble of the 2015 CSR, the Commission states *"there is a need to align wage growth more closely with productivity and to make wage setting more flexible so as to increase the economy's potential for adjustment ... closing the gap entirely will require additional action which hinges on reforms of the wage-setting system"*. However, the CSR itself asked to deliver such a result *"in consultation with the social partners and in accordance with national practices"*.

In 2016 the Commission expressed its intention to release fewer, shorter and more focused Country Specific Recommendations¹²¹⁹. In the Belgian case, the result was that only a small part of the previous year's measure was mentioned but it was enough to let the recipients understand it was still referring to the wage formation reform: "Ensure that wages can evolve in line with productivity".

In 2017 this kind of recommendation did not show up. Indeed, in this year Country Report for Belgium the Commission could celebrate the long-awaited – or, better, long-recommended – reform of collective bargaining. After years of sustained attacks and despite the strong opposition of the Belgian unions¹²²⁰, the government imposed such a reform. The new wage setting framework has narrowed the room for negotiations of social partners and granted to the government the possibility to take corrective measures in order to fix detrimental cost-competitiveness developments.

This happened despite that, according to ETUC own calculation made in the frame of the campaign "Europe needs a pay rise"¹²²¹ as well as to those provided by the three Belgian trade union organisations (for the ETUC report on trade union inputs for Country Reports 2016¹²²²), it is not correct affirming that wage growth would have outpaced productivity gains – neither in the long run, nor in short one.

¹²¹⁹ However, as many practitioners have affirmed, it is true that the number of recommendations has been reduced but they have become longer. Generally, by condensing more policy measures in each single recommendation.

¹²²⁰ According to ETUC own calculation made in the frame of the campaign "Europe needs a pay rise" as well as to calculations provided by the three Belgian trade union organisations (it is not correct affirming that wage growth would have outpaced productivity gains – neither in the long run nor in short run).

¹²²¹ Please see the related website at <https://payrise.eu/>

¹²²² Available here:

https://www.etuc.org/system/files/eu_semester/file/etuc_report_on_trade_unions_inputs_for_country_reports_2016_en.pdf.

France

France has experienced almost the same path than Belgium. The wage dynamics were assessed as producing negative effects on the country's competitiveness, notably – again – compared to Germany and the wage moderation policy applied in 2015 was considered insufficient to compensate those trends. Also, both its collective bargaining system and SMIC¹²²³ have been questioned for years. In particular, the Commission considered its system of collective bargaining as inefficient due to its presumed rigidity which did not allow firm level collective bargaining to flourish. It then asked for a reform which would have permitted a wider use of derogations from the sector collective agreements.

The 2015 CSR read as follows *“Reform, in consultation with the social partners and in accordance with national practices, the wage-setting system to ensure that wages evolve in line with productivity. Ensure that minimum wage developments are consistent with the objectives of promoting employment and competitiveness”*. One year later the CSR referring to the wage-setting reform disappear as the French government, at that time, was undertaking a reform meant to ease the derogations from sector collective bargaining. It will then be approved in the second half of the year. Some time later, the 2017 Country Report welcomes the adoption of the labour reform but recognises that its effects would depend on the use the social partners make of it. This marks a point for the trade unions. It clearly proves that the EC implicitly recognises what the ETUC has said several times: the social partners are best placed to decide autonomously the appropriate level of collective bargaining to use and what to negotiate at the different levels. Therefore, it is necessary that their autonomy be respected.

In 2016, the recommendation on the SMIC is still there (*“Ensure that the labour cost reductions are sustained and that minimum wage developments are consistent with job creation and competitiveness”*) but, finally, it will be gone in 2017. The reason for this change is very likely that the French minimum wage – as also recognised in the same year Country Report itself – represents a tool which effectively tackles in-work poverty. It is indeed one of the very few which stands at the 60% of the national average wage. A benchmark often used also by the trade unions to identify a minimum living wage¹²²⁴.

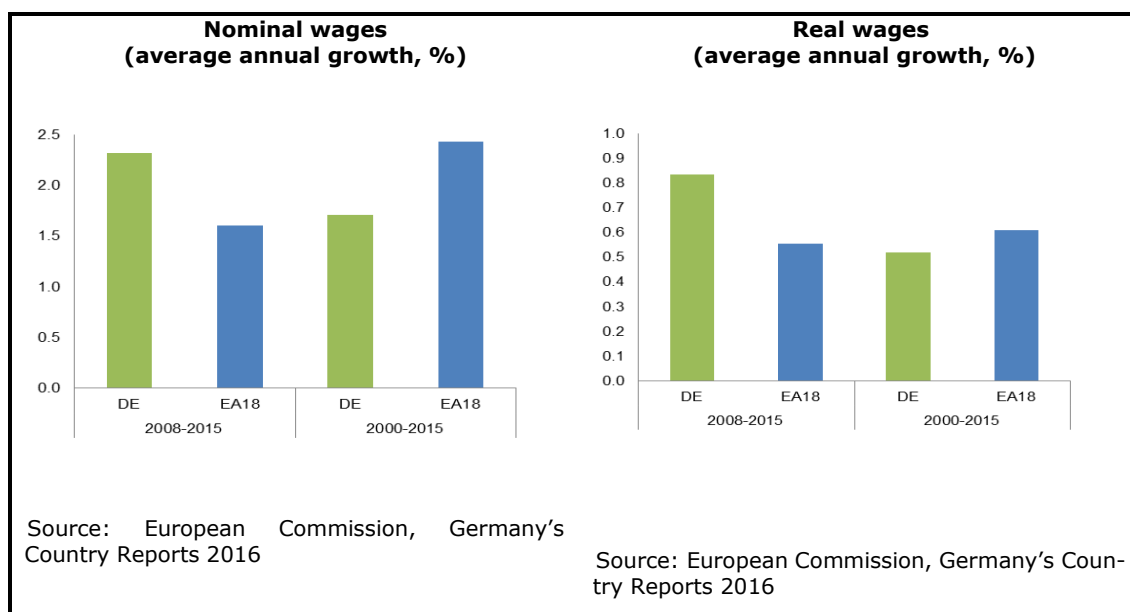
Germany

The German case is very interesting. Germany is the only country – of those analysed in the frame of this project – in which the Commission challenged its wage moderation policy repeatedly acknowledged the need to make wages increase faster than how much they were doing. This was particularly true because Germany's wage moderation policy has played a role in the negative trends of competitiveness – in particular, in terms of labour costs – of the neighbouring countries

¹²²³ Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance, i.e. the French minimum wage.

¹²²⁴ For instance, see the ETUC Resolution on low and minimum wages, available here: <https://www.etuc.org/documents/etuc-resolution-common-strategy-low-and-minimum-wages#.WcghvMirRdg>.

In 2016, the Commission just limited to note that wages were rising less than expected according to the economic fundamentals but no recommendation was then issued. This was indeed coherent with a policy framework inspired by an economic model driven mainly by exports and so devoted to contain labour costs, i.e. wages. The Country Report read as follows: “*over the whole period (2000-2015), the growth rate of wages (both in nominal and real terms) undershot the euro area average*” as shown by the following graph of the Commission.



However, in the same year, the general analysis highlighted also that the fragile recovery Europe was experiencing was mainly due to domestic factors, especially consumption and the rise of positive wage dynamics. So, in 2017, the wage narrative has suddenly changed— at least for Germany. The Country Report explicitly said that “*the social partners do not appear to be making full use of the existing scope for sustained wage increases*”¹²²⁵. Moreover, with the analysis performed in the 2017 Country Reports, the Commission indirectly¹²²⁶ admitted also that the German wage moderation policy have been producing spill-over effects in the Euro Area over the last years. This was affecting particularly Belgium's and France's cost competitiveness – especially, in terms of labour costs.

On the contrary, the German collective bargaining model has not been challenged over the period in question. The reasons can be very likely found in the features and trends affecting the German collective bargaining system and which have been deeply analysed by Schulten and Bispinck in this book.

¹²²⁵ European Commission, Germany's Country report 2017, p.5

¹²²⁶ Indirectly because this is what can be retained by reading in between the lines of Belgium's and France's Country Reports.

Italy

The 2015 CSR demanded a reform for fostering the company-level negotiation, by recommending to “establish, in consultation with the social partners and in accordance with national practices, an effective framework for second-level contractual bargaining”¹²²⁷.

One year later, Italy’s Country Report kept stressing that the Italian collective bargaining system was still inefficient as not providing enough room for firm negotiations (and use of derogations from sector collective agreements). Nevertheless, the consequent waves of CSR did not address collective bargaining. The reform remains a highly sensitive open issue and is mentioned in the preamble but the reference to the role of social partners did not encourage a unilateral intervention from the government. This happened thanks to the platform for an autonomous reform of collective bargaining and industrial relations put forward by CGIL, CISL and UIL – three main Italian trade union confederations. Such a proposal already was signed off by some employers’ organisation and was under discussion with Confindustria and the government itself.

In Italy, the outstanding reform of the collective bargaining system is not the object of a specific recommendation, but is mentioned in the preamble. Appearing in recommendations in the past year, this reform. The Italian trade union confederations have proposed a reform of the collective bargaining system which is now under discussion with some groups of employers. The preamble mentions the need to move on with the consensus of the social partners and it improves on the National Reform Programme in which the government was envisaging a unilateral intervention.

In 2017 Country Report, the Commission complained because the inter-confederal agreement on trade union representativeness and collective bargaining was not yet operational. It also stressed that – despite the fiscal incentives granted by the central government, notably in terms of tax reductions for occupational welfare – firm bargaining was still not picking up. This translated into a recommendation requiring to “strengthen the collective bargaining framework to allow collective agreements to better take into account local conditions”, with the involvement of social partners themselves.

The wording is slightly changed and the role of social partners is acknowledged. However, the Commission keeps promoting the state interventionism and interferences in a domain which should be reserved to the autonomy of social partners. This interference is intended to promote a reform the collective bargaining system toward the decentralisation, without taking into account the position of the social partners, and especially of the trade unions.

Spain

In 2015 the Commission recommended the Spanish government to promote the alignment of wages and productivity. Again, in other words, it suggested to foster decentralised collective bargaining.

¹²²⁷ As explained in the chapter about Italy in this book, a law enabling firm and local level collective bargaining was already in place in Italy since 2011 (i.e. Law 148/2011, Art.8) but the social partners agreed not to make use of as this was a reform imposed by the government.

Despite the acknowledgment of the extremely worrying social situation, the 2016 Country Report kept insisting on this. The Spanish collective bargaining model was still considered inefficient because too rigid – as happened for Belgium, France and Italy. While wages were considered moving in line with the country's economic performances. They were indeed rising, but less than they could have done compared to the GDP and productivity growth. This led to no recommendation related to the *mantra* of aligning wages to productivity in the following round of CSR.

The recommendation related to the wage formation did no longer appear in 2016 and 2017. Whereas, in 2017 Country Reports, the Commission has addressed again the issue and expressed disappointment because the firm level negotiations were not picking up despite the recent reform. However, this did not take into due consideration the capacity of unilateral modifications in terms of pays and working time granted to the employers. As the Spanish colleagues denounced, this was mainly due to the fact that these unilateral modifications are not subject to registration by the labour authority¹²²⁸.

5. Conclusions.

After having examined the European Semester cycles from 2015 to 2017, it is now time to draw some conclusions of the analysis made. The positive change in the Commission's narrative and the greater attention paid to the social dimension of the economy and the involvement of social partners in the process of decision-making – at least at EU level – cannot be denied¹²²⁹. This is clearly the result of the strong commitment of President Juncker toward the recovery of the original values of the European social model. Nevertheless, the road ahead toward a "triple A Social Europe" is still well long. A self-evident example of the disillusionment of trade unions is represented by the Spanish case. The ETUC and its Spanish member organisations had welcomed the analysis – performed in the Country Reports – of the negative impact of high rates of precariousness in the labour market but this did not translate in an appropriate response when it came to issue the recommendations. Here, measures to "*promote hiring on open-ended contracts*" imply the removal of "*uncertainty in case of legal dispute following a dismissal, along with comparatively high severance payments for workers on permanent contracts*"¹²³⁰.

The European trade union movement has expressed appreciation for the efforts put in place by the Commission several time. They are strongly committed and supportive with regards to the social initiatives that will be further developed in the forthcoming months – notably, the European Pillar of Social Rights. However, one has to stress that the result in terms of reverting those social and economic policies which have produced resentment and anti-European feelings among EU citizens are still too poor.

This is even more true when it comes to collective bargaining and wages, particularly when looking at the five countries analysed in the current project. Here, one can easily see how the semester has insisted on reforming the wage formation systems by fostering the trend toward decentralisation. Germany did not receive such kind of recommendations over the period in question as its system was already affected by decentralisation and fragmentation. Italy is the only country

¹²²⁸ For a deeper analysis of this worrying problem, see Rocha in this book.

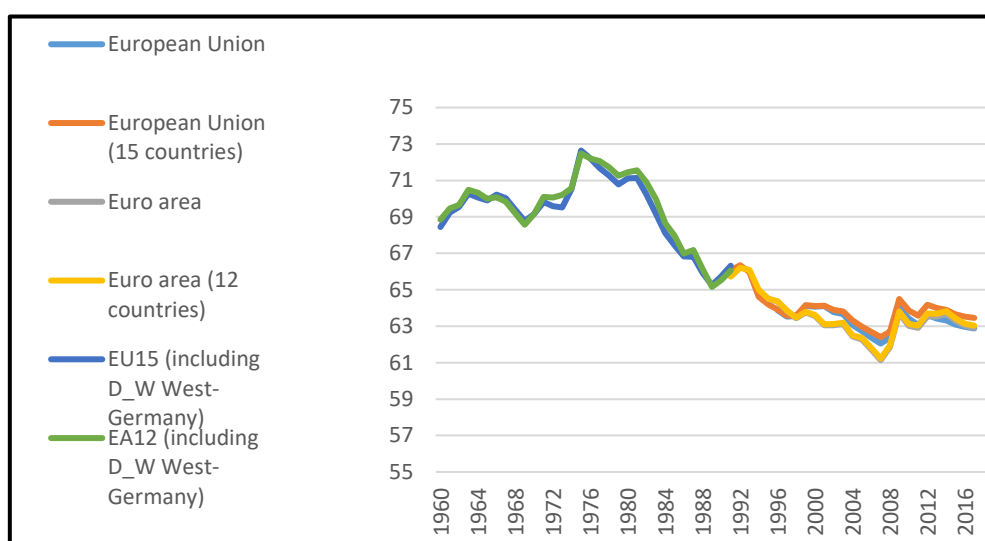
¹²²⁹ This is the case, for instance, of those recommendations aiming at fighting undeclared work in Portugal and Romania.

¹²³⁰ Spain's Country Specific Recommendations 2017

where national sector bargaining is still under attack as in Belgium, France and Spain, the Commission dropped off the related recommendations only once the reforms imposed were implemented. However, in these four countries it is still complaining because firm bargaining is *surprisingly* not taking off. In reality, this happens for a specific reason as the unions have always been explaining. Indeed, in economies dominated by small and medium-sized enterprises, decentralisation of collective bargaining to make it more responsive to quickly changing business needs is an ideological argument. SMEs have rarely the capacity and skills to negotiate collective agreements. Company bargaining represents then a cost and an impediment for this kind of businesses¹²³¹. On the contrary, sector collective bargaining embodies a tool for setting level conditions and preventing unfair competition. Moreover, the Commission has also admitted that social partners make a poor use of derogations even when they would be allowed to. As stated by the ETUC in many occasions, this is not weird. Social partners are indeed the best placed to decide on what to negotiate and at which level. This is the reason why institutions should stop any unwanted interference in the autonomy of social partners.

In addition, it is worthy stressing the incoherence between the Commission's analysis and consequent recommended policies. In countries with outstanding problems of income inequality, national sector negotiations are the most efficient instrument for a rapid redistribution of wealth produced in the whole society. Especially, after more than 30 years of constant wage share decrease as shown by the graph below.

Changes in the wage share in Europe (1960-2016)

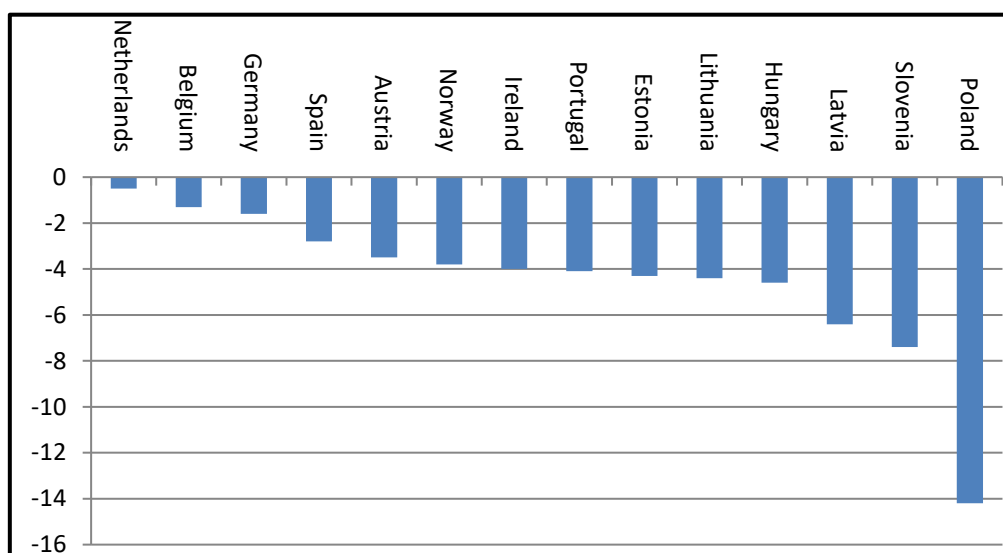


Source: database AMECO

¹²³¹ See Leonardi et al. and Rocha in this book

This situation is particularly concerning in countries which have been under the Troika programmes (Ireland, Spain, Portugal) and in many Central Eastern European but affects also western countries member of the Euro Area (Austria, Belgium, Germany and the Netherlands), as can be seen by the breakdown graph below.

Declining labour shares in the EU 1995-2014 (in percentage points)¹²³²



Source: OECD ECO Working Paper 2017/5

Another paradox in the Commission's narrative is that of predictability of wage dynamics. As previously noted, one year the EC considers the Estonian bargaining system the most efficient as totally decentralised. Some months later it complains that negotiated pay rises are not responsive to productivity and economic performances. Again, sector collective bargaining is an example of how unions and businesses can be responsible macroeconomic actors. This testify once again that strong social partners are an added value for the economy and society as a whole.

Someone may argue that, if unions and/or employers' organisations are weak or not representative to negotiate wage increases and to conclude binding collective agreements, this is not the fault of the European Commission, nor of the governments. This is not completely true. Collective bargaining, and social dialogue in general, needs a supportive framework – either legal or institutional – enabling social partners' negotiations. Something which is of course in place in those Member States with strong industrial relations traditions and which is missing or has been dismantled due to recent reforms in many others. As well explained by ETUC General Secretary Luca Visentini – in his speech given at the conference 'End Corporate Greed. Europe - and the world – needs a pay rise' – *“without such frameworks, we will never be able to address the gap in wages and working conditions between Western and Eastern Europe, nor social dumping”*. Thus, the

¹²³² R. Janssen, Why pay rises are a plus for the economy, academic paper developed for the ETUC campaign “Europe needs a pay rise”, available here: <https://payrise.eu/get-the-facts/>.

ETUC, via its pay rise campaign, is spreading the key message that Europe needs wage increases achieved through collective bargaining, notably national sector negotiations.

For too long policy makers have been overlooking the vital functions of collective bargaining, especially at national sectoral level. The European Pillar of Social Rights is an unprecedented occasion to finally revert this trend and create an upward convergence across EU Member States. In the 20 principles put forward by the Commission there is a clear indication of the role the social partners may (and have) to play for its effective implementation via social dialogue and collective bargaining. The Commission promised that the 2018 cycle will be the first round of the new “social semester”, intended to start implementing such 20 principles. Hopefully, this will not remain just void words on paper. Europe may not have many further chances to progress toward and remain faithful to the key objective of the European integration project: prosperity for all.

Bibliography.

Arrigo, Cilento, Limardo, Tecniche legislative e politiche del lavoro. Qualità dei processi decisionali e del linguaggio normativo per riforme moderne ed efficaci, Editoriale Scientifica (2016)

Clauwert, ETUI, The country-specific recommendations (CSRs) in the social field. An overview and comparison. Update including the CSRs 2017-2018 (2017)

European Commission, Annual Growth Survey 2017 (2016)

European Commission, Country Report Cyprus 2017 (2017)

European Commission, Country Report Germany 2017 (2017)

European Commission, The Five Presidents' Report (2015), available here: https://ec.europa.eu/commission/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_en

ETUC, Resolution on low and minimum wages (2017), available here: <https://www.etuc.org/documents/etuc-resolution-common-strategy-low-and-minimum-wages#.WcghvMirRdg>.

ETUC, ETUC for Growth and Social Progress 2017 (2016) available here: https://www.etuc.org/system/files/eu_semester/file/161011_etuc_priorities_on_the_agr_2017_en_adopted.pdf.

Janssen, Why pay rises are a plus for the economy, academic paper developed for the ETUC campaign “Europe needs a pay rise” (2017), available here: <https://payrise.eu/get-the-facts/>.

Italian collective bargaining at a turning point*

Salvo Leonardi¹²³³ - Maria Concetta Ambra¹²³⁴ - Andrea Ciarini¹²³⁵

1. Introduction.	401
2. The structure of collective bargaining in Italy: actors, norms and processes.	402
3. What kind of decentralisation? Challenges and changes from 2009 to 2014.	406
3.1 Weakly organised: the Tripartite Agreement for the Reform of Collective Bargaining of 22 January 2009.	407
3.2 Totally disorganised: the 'corporatisation' of the FIAT/FCA model.	408
3.3 Decentralisation under 'New European Economic Governance': Article 8, Law No. 148/2011.	409
3.4 Coordinated decentralisation: the inter-confederal agreements on representativeness and bargaining 2011–2014.	410
4. Recent trends in collective bargaining.	411
4.1 Recent renewals of national industry-wide agreements.	412
4.2 Coverage and contents of secondary-level collective bargaining.	413
5. Survey of the metalworking and trade sectors.	416
5.1 The Italian metal industry in the aftermath of the crisis.	416
5.1.1. The metal industry in Italian industrial relations. Structure and actors.	417
5.1.2 The most recent national industry-wide agreement.	419
5.1.3 The trade union viewpoint.	421
5.1.4 Final comments.	422
5.2 The Italian trade sector after the economic crisis (2008–2014).	423
5.2.1 Collective bargaining in the trade and retail sector.	423
5.2.2 Main structural characteristics of the trade sector in Italy: workers and firms.	423
5.2.3 National collective bargaining in the trade sector: actors and processes.	424

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 139/2017

¹²³³ Author of all sections except Section 5.

¹²³⁴ Author of Section 5.2.

¹²³⁵ Author of Section 5.1.

5.2.4 Decentralised collective bargaining in the trade sector.	426
5.2.5 What changes have there been with regard to wages, working conditions and welfare in the trade sector?	427
5.2.6 Critical issues and perspectives.	429
6. The strategies of the social partners.	430
7. The challenge of the 'Jobs Act' and fiscal incentives for firm-level bargaining.	431
8. Final remarks.	433
References.	436

1. Introduction.

In the past eight years the Italian system of industrial relations has been undergoing a prolonged transitional phase (Carrieri and Treu 2013; Barbera and Perulli 2014; Leonardi and Sanna 2015; Guarriello 2014; Gottardi 2016). The numerous events that have occurred have changed some of its traits within a relatively short period. The various causes are both exogenous and endogenous, economic as well as institutional. The main exogenous factors are globalisation, the financial crisis and the economic downturn, as well as interventions by international institutions in national policy-making. This scenario is to some extent shared with other countries and is currently exerting pressure on different models of industrial relations (Katz and Darbshire 2000) towards neoliberal convergence (Streeck 2009; Baccaro and Howell 2011). Under growing pressure from so-called 'New European Economic Governance' (NEEG), many national lawmakers – and especially in the Southern European countries (Rocha 2014; J. Cruces et al. 2015; Leonardi 2016) – have stepped up deep labour law reforms, with the purpose of reducing the traditional prioritisation of multi-employer bargaining and the favourability principle, allowing company-level agreements to derogate *in pejus* from higher bargaining levels or even labour legislation (Marginson 2014; Van Gyes and Schulten 2015; Bordogna and Pedersini 2015; Cella 2016).

The endogenous factors include the structural weakness of the Italian economy, with its macro-economic imbalances, territorial and social dualisms, stagnating productivity and competitiveness, inadequate development of human capital and very segmented labour market. However, problems in the field of industrial relations are also relevant. In the European Commission's 2016 country report on Italy, the national collective bargaining system is described as 'unclear and unspecified'. Based on collective agreements binding on only the signatory parties, its effects are uncertain and of limited impact. Extension *erga omnes* is not automatic, the assessment of trade union representativeness is not yet operational, and bargaining at the enterprise level and productivity rates remain underdeveloped (European Commission 2016).

Most of the Commission's remarks are on target. The Italian collective bargaining system is in fact a complex and precarious mishmash of obscurely stratified conventional and statutory interventions. The public sector, large-scale private industry, banks, craft industry and SMEs, as well as agriculture all have their own systems, with framework agreements that often remain in place even though they have expired, without being properly updated or replaced.

Meanwhile, the country has been suffering what the Governor of the Bank of Italy and other commentators have described as *the worst years in its peacetime history*. Between 2007 and 2013, in particular, GDP fell by 9 percentage points, industrial production by 25 per cent and investment by 30 per cent, while the unemployment rate has doubled and productivity has stagnated. Social distress persists, productivity remains low and workers are still not feeling any positive effects from a very timid economic recovery (+ 1.5 per cent is expected for the end of 2017). Between 2009 and 2016, real wage dynamics (adjusted for inflation, which is still low) remained lower than in the pre-crisis years. Wages decreased by 2.3 per cent in 2011–2012, when inflation was higher than expected, but increased by more than 2 per cent in 2013–2015, when the cost of living fell markedly (by 0.5 per cent per year, on average), below what had been laid down in the collective agreements (Banca d'Italia 2017). The unemployment level is still almost double that of the pre-crisis years, while precarious work continues to hinder progress with productivity and private consumption growth.

In this article, we describe how all these challenges are affecting and transforming some of the key features of collective bargaining in Italy. The recent state interventionism on the labour market and industrial relations has posed a serious challenge to the traditional primacy of multi-employer bargaining and has exacerbated an insidious process of segmentation with regard to labour standards and protections.

Currently, the debates between the social partners and policy-makers concern three co-related issues in particular:

- (i) the political role of the unions and social dialogue, in a period in which tripartite concertation – a pillar of the economic recovery in the 1990s – has repeatedly been given up for dead;
- (ii) the relations between law and collective autonomy in the process of laying down new rules on industrial relations as a whole;
- (iii) the new structure of collective bargaining in a time of epochal changes for labour and the economy.

Generally speaking, the core issues and achievements seem to be as follows:

- (a) how a new reformed collective bargaining system can enhance productivity and national economic performance, which have stagnated for too long; and
- (b) whether, in this context, Italian collective bargaining can still be described as organised – or rather, disorganised – decentralisation (Traxler 1995).

As we will try to demonstrate, the collective bargaining system has preserved a certain degree of organised coordination, despite some attempts to dismantle it, as has been the case in other EU member states during the same period. Social dialogue remains fairly lively and reactive, as clearly indicated by the inter-confederal agreements on representativeness and collective bargaining (2011–2014). The system's capacity and efforts to reform itself should also be appreciated, as should the willingness of the three main trade union confederations to overcome harsh divisions between 2009 and 2011. These developments deserve to be adequately supported by the state by means of auxiliary legislation that – transposing the best outcomes of social dialogue – restores to the system as a whole the certainty, transparency and enforceability that are currently missing.

The situation is very open and evolving and over the coming months we may well see more clearly whether the turmoil of these long, critical years is reaching an end.

2. The structure of collective bargaining in Italy: actors, norms and processes.

Similar to other Latin countries, the Italian system is based on the principle of trade union pluralism, rooted in the ideological conflicts emerging from the ruins of the Second World War. Since the late 1940s, there have been three central union confederations: the General Italian Confederation of Labour (CGIL), the Italian Confederation of Workers' Unions (CISL) and the Italian Union

of Labour (UIL).¹²³⁶

Italian trade unions can still draw on significant power resources (Leonardi 2017). Union density has declined in Italy, too, but the downward trend has been slower and much more contained than elsewhere. It was 41 per cent in 1980 and is now estimated at 38 per cent (Cazes et al., 2017).¹²³⁷ This is still one of the highest rates in the world (ICTWSS 2015), behind only Belgium and the Nordic countries. Italy still has the highest number of trade union members in absolute terms (over 11 million) because of the high number of pensioners who remain affiliated.

The employers' organisational density is estimated at around 50 per cent. Employers' associations are organised according to the size, sectoral type, legal status and political orientation of the affiliated companies, which intersect in various ways (Bellardi, 2016).¹²³⁸ Umbrella confederations are organised – on both the workers' and the employers' sides – in a number of sector/branch peak federations. There are roughly a dozen on the trade union side, but hundreds on the employers' side. This is one reason why there are so many national sectoral agreements, as we shall see. In a single manufacturing sector, there might be at least four national collective bargaining units, according to firm size and type: large, small or medium, craft industry and cooperatives.

The Italian industrial relations system has a high level of voluntarism, at least in the private sector, while in the public sector most aspects are governed by the law. The 1948 constitutional provisions concerning the registration of trade unions and the attribution of bargaining capacity at sectoral level in proportion to the number of members, legal regulation of the right to strike and workers' rights to participate in company decision-making have never been transposed into law. After the Fascist era, in the new democratic system trade unions remained reluctant to be subjected to state control over their internal organisation, while they opted for collective autonomy with regard to strikes and collective bargaining, rejecting state statutory interventionism. Nevertheless, as a result of the spectacular increase in union power after the 'hot Autumn' of 1969, legislation was enacted in the form of the Workers' Statute (Act No. 300 of 1970) to strengthen union rights in the workplace.

Apart from that one, and with regard to the public sector,¹²³⁹ there are no Italian laws regulating either floor wage setting or collective agreements effects. Italy is the only EU member state, be-

¹²³⁶ Unions of minor importance include UGL, originally close to the post-fascists, a plethora of professional 'autonomous' unions, which are particularly strong in the financial sector, public services, schools and transport, and also radical left-wing unions (USB), significant only in individual branches or plants.

¹²³⁷ There are 6 million active members in the three main confederations alone, out of a total of approximately 17 million dependent employees.

¹²³⁸ The Italian trade union landscape is much more fragmented than in the rest of Europe, where the historical and most influential umbrella confederations are Confindustria, which affiliates medium-large manufacturing enterprises, Confapi (SMEs), Confartigianato and CNA (craft sector), Confcooperative and Lagacoop (cooperatives), ABI (banks), ANIA (insurance), Confcommercio, Confesercenti (trade) and Confagricoltura (agriculture).

¹²³⁹ Since the late 1990s there has been a law concerning the selection of representative unions that are entitled to bargain (Legislative Decree No. 296/1997 and 165/2001, Art. 43). Unions need to pass a threshold of 5 per cent to take part in national collective bargaining, whereas a final agreement is binding if signed by unions representing at least 51 per cent of the relevant workforce. These thresholds are calculated as a weighted average between votes and members in the branch's companies.

sides Sweden and Denmark, that has neither a statutory minimum wage nor a formal administrative extension procedure to guarantee universal coverage of collective agreements (Leonardi 2017).

Collective bargaining depends on mutual recognition by the social partners; collective agreements are acts of private law, considered as expressions of the signatories' self-regulatory capacity and subject only to the general provisions of the Civil Code of 1942. Collective agreements are not legally binding, so their contents are formally enforceable only by the signatories' affiliates. The law has primacy over collective agreements, and collective agreements over individual agreements. Statutory rights and conventional minimum standards cannot be derogated *in pejus*, but only *in mejus*, by lower level collective or individual agreements.¹²⁴⁰ If more than one industry-wide agreement is signed in the same contractual unit – as is happening more and more often – the Courts tend to favour the one signed by 'comparatively the most representatives', applying a series of measuring criteria. But it is not always easy.

Since the signing of the tripartite agreement on 23 July 1993, the Italian collective bargaining system has been two-level and articulated hierarchically, with priority given to national industry-level collective labour agreements, followed by company-level agreements, or, alternatively, territorial agreements, where firms are too small and there are no workers' representatives, as in such sectors as crafts, agriculture, construction, retail and tourism.

National sectoral bargaining is the core of the system. It establishes a floor of rights and standards that secondary-level bargaining – which is facultative – must comply with, integrating, adapting and generally improving pay and working conditions, in accordance with the favourability principle. Among their main tasks, national agreements establish sectoral wage floors according to different job levels, protecting wage earners' purchasing power against inflation. As no formal extension mechanisms are provided to widen agreements' binding effect, a problem might arise in terms of equal treatment among workers employed in the same branch, territory or even company. Such problems could be particularly acute in the case of minimum wages. The problem has found an indirect solution – a sort of functional equivalent – based on judicial resort to Article 36 of the Italian Constitution. It states that employees' remuneration must be '*commensurate* with the quantity and quality of their work and in any case *sufficient* to ensure them and their families a free and dignified existence'. As interpreted by the labour courts, this concept of *commensurate and sufficient pay* corresponds to the wage floors, differentiated by job classification, set up by the national sectoral agreement to which the individual worker is subject. The collectively agreed base wage is inserted automatically into individual employment contracts and represents the minimum, not liable to eventual derogations. In this way, the system achieves the double objective of having a 'constitutional' minimum wage, laid down by law or administrative extension procedures, and preserves trade union sovereignty over wage bargaining.

Collectively agreed minimum wages are, on average, higher both in absolute terms and relative to the median wage (Kaitz index), estimated to be the highest in Europe, at 80 per cent (ratio

¹²⁴⁰ By virtue of Art. 2077 of the Civil Code, clauses and terms of individual contracts, pre-existing or subsequent to the collective agreement, are by law replaced by those of the collective agreement, except if it contains special terms that are more favourable to employees. However, waivers and transactions concerning employee rights covered under mandatory provisions of laws and contracts or collective agreements, are not valid (Art. 2113).

between the minimum and the median wage) (Kampelmann et al. 2014).

Table 1 Hourly sectoral minimum wages, Italy, 2008–2015 (euro/hour and Kaitz index)

Year	Hourly Minimum wages	Kaitz index (% of median)
2008	7.99	74.62
2009	8.22	74.88
2010	8.46	75.13
2011	8.91	78.35
2012	9.06	76.07
2013	9.22	76.20
2014	9.32	80.53
2015	9.41	79.95

Source: Garnero's calculation based on ISTAT negotiated wages database LFS, 2017.

Table 2 Hourly sectoral minimum wage by sector, Italy (euros/hour and Kaitz index, 2015)

	Hourly minimum wages	Kaitz index (% of national median)
Agriculture and mining	7.70	59.44
Manufacturing, electricity	9.47	73.11
Construction	8.55	66.03
Retail trade	8.43	66.11
Transport	8.95	69.08
Hotels and restaurants	8.41	64.92
ICT	9.19	70.94
Finance and insurance	12.95	99.97
Public administration	9.72	75.04

Source: Garnero's calculation based on ISTAT negotiated wages database LFS, 2017.

The lack of a legal extension mechanism has not impeded a very high collective bargaining coverage, never estimated to be below 80 per cent by international sources and an impressive 99.4 per cent by national sources (CNEL-ISTAT 2015). Employees in all branches and companies are – in theory at least – covered by a multi-employer agreement. At the moment, there are 809 signed and archived agreements (CNEL 2016). However, non-compliance rates are not negligible in a country in which levels of evasion – for example, via informal workers or bogus self-employment – are among the highest in a sample of EU countries. In particular, ‘wages at the bottom of the distribution appear to be largely unaffected by minimum wage increases’ (Garnero 2017). According to this source, 10 per cent of workers, on average, are paid one-fifth less than the reference minimum wage, with peaks of 30 per cent in agriculture and 20 per cent in hotels and restaurants, SMEs, in southern Italy, and among women and casual workers.

The proportion of national sectoral wages covered by collective bargaining stands at about 88 per cent in the private sector and over 90 per cent in the public sector. The remainder is variously composed of collectively or individually negotiated pay (*restricted wage gap*) and/or other elements, such as overtime pay (Fondazione Di Vittorio 2016).

The second level of collective bargaining can be company-based or, alternatively, territorial (common in sectors in which very small enterprises or casual work are prevalent). Its aim is to respond to and stimulate corporate flexibility and competitiveness. It is not compulsory but rather facultative and usually depends on the presence of unionised works councils. Since the national industry-wide agreement sets minimum pay levels, taking into account only purchasing power, at company level pay rises – in the form of variable remuneration – depend on performance-related indicators (productivity, profitability, quality, attendance). Productivity in particular, the Achilles heel of the whole economic system, is assumed to be the driver of any attempt to promote economic development. Since 2007, a number of laws and decrees have been promulgated in an effort to promote performance-related wage increases, with the introduction of some tax concessions to support company-level bargaining (see below, § 7)

With regard to the actors concerned, national negotiations are conducted by the sectoral social partner federations, while the firm level is the prerogative of the unitary union representative body (*Rappresentanze sindacali unitarie* or RSU). In the recent past, the RSU has been complemented by the territorial sectoral unions, signatories of the higher-level agreement in force in the company, to confer stronger vertical and infra-associational coherence on the two-tier system. The RSU, whose members are elected by members and non-members, is the single channel of workplace representation and may be elected in companies with over 15 workers.

3. What kind of decentralisation? Challenges and changes from 2009 to 2014.

Over the years, the Italian collective bargaining system, although theoretically well designed in the 1993 framework agreement, has encountered practical limits, as well as significant criticism. The growth of productivity and wages, which largely depend on company-level bargaining, have suffered from the failure of the latter to take off. The paucity of statutory norms with regard to social partner representativeness and collective bargaining effects has paved the way for uncertainty and bitter disputes, including before the courts. Union representativeness has become a thorny issue as relations between the major confederations have worsened over the years, following the enforcement of a number of key agreements despite the fact that a majority of would-

be signatories did not back them.¹²⁴¹ Another difficult issue has been collective bargaining decentralisation. Moving on from the archetypical 'organised decentralisation' designed in 1993, we have entered a phase of rapid changes, aimed – to various degrees and through different processes – at strengthening the decentralisation of collective bargaining. The major changes occurred from 2009, a year after the international financial crisis commenced. Schematically, the timeline of the major changes (presented below) has been non-linear (Leonardi and Sanna 2015):

1. Weakly organised: the Tripartite Agreement for the Reform of Collective Bargaining (2009);
2. Totally disorganised:
 - from the bottom, the *Fiat model* (2009–2010);
 - from the top, *Article 8 of Act. 148* (legal reform adopted just after the ECB request to the Italian government (2011));
3. Organised decentralisation: the three inter-confederal agreements on representativeness and bargaining (2011, 2013, 2014).

3.1 Weakly organised: the Tripartite Agreement for the Reform of Collective Bargaining of 22 January 2009.

On 22 January 2009, a *Tripartite Agreement for the Reform of Collective Bargaining* was signed by the government and the social partners. CGIL did not participate, however, due to its opposition to a number of clauses related to decentralisation and industrial unrest. This was followed by an inter-confederal agreement signed with only Confindustria, in April of the same year (and again without CGIL), which introduced a number of changes to the system in force since 1993 (Bellardi 2010). The new rules safeguarded the two-level structure of collective bargaining, with the provisions of sectoral collective agreements continuing to serve as a minimum nationwide threshold within the sector, but with the aim of empowering the second level of collective bargaining. The duration of sectoral agreements has been harmonised at three years for both normative and economic parts (previously, durations were four and two years, respectively). A new *Harmonised Indices of Consumer Prices* (HICP) replaces the old 'foreseen inflation rate', fixed through tripartite concertation, as was previously the case. Unlike in the past, the restoration of purchasing power will not be full, since the new indicator excludes imported energy costs. The gap between forecasted and real inflation will be taken into account only if it is deemed 'significant' at inter-confederate, not sectoral level. With a view to including workers not covered by company-level bargaining, the sectoral agreement will set a guaranteed minimum increase, just for them. Decentralised agreements are to last three years (previously four), covering topics defined by sectoral agreements or legislation and which did not concern those already regulated at other bargaining levels.

One achievement of the 2009 agreements was an incremental strengthening of second-level bargaining, at company level. The agreement adopted changes implying the unprecedented possi-

¹²⁴¹ This occurred with the tripartite agreements on the labour market (2001) and the collective bargaining system (2009); in some important industry-wide agreements, such as the tertiary and metalworking sectors (2008–2010); and at company level, in some big companies, such as FIAT (2010). In all these cases, CGIL and its federations were cut out of the deal.

bility to introduce opening clauses, allowing deviations from national agreements. This was probably the most controversial aspect of the new system and the reason why CGIL refused to sign. Until then, derogations *in pejus* were allowed only exceptionally in territorial pacts in order to cope with economic underdevelopment and/or a high level of undeclared work. In any case, they were hardly ever put into practice.

Although not signed by the largest trade union confederation, the 2009 agreement did not prevent unions from renewing all industry-wide agreements in a unitary way in the following years. The glaring exceptions were the national agreements in two very important sectors – trade and metalworking, accounting for five million workers – from which the CGIL federations were left out.

3.2 Totally disorganised: the 'corporatisation' of the FIAT/FCA model.

At company level, the most controversial instances, as they concerned the country's most important private employer, were some agreements signed at FIAT plants in 2009 and 2010. The company left the national employers' association and its stratified system of agreements to sign a new, unprecedented first-level agreement, de-linked from the metalworking industry-wide agreement. The agreements were signed by the CISL and UIL sectoral federations (FIM and UILM), and not by CGIL's (FIOM). This new system recognises union representation with regard to the signatory organisations only (no matter how many members they have or the number of votes they received). Unions that refuse to sign firm-level agreements – such as the historical FIOM-CGIL – are excluded from representation within the workplace. Through a sort of closed shop, it is not the unions' real representativeness (by votes and/or members) that enables them to sign collective agreements but, on the contrary, their willingness to sign agreements that cause signatory unions to be recognised by the company. In order to guarantee full enforceability and effectiveness of the agreements, and to prevent all possible forms of workers/unions dissent, a more binding limitation of the right to strike was introduced, with sanctions for unions and for individual workers (even dismissal) in case of violation of the peace clause. Last but not least, FIAT management convened a workers' referendum on the new system, which also included several changes to working time and shifts, holding over them the threat that they would close plants (Pomigliano and Mirafiori) if a 'no' vote prevailed, transferring production to Poland. Under such pressure, the workers voted in favour of the new system by a slight majority. The dispute paved the way for a harsh period of conflicts and reciprocal accusations within the national trade union movement. Since then, FIOM-CGIL has campaigned unceasingly against the new model, registering a number of successes at the case law level, leading up to a final ruling by the Constitutional Court (Sent. no. 231/2013), which denounced the FIAT/FCA system as unconstitutional. This implies that a comprehensive law, embodying democratic and transparent rules on representation and bargaining outcomes, is needed.

The FIAT/FCA case is still the only meaningful example of a company-level agreement was signed that fully substituted, rather than merely complementing the industry-wide agreement. For that reason, it is considered very controversial and potentially destabilising for the whole system by many Italian labour lawyers, who consider this case to be a risky template for the total 'corporatisation' and even 'Americanisation' of the system.¹²⁴²

¹²⁴² Among others, Bavaro (2012) and Romeo (2014).

3.3 Decentralisation under 'New European Economic Governance': Article 8, Law No. 148/2011.

In the summer of 2011, amidst the turmoil in the financial markets Italy's economic situation seemed to worsen. The Berlusconi government was weakened by internal cleavages and mistrusted by financial markets and European institutions alike. Private foreign capital withdrew and the country seemed to be in need of an IMF intervention. At that moment the country was perhaps the main concern of European policy-makers. Then, on 5 August 2011, a 'secret' ECB letter asked the Italian government to reform (i) the pension system, in particular the eligibility criteria for seniority pensions and the retirement age for women; (ii) the labour market, making it easier to dismiss individual employees; and (iii) collective bargaining, allowing firm-level agreements to tailor wages and working conditions to individual firms' specific needs. Clearly, despite the many and deep changes already introduced, the narrative from the EU institutions was that these changes had been insufficient. In their view, collectively agreed wages in Italy are over-centralised and insufficiently responsive to labour market conditions and firms' capacity to pay, with second-level bargaining insufficiently developed.

In a few months, the Parliament approved an austerity package, including all the measures that 'Europe' had requested. As a result the role of social dialogue was completely marginalised. The social partners were barely consulted and their opinions hardly considered. Surprisingly, social mobilisation and unrest remained far below what might have been expected; for instance, there was just a three-hour strike over the reform of the pension system that postponed the retirement age.

Article 8 of Law Decree No. 138 of 12 August 2011 (converted into Law No. 148/2011 by means of a vote of confidence), entitled '*Support for proximity collective bargaining*', was the Italian government's immediate answer of the ECB's letter (Garilli 2012; Chieco 2015). Indifferent to the willingness already expressed by the most representative social partners, the inter-confederal agreement having been signed just a few weeks previously (28 June), the government introduced the possibility for 'specific agreements' signed at company or territorial level to deviate from the law and national industry-wide collective agreements. Such derogating agreements must be formally justified in terms of the following: increasing employment; managing industrial and economic crisis; improving the quality of employment contracts; increasing productivity, competitiveness and pay; encouraging new investments and starting new activities; enhancing workers' participation; or putting a stop to illegal labour. The range of topics with regard to which opting out is now possible is very large and includes working time, the introduction of new technologies, changes in work organisation, job classification and tasks, fixed-term and part-time contracts, temporary agency work, transformation and conversion of employment contracts, hiring and firing procedures and the consequences of the termination of the employment relationship. Exceptions are related to 'fundamental rights', in conformity with the Italian Constitution and international norms and requirements (union rights, discriminatory dismissal, pensions).

For the first time in Italy a national law has established, for the private sector, that company or territorial collective agreements shall have a binding effect 'on all the workers concerned', if they are signed by the 'trade union organisations operating in the company following existing laws and inter-confederal agreements'. With such a clause, Article 8 should at least avoid the promotion by employers of fictitious or 'yellow' representatives with the sole aim of eluding regular collective agreements. The new proximity agreements become valid and binding for all employees concerned if approved by a majority of union organisations, based on the abovementioned rules.

Decentralised bargaining, in the intention of the lawmaker, is supposed to become the new core of the whole system, with the industry-wide level, in turn, relegated to a more or less residual role. Broadly denounced and stigmatised by most trade unionists and scholars, as a result of Article 8, derogations, which previously were exceptional, would become the norm, reversing the traditional hierarchy in labour law (Perulli and Speziale 2011; Bavaro 2012; Gottardi 2016).

3.4 Coordinated decentralisation: the inter-confederal agreements on representativeness and bargaining 2011–2014.

Meanwhile, on 28 June 2011, Confindustria and the three main union confederations (CGIL included this time), signed an inter-confederal agreement, with a double purpose: (i) defining measurable criteria for union representativeness and the bindingness of company agreements; (ii) enhancing collective bargaining decentralisation, with the possibility of opening clauses at company level, but in the framework established by the primary, national level.

In a general climate of uncertainty and national worries about economic turmoil – with a request from the EU institutions in the air – the Italian social partners made a first attempt to self-reform the system, before the government could pre-empt them, aware of what had just happened in Spain.¹²⁴³ As we have seen, it was wishful thinking.

The terms of the 28 June agreement were confirmed repeatedly: first, in September 2011, in reaction to the unwelcome and unilateral intervention of the law, in the form of Article 8. Afterwards, on 31 May 2013 and on 10 January 2014, the signatory parties returned to the issues of the first agreement of 2011, specifying its operationalisation in detail (Carinci 2013; Zoppoli 2014; Bavaro 2014; Barbera and Perulli 2014). The text of 10 January 2014 was supposed to be a new inclusive text on the whole subject of union representativeness and collective bargaining.¹²⁴⁴ Other sectors and associations, after Confindustria, beat the same path, signing similar agreements on trade, cooperatives and services with the social partners.¹²⁴⁵

In order to be considered sufficiently representative, and so admitted to national collective bargaining, trade union associations need to pass a 5 per cent threshold. It is calculated as a simple average of the votes obtained at the works council elections and branch members, collected and certified by the National Institute for Social Protection. A sectoral agreement is binding if signed by the unions representing least 50 per cent + 1 of the workforce and – importantly – after a ‘certified consultation’ of the workers, if approved by a simple majority of votes.

At company level, the normal employees’ representative body is the abovementioned *RSU*. Its elections can be contested by electoral lists presented by trade union organisations adhering to the associations that have signed the framework or sectoral agreement at the company, or even others, on condition they accept the rules and obtain a minimum number of signatures among the workers. A company agreement will be valid and binding if approved by the majority of *RSU*

¹²⁴³ During those weeks, in fact, the Spanish government had interrupted social dialogue, intervening unilaterally in bargaining decentralisation.

¹²⁴⁴ Testo Unico su rappresentanza e contrattazione collettiva.

¹²⁴⁵ There were a few differences and amendments concerning the specific criteria for defining representativeness and secondary-level bargaining, considering that in branches with many SMEs and casual workers, works councils may cover only a small proportion of employees.

members. For companies with *rappresentanze sindacali aziendali* (RSA), designated by the unions and not elected by all the employees, a firm agreement will be binding for all if approved by the majority of RSA members. In this case, the draft agreement can be subject to a referendum if at least one of the organisations signing the inter-confederal agreement, or at least 30 per cent of workers in the company, request it within ten days of the signing of the agreement.

It is worth underlining that at both levels representative democracy and the majoritarian principle are supplemented by direct democracy and referendums.

Once approved in accordance with such a procedure, again at both levels, the dissenting signatory organisations are barred from taking industrial action if they are in a minority. Through intra-associational coordination, the signatory parties have to exert influence over their affiliates in order to make the agreement fully enforceable and binding. Cool-down procedures, established at sectoral level, should prevent and sanction any behaviour that might compromise the enforceability and efficacy of signed agreements.

As regards coordination between national- and company-level bargaining, the primacy of the former is explicitly confirmed, although there is a possibility to negotiate 'modifying agreements' at company level, albeit subject to coordination and in accordance with parameters and procedural limits laid down in the national agreement. Collective bargaining at company level takes place with regard to matters delegated and in the manner defined by the national collective agreement in the sector or by law. External unions can be involved in managing situations of crisis and restructuring, where some deviations from the higher level of bargaining might be required temporarily. Unlike in the case of Article 8 – and this is a very important difference – derogations from statutory norms are not permitted.

4. Recent trends in collective bargaining.

To date, the outcomes of the new system laid down in the inter-confederal agreements of 2011–2014 have not been satisfying, and the new rounds of negotiations in 2015–2017 have not benefitted. In an entirely voluntary system, the data-gathering process has turned out to be fraught, with major difficulties due mainly to the reluctance of many enterprises to provide the required information to the institutes in charge of processing membership data.

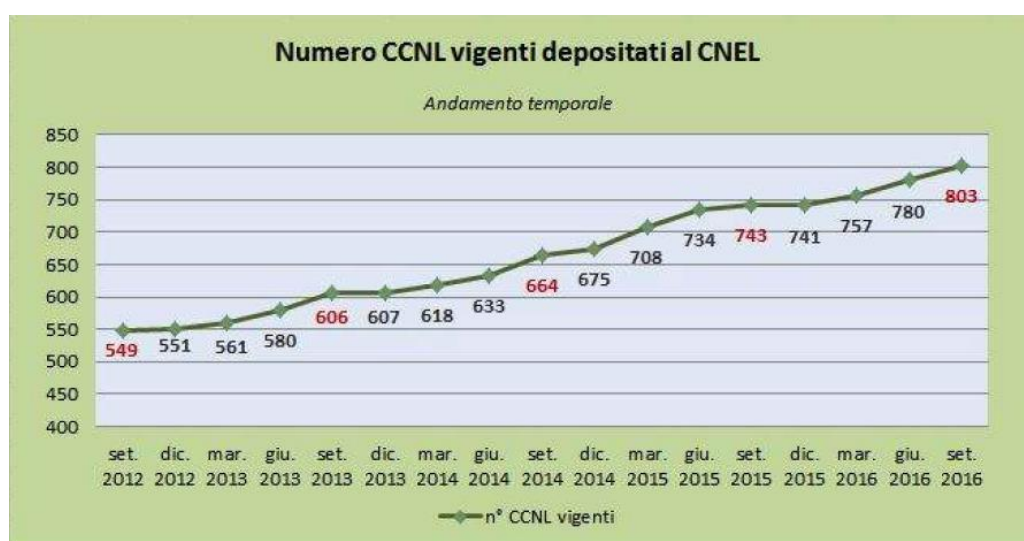
The issue of signatory representativeness, not defined by any law, is the Achilles' heel of the whole system. It not only affects the trade union side, where in fact it has been a cause of severe disputes, but also the employers' associations, whose acute fragmentation continues to be one of the most serious weaknesses of the Italian industrial relations system. Individual companies (FIAT was by far the most famous case), groups of enterprises or branches (such as in the area of hypermarkets and small and medium-sized enterprises) have chosen to exit from their respective trade associations, to create their own new contractual units (Bellardi 2016; Papa 2016). The fragmentation and uncertain representativeness of the employers' associations raise the need to establish transparent and certified parameters, even on this side, with regard to the total number of members and workers. So-called 'pirate' agreements, signed by unknown or ambiguous associations, are undermining the whole system of collective bargaining 'from the top', fostering fraudulent strategies and downward contractual dumping. The cost gap between a national agreement signed by the most representative unions and one signed by others – in the same contractual unit – can be several thousand euros a year and with lower pay rates (by up to 20 per

cent), which is dumping by any estimation. The downward pressure on contractual terms has led the major social partners to moderate wage dynamics in order to limit the adoption of smaller contracts by businesses (D'Amuri and Nizzi 2017)

4.1 Recent renewals of national industry-wide agreements.

According to the CNEL archive, in 2008 some 396 industry-wide agreements were recorded, of which fewer than 300 were endorsed by the large and most representative confederations; at the end of 2016 that figure had risen to a striking 803 (Olini 2016), only 225 of which were signed by the sectoral federations affiliated to the three main confederations. A striking 195 were in the commerce sector only, 60 in transport and an average of 30 in the other main branches: metal, chemical, food, textile, banking and services. Some of them are nothing but 'copy and paste' agreements, but most were conceived with the express purpose of driving down costs and labour standards.

Figure 1 Number of national industry-wide agreements submitted to the National Council of the Economy and Labour (CNEL), Italy



Source: CNEL, Notiziario dell'Archivio contratti, No. 23, October 2016.

In the period 2012–2015, the renewal period for workers whose contract has expired was, on average, 24 months (ADAPT 2017); in 2016–2017, this was increased to 26 months. Strikes were recorded in eight cases.

Between September 2016 and April 2017, over 50 industry-wide agreements – affecting 7 million workers (55 per cent of the total) – were renewed by the most representative social partner associations. As of May 2017, 42 national agreements, concerning 5.8 million workers – 45 per cent of those concerned – were still pending, 15 of them in the public sector (2.9 million employees). After a seven-year freeze – censured by the Constitutional Court – bargaining is once again under way for the renewal of the nationwide agreement covering 3 million public workers.

Nominal wage increases have been scheduled, in two or three tranches, by all the agreements. Amounts differ considerably from sector to sector, but on average they are fairly low once more: 0.8 per cent, according to the Bank of Italy (2017a). Some of them have frozen immediate increases, prolonging agreement duration to over three years. Others (trade and crafts) have abandoned the link to the *Harmonised* Indices of Consumer Prices (HICP), giving the negotiating actors more room to manoeuvre. They all refer an *ex ante* calibration, as in the past, with the important exception of the metalworking renewal, where the real wage dynamic will be calculated and re-stored *ex post*, every year in June, after the official data on current inflation are delivered by the National Institute of Statistics.

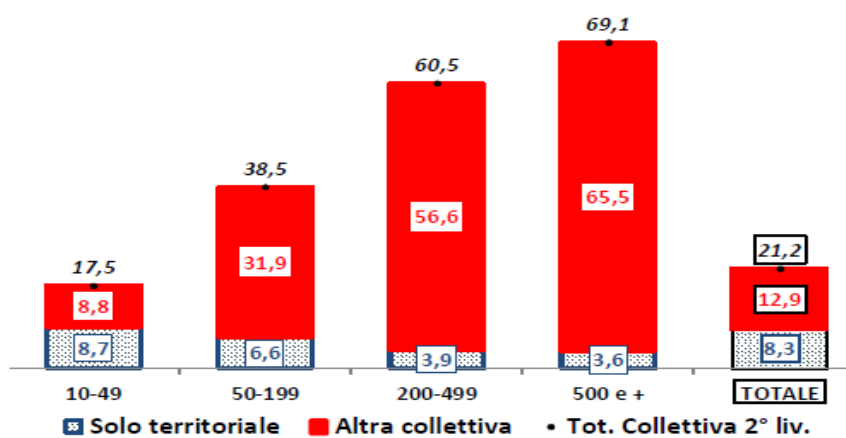
A monitoring study by ADAPT (2017) of a representative sample of texts shows that, after wages, labour market and industrial relations are dealt with in all sectoral agreements. The national agreements reaffirm the two-tier system, national and company (or alternatively territorial), according to the principle of delegation and non-repeatability of individual contractual items and with a substantial alignment with the coordination and specialisation rules defined in inter-confederal agreements, which are authoritative in this respect.

Among recent trends, we would like to underline the growing weight of ‘bilateralism’: the social partners’ management of occupational welfare, through joint bodies and funds. Encouraged by the legislation to provide a stop-gap in the context of welfare state retrenchment, bilateral funds have been established in all sectors. Funded by enterprises, they provide complementary pension schemes, supplementary health insurance and unemployment benefits. For a system traditionally lacking a strong participatory model in industrial relations, bilateralism can be considered the most structured and effective form of participation (Leonardi 2017).

4.2 Coverage and contents of secondary-level collective bargaining.

Unlike other countries, where all collective agreements are collected and archived in public observatories – making fairly precise data available – Italy has nothing of the kind, only sample-based surveys or observatories. However, they all agree that decentralised bargaining is very limited, given the number of enterprises and workers covered. According to the Banca d’Italia, company-level bargaining in the private sector covers the 20 per cent of enterprises with more than 20 employees (D’Amuri and Giorgiantonio 2014; Cardinaleschi 2016; ISTAT 2016; Banca d’Italia 2017). The outcomes presented in ISTAT data and their elaboration by the Fondazione Di Vittorio (2016) are similar. Here, secondary-level bargaining coverage, summing the territorial and company levels, is estimated to involve approximately 20 per cent (21.2 per cent) of firms with more than 10 employees, 13 per cent by firm-level agreements and the rest (8.2 per cent) by territorial agreements.

Figure 2. Companies covered by secondary-level collective bargaining, company or territorial

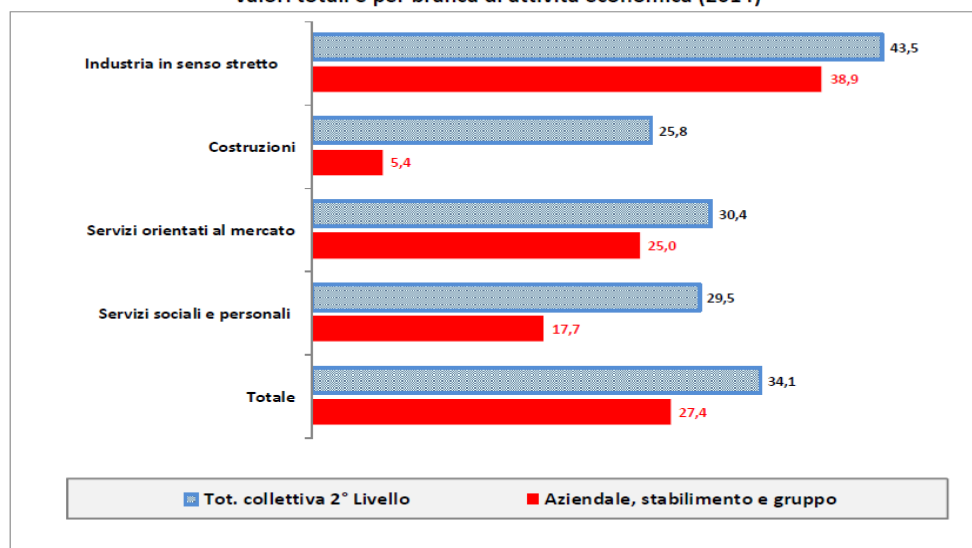


Fonte: elaborazioni FDV da Cardinaleschi e De Santis (2016)-ISTAT-CNEL

The cross-sectoral gap is remarkable, with a fork between the 43 per cent of the industrial sector and the 25.8 per cent of construction, with a mere 5 per cent at company level.

Figure 3 Private sector employees estimated to be covered by secondary-level bargaining, total and by sectors, Italy, 2014

Figura 4. Stima della copertura % della contrattazione collettiva integrativa per i dipendenti privati*: valori totali e per branca di attività economica (2014)



) Esclusi lavoratori agricoli e domestici.

Fonte: elaborazioni FDV su dati INPS (*Imprese del settore privato non agricolo e posizioni lavorative; Osservatorio sui lavoratori dipendenti*), Cardinaleschi e De Santis (2016), ISTAT-CNEL

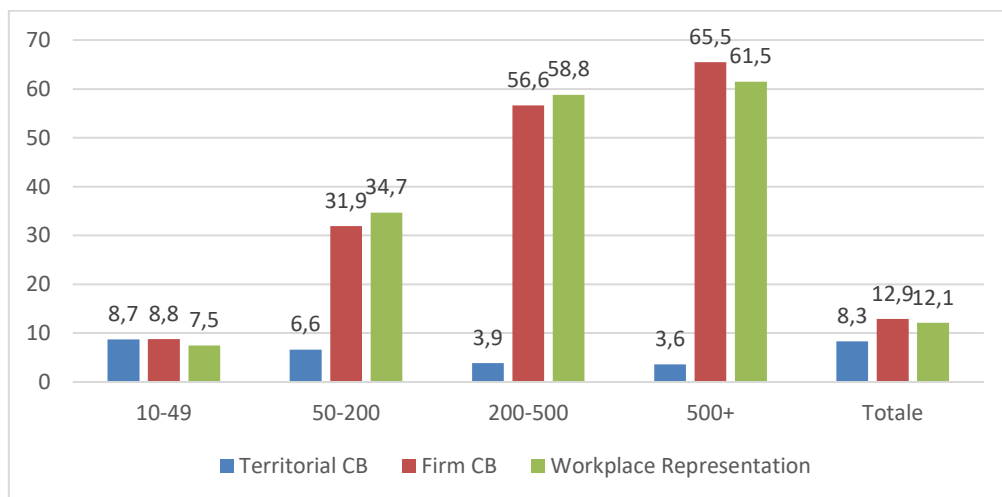
However, the data show a strong territorial polarisation, with a higher concentration in the most economically developed Northern regions, and a substantial absence which affects the Southern regions and the two big islands, where the coverage ratio falls to 11–13 per cent of firms, of which

only 5.7–7.7 per cent are covered by a company-level agreement.

Predictably, firm size matters,¹²⁴⁶ so that there is a strong and clear co-relationship between firm size and bargaining propensity. The spread of firm-level agreements is much higher in large companies, such as those with over 200 employees (60.5 per cent, 56.6 per cent of which at firm level) or over 500 employees (69 per cent, with 65.5 per cent at firm level). It is lower in the other size classes, namely between 50 and 199 workers, where 38.5 per cent are covered, and between 10 and 49 employees, covering 17.5 per cent, split equally between company and territorial agreements. The total proportion of employees covered by a secondary-level agreement in the private sector is approximatively 35 per cent, or 3.7 million workers (Fondazione Di Vittorio, 2016). Other studies reach similar conclusions, according to which between 70 and 75 per cent of Italian wage-earners are excluded by any form of secondary-level bargaining. Wages are 'condemned' never to increase but merely to remain aligned, at best, with the real value they enjoyed when the system was established, in July 1993 (Tronti, 2016)

According to our calculations, the figures on the coverage of company-level bargaining and workplace representation overlap. According to institutional sources (CNEL-ISTAT 2015), elected works councils (RSU) operate in a mere 12 per cent of enterprises. The figure is slightly higher if one includes the other possible form of workplace representation, designated by the unions and not elected by employees (RSA), prevalent in the financial sector. The presence is as low as 8 per cent in companies employing fewer than 50 employees. The majority of companies (60 per cent) with more than 500 employees have a works council (Pellegrini 2017). This is certainly one of the main explanations, perhaps the most important, for the very limited extension of company-level bargaining and agreements (Leonardi 2016).

Figure 4. Companies covered by territorial or firm-level bargaining and works councils (by size and in %)



Source: Authors' elaboration based on CNEL-ISTAT data referring to 2012–2015.

¹²⁴⁶ In Italy, firms under 49 employees represent 98 per cent of all companies, giving employment to 52 per cent of all employees; 93.7 per cent have fewer than 16 employees; 88 per cent fewer than five. At the other extreme, companies with 500 employees or more represent only 0.1 per cent of enterprises, but account for almost 25 per cent of overall employment.

If this is not an encouraging picture in terms of coverage, what about the content of the company-level agreements? According to some surveys, in the period 2012–2016 the matter most commonly addressed was *wages*, present in 77 per cent of territorial and 64 per cent of company agreements (ADAPT, 2015; 2017). According to another study (OCSEL, 2017), *restructuring* was the most frequent issue in 2013–2014 (62 per cent of agreements), followed by wages (23 per cent). In 2015–2016, wages were addressed in 43 per cent and restructuring in 37 per cent of agreements. *Working time* flexibility is another frequent item, whereas *occupational welfare* has been gaining more and more attention in recent collective bargaining rounds, at all levels. A total of 20 per cent of new firm-level agreements include one or more items concerning firm health insurance and a wide range of benefits concerning working life balance, smart working and company day care. This could be further developed, given the robust fiscal incentives given by the government for such arrangements in firm-level agreements. Finally, *work organisation* is tackled in 11 per cent of the sample – especially shift work – up from 6 per cent the previous year (OCSEL, 2017).

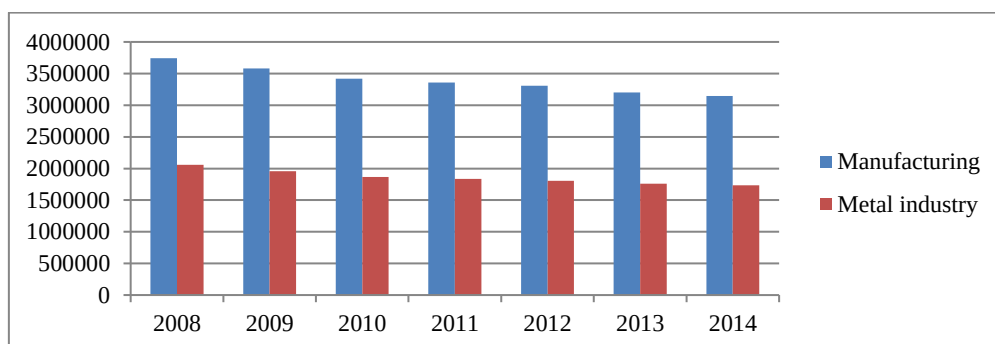
It is important to underline here that disorganised decentralisation, with firm-level agreements used as an open alternative to sectoral ones, has not taken place. Empirical surveys all agree that derogating from sectoral agreements concerns probably between 5 and 10 per cent of company agreements (Tomassetti, 2015; OCSEL-CISL, 2016; Olini, 2016, ADAPT, 2017). Work organisation and working time are the most prevalent topics. This is good news, but we cannot completely exclude the possibility that the existence of derogating agreements is simply insufficiently known, as their signatory parties, on the union side, are not interested in publicising them (Imberti, 2013).

5. Survey of the metalworking and trade sectors.

5.1 The Italian metal industry in the aftermath of the crisis.

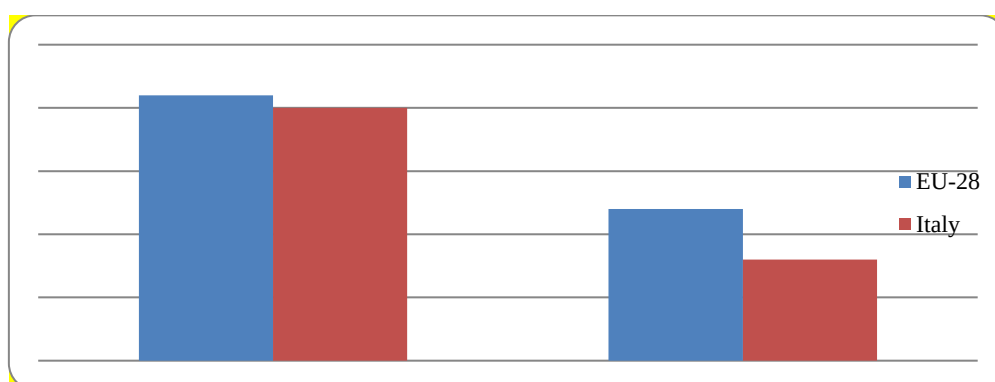
A total of 1.6 million people work in the metal industry in Italy, one of the highest figures in Europe. Its added value in 2014 amounted to 113 million euros, corresponding to 55.3 per cent of the Italian manufacturing sector's gross value added (GVA). The bulk of this is concentrated in two sub-sectors: the manufacture of machinery and equipment (n.e.c.) and the manufacture of fabricated metal products, excluding machinery and equipment. The number of active enterprises registered in 2014 was 196,507, representing 5.2 per cent of the total economy (excluding finance and insurance). As in many other European countries, the manufacturing sector in Italy has witnessed a constant decline in recent decades, in terms of both companies and employment (see Figure 5). The economic crisis that started in 2008 aggravated this trend. Between 2008 and 2014 the workforce in the metal sector shrank by more than 324,000 (–12.5 per cent). Unlike the manufacturing sector, the metal industry is characterised by bigger than average enterprises. However, value added decreased steadily in the years of the crisis (see Figure 6). This trend had serious repercussions for both employment levels and labour productivity, which fell steadily compared with the European average.

Figure 5. Employment trends in the metal industry and manufacturing sector in Italy, NACE Rev. 2, 2008–2014 ('000)



Source: Eurostat Labour Force Survey.

Figure 6. Gross value added at basic prices, 2005 and 2015 (% share of total gross value added)



Source: Eurostat - Economy and finance. National accounts and GDP.

5.1.1. The metal industry in Italian industrial relations. Structure and actors.

Union density in the Italian metal sector is 32.8, slightly higher than that of the manufacturing sector (31.4 per cent) and a bit below the – estimated – national average of 33.4 per cent (Carrieri and Feltrin 2016). The most representative sectoral unions are FIOM-CGIL, FIM-CISL and UILM-UIL. Employer density is estimated at around 50 per cent, with a number of employers' associations. The largest and most influential of the latter is Federmeccanica (affiliated to Confindustria), with more than 16,000 enterprises, employing 800,000 workers. The second is Unionmeccanica (affiliated to Confapi), representing 80,000 small and medium-sized enterprises, employing 800,000 workers, with 400,000 in the metal sector proper). Cooperatives and craft industry have their own confederations and sectoral federations, also in metalworking. In 2013, a new breakaway employers' confederation – Confimi Industria – was founded by local and sectoral employers' associations from Confapi and Confindustria.

The whole metal industry is covered by five main national collective agreements, all signed by the same unions with the various employers' associations, depending on firm size and economic sub-sector: large industry, small and medium, cooperatives, craft and goldsmiths' wares. To date, all the main national collective agreements have been renewed. Only the craft sector has not yet renewed its collective agreement.

Since 1993 collective bargaining has taken place at two levels in Italy. The two-tier bargaining system is based on industry-wide agreements. In recent years trade unions have reinforced the role of second-level bargaining with the aim of increasing flexibility and productivity. In general terms the Italian two-tier bargaining system is made up of high minimum wages negotiated in collective agreements and a relatively compressed wage scale (Garnero 2017). The estimated sectoral Kaitz index¹²⁴⁷ in the metal industry (78.3 per cent) is slightly lower than in the manufacturing sector as a whole (79.88 per cent). A high sectoral Kaitz index corresponds to a substantial number of workers being paid at the minimum wage level, with a very narrow distribution. Alternatively, it may indicate a large number of low paid workers below the minimum wage.

Table 3. Minimum wage and Kaitz index

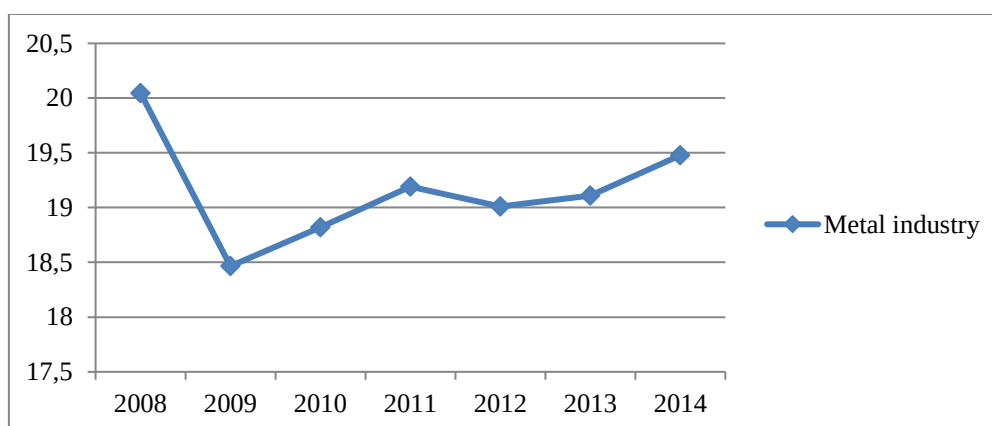
	Annual minimum wage	Annual average wage	Monthly minimum wage	Kaitz sectoral index (percentage of median in sector) Metal sector	Kaitz sectoral index (percentage of median in sector) Manufacturing
Metal sector	16,888.43 euros	21,566.22 euros	1,297.81 euros	78.3	79.9

Source: Authors' elaboration of Garnero (2017) and union documentation.

As reported by Armaroli, Spattini and Tomassetti (2017), pay negotiations in metalworking have, in most cases, been characterised by wage moderation. This trend is confirmed if we look at the metal industry wage share (Figure 7). Despite a steady increase after the recession that started in 2008 this ratio is still far below the pre-crisis level.

¹²⁴⁷ The level of the minimum wage compared with the median wage.

Figure 7. Metal industry wage share, 2008–2015 (%)



Source: Authors' elaboration on business statistics – Eurostat data.

As far as second-level bargaining is concerned, the metal sector shows similarities and differences to the national trend. As already noticed in previous sections there is a close relationship between firm size and decentralised agreements in Italy. Approximately 35 per cent of employees in the private sector are covered by a second level agreement represent, equivalent to 3.7 million workers (Fondazione Di Vittorio, 2016). In smaller enterprises, most employees are not covered by any workplace representation with the consequence that company level bargaining is limited. Due to the higher number of companies in the metal sector with more than 250 employees, second-level bargaining has a higher incidence there than in the rest of the economy. In order to improve flexibility and productivity decentralised and territorial-level bargaining have been strengthened in the past two years, by focusing on company welfare agreements. The new national industry-wide agreement is fairly representative of this new trend.

5.1.2 The most recent national industry-wide agreement.

Negotiations on the new national industry-wide agreement were difficult and protracted, taking more than one year. The last two renewals had been signed without FIOM-CGIL and there was a risk, at the beginning, of a similar outcome. *Confindustria* and its affiliate (*Federmeccanica*) demanded more collective bargaining decentralisation towards the firm level in wage setting. In the metal sector, the biggest company, FIAT, left *Federmeccanica* and *Confindustria* in 2009, so as to overcome what it regards as the 'rigidities' of the collective bargaining system and to implement its own establishment-level contract.

In 2015, metalworker federations presented two platforms to the employers' federation: one FIM-UILM and another FIOM. In the end, they were brought together. *Federmeccanica* presented its own platform, called the '*renovation of the metalworkers' national collective agreement*', calling for just one level of negotiation and a national guaranteed wage only for those uncovered by any collective or individual enterprise CLA (covering just 5 per cent of metalworkers), its amount to be defined every year. Nothing happened in 2016 because wage rises already exceeded real expected inflation. In July 2017 wages are set to be increased based on the previous year's infla-

tion; 260 euros per year as a production bonus or welfare vouchers; an increase in health coverage insurance; permanent training lasting 24 hours every three years; and an increase in supplementary pension.

At the end of difficult negotiations, an agreement was reached in November 2016 with all the most representative trade unions, and signed after the workers approved the draft in a ballot.

Compared with the past, the new agreement provides considerable novelty.

- *Duration*: unlike what had been foreseen in the collective bargaining reform of 2009, the parties agreed to extend the contract from three to four years.
- *Wages*: there was no planned wage increase for 2016, but there was a one-off sum of 80 euros (gross) in 2017 wages. As of 2017, a new inflation adjustment mechanism has been introduced, which is no longer based on expected inflation (on the basis of the foreseen or expected inflation rate) but defined every year ex post, and not ex ante, as in other sectoral agreements.
- *Occupational welfare*, both at sectoral and company level, plays a key role in the new collective agreement. It consists of health insurance, training (24 hours every three years), complementary pensions and a wide range of benefits provided at company level through vouchers. As a consequence of the robust fiscal incentives instituted by the government these changes are expected to introduce substantial innovations with regard to relations between the social partners. New parameters and a different relationship between occupational welfare at company and at sectoral level have been established. Since 1 June 2017, companies have been committed to providing flexible benefits for all workers up to a maximum of 100 euros in 2017, 150 euros in 2018 and 200 euros in 2019. It must be said that the first real increase, in June 2017, was a pitiful 1.5 euros for a typical blue-collar worker. Likewise, supplementary pensions and supplementary health insurance have been extended to all workers. As an alternative to monetary bonuses, workers can opt – entirely or partly – for in-kind welfare services collectively bargained at company or territorial level. The new collective agreement gives a further boost to supplementary pension provision by increasing the contribution rate paid by companies in favour of employees who are members of the National Pension Fund (Cometa), from 1.2 to 2 per cent. As of 1 October 2017, the supplementary health insurance contribution to the sectoral health fund (Metasalute) will be fully borne by the employer, totalling 156 euros per year. The right to supplementary health care has been extended to part-time and fixed-term workers, as well as to workers' dependent family members. In cases in which the company already provides forms of supplementary health care, the collective agreement stipulates that the parties will have to complement the benefits with a contribution to be paid by the company, which cannot be less than 156 euros per year.
- *Training*: the contract focuses heavily on training and the individual right of all workers to choose training related to innovation (linguistic, technological and organisational, transversal or relational skills). This right is currently limited to 24 hours (or 16) over three years, after which there is a 150-hour reinforcement and university training (security training and RLS are also strengthened).
- *Participation*: support for the direct participation, in different ways, of workers (observers and committees in second-tier negotiations and security), the establishment of a new *participation advisory committee* in larger companies (1,500 employees or so) and a national committee on active labour policies.

Compared with the past, occupational welfare and benefits constitute a major novelty, seen as a way to stimulate labour productivity with no direct monetary increases. The flexible benefits included are additional, provided by second-tier negotiations, for all workers. This represents a novelty not only with regard to previous renewals, but also with regard to the FCA agreement. The FCA agreement has only one, corporate level. It provides the possibility of transforming or replacing part of variable remuneration into flexible benefits, to which the company adds a 5 per cent stake. The FCA's welfare plan is defined by agreement between the unions that are signatories to the collective agreement: FIM-CISL, UILM-UIL, FISMIC, UGLM and ACQF, but not FIOM-CGIL. One of the strengths of the FCA's corporate welfare is the fact that it has built up a well-defined basket of services, with the unused welfare services re-absorbed in wages. The national collective agreement works on the basis of a different logic; it is not based on the exchange of services and variable parts of remuneration within the company, but on the coexistence of a national level entrusted with maintaining purchasing power and a second tier that is required to add additional welfare benefits. The vast majority of company agreements have been signed in larger companies, especially multinationals, with more than 1,000 employees, 39.7 per cent of the total (Mosca and Tomassetti 2017). In fact, small and micro-enterprises, where flexible benefits cannot be generated by the economies of scale that are typical of larger companies, are somewhat worried. A second concern is related to the availability of data on the type of services and flexible benefits negotiated in companies. The data show a strong increase in corporate bargaining on the subject of welfare. However, the lack of more detailed information on the sectoral and corporate levels preclude comparisons of the different baskets.

5.1.3 The trade union viewpoint.

The metal workers unions have agreed to wage moderation and new participatory approach to collective-agreement and company welfare, rejecting the abandonment of the national collective agreement. In this exchange Italian metal unions have achieved an attenuation of the strong dualisation initially envisaged in the Federmeccanica proposals. Against this background the trade unions reacted to these pressures by using the new contractual architecture as a tool for re-launching collective bargaining.

Wages and labour costs were the most difficult topic during the long negotiations. As one national official of FIOM-CGIL told us¹²⁴⁸:

At the beginning of the negotiations, employers not only did not accept the wage increases. In a situation of deflation (with both an economic downturn and falling inflation), [perversely] the [company] was actually asking the workers for money back. Enterprises were willing to grant wage increases only to those workers whose wage levels were lower than the minimum. This called into question the autonomy of the national and company levels. At the same time, Federmeccanica's proposal mentioned an integrative health care service borne by the company and the workers. We started from a difficult situation, within a legislative framework that had already created derogations, divisions amongst the workers and a weakening of the national collective agreement.

¹²⁴⁸ Maurizio Landini, General Secretary of the FIOM-CGIL.

Another official from the same organisation¹²⁴⁹ told us that the employers have certainly obtained the low wage increases:

They also obtained a mechanism of total variability with regard to company welfare benefits. Previously when negotiating final agreements, you could bargain for fixed items for everyone. Now they have become variable. We worked on the fact that with occupational welfare we could recover what was lacking with regard to wages. We have extended integrative health care to everyone and made sure that, above all, this responsibility was borne by the enterprises. Federmeccanica wanted everything to be regulated within the company. We managed to get this in the collective agreement and give workers the opportunity to choose between corporate benefits and other forms of contractual welfare (health insurance and complementary pension).

For the FIM-CISL, the focus must be on corporate and territorial negotiations. As we were told in an interview with a leader of the metalworkers federation¹²⁵⁰:

We cannot continue with just the national one. If small enterprises alone cannot activate company welfare plans, it is necessary to reinforce territorial bargaining in order to build economies of scale, in order to activate services. It is also necessary to integrate bilateralism in this design: we have to put together parts of bilateralism in order to strengthen company welfare in small enterprises. That said, a step forward has been made after too many years of divisions. A step forward has been made with respect to Federmeccanica, which was demanding money back. Foundations have also been laid so that the workers can access more services and integrative benefits under the collective agreement.

5.1.4 Final comments.

The metalworkers unions have agreed on wage moderation and a new participatory approach to collective agreement-based and company welfare, rejecting the abandonment of the national collective agreement. In this exchange Italian metal unions have achieved an attenuation of the strong dualisation initially envisaged in the Federmeccanica proposals. Against this background trade unions have reacted to these pressures by using the new collective-agreement architecture as a means of relaunching collective bargaining. Although the new agreement does not grant significant wage increases, it continues to maintain purchasing power. Despite pressure towards disintermediation, the potential destabilisation induced by the FIAT/FCA case – with its company agreement as an alternative to the national industry-wide agreement – did not take place. From such a viewpoint, the sector has maintained a degree of inter-sectoral coordination, with the two traditional levels confirmed. The signatory social partners were able to establish some points, exploiting the innovations provided by the legislation. One point of criticism might be the difficulty that smaller companies are likely to experience in actually realising welfare benefits at plant level, especially the in-kind services that require considerable economies of scale. As matter of fact the development of company welfare in these companies depends on the ability of the social partners to reinforce territorial-level bargaining.

¹²⁴⁹ Roberta Turi, member of the FIOM-CGIL national board.

¹²⁵⁰ Marco Bentivogli, General Secretary of the FIM-CISL.

5.2 The Italian trade sector after the economic crisis (2008–2014).

5.2.1 Collective bargaining in the trade and retail sector¹²⁵¹.

Our aim in this section is to investigate the changes that occurred in the Italian trade sector from 2008 to 2014. First, we describe the main structural characteristics of the trade sector in Italy, focusing on the retail subsector. Then we analyse collective bargaining at national level, highlighting the main actors and processes in trade and retail. Finally, we take a more detailed look at decentralised collective bargaining in the trade sector (at company and territorial level) in order to understand its impact on wages, working conditions and social protection.

5.2.2 Main structural characteristics of the trade sector in Italy: workers and firms.

From 2008 to 2014, the economic crisis led to the closure of 91,908 enterprises in the Italian trade sector as a whole (–8 per cent); more than 57 per cent of this reduction (52,978 firms) was in the retail sector.

Table 4. Enterprises in the trade sector, Italy, by economic activities (2008–2014)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2008/2014	
G45	122,951	120,850	119,348	119,070	118,220	116,895	115,256	-7,695	-6%
G46	422,198	412,049	409,684	406,450	402,596	398,362	390,963	-31,235	-7%
G47	669,893	651,024	644,873	646,623	642,597	638,383	616,915	-52,978	-8%
G	1,215,042	1,183,923	1,173,905	1,172,143	1,163,413	1,153,640	1,123,134	-91,908	-8%

Source: Eurostat. Annual detailed enterprise statistics for trade (NACE Rev. 2 G).

Most of the employment (about 97 per cent) is concentrated in firms with fewer than 10 employees (Table 5).

¹²⁵¹ The trade sector (G) comprises three main subsectors: G45, wholesale and retail trade and repair of motor vehicles and motorcycles; G46, wholesale trade, excluding motor vehicles and motorcycles; and G47, retail trade, excluding motor vehicles and motorcycles. The so-called GDO: Grande distribuzione organizzata (Large Distribution) is included in Retail (G47). We used the Eurostat Annual detailed enterprise statistics for trade (Nace Rev. 2 G) available from 2008 to 2014 (last update 18.05.17; extracted on 04.06.17).

Table 5. Number of enterprises in the trade sector, in Italy (G) by employment size, 2008/2014

	2008		2014	
Total firms in trade sector (G)	1,215,042	100%	1,123,134	100%
0–1 person employed	698,061	57%	658,581	59%
2–9	476,193	39%	428,050	38%
Total 0–9	1,174,254	96%	1,086,631	97%
10–49	37,530	3%	33,508	3%
50 or more	3,258	0%	2,995	0%

Source: Eurostat. Annual detailed enterprise statistics for trade (NACE Rev. 2 G).

In 2014, the total number of persons working in the trade sector in Italy was 3,302,311. However, if you consider only employees, they numbered 1,941,454, about 58 per cent of the whole. This falls further to 1,502,830 if you consider full-time employees (Eurostat, 2016).

Table 6. Workers in the trade sector, Italy, 2008–2014

	2008	2014	2008/2014	
Total working in sector	3,557,898	3,302,311	-255,587	-7%
Number of employees	1,985,710	1,941,454	-44,256	-2%
Number of full-time equivalent employees	1,699,626	1,502,830	-196,796	-12%

Table 7 Workers in retail, Italy, 2008–2014

	2008	2014	2008/2014	
Total of person employed	1,911,419	1,819,749	-91,670	-5%
Number of employee	1,019,525	1,035,752	16,227	2%
Number of employee in full time equivalent	851,303	762,723	-88,580	-10%

Source: Eurostat Annual detailed enterprise statistics for trade (Nace Rev. 2 G).

5.2.3 National collective bargaining in the trade sector: actors and processes.

In the trade sector, there are three main trade union organisations: *Filcams-CGIL*, *Fisascat-CISL* and *Uiltucs-UIL*. These unions represent workers in the largest part of private services, including

trade and retail, restaurants, hotels and cleaning. Their overall number is growing year after year. In 2014 these three trade unions (as a whole) had about 900,000 members.¹²⁵²

Nevertheless, union density in these sectors remains one of the lowest. Union density in the trade sector as a whole was about 17 per cent in 2014 (Feltrin and Carrieri, 2016), lower than in all other sectors.¹²⁵³ However, it is growing, especially in large distribution multinational companies.¹²⁵⁴

There are four main employers' organisations in the trade sector and retail:

(i) Confcommercio; (ii) Confesercenti; (iii) so-called 'cooperative distribution'; and (iv) Federdistribuzione,¹²⁵⁵ representing 'modern distribution companies'.

Confcommercio declares that it has more than 700,000 affiliated firms and almost 2.7 million employees; Confesercenti claims to represent around 350,000 SMEs with more than 1,000,000 employees. According to the last Federdistribuzione data, they represent about 200 large companies and multinationals (such as Carrefour, Auchan, Esselunga, Ikea and so on), with more than 220,000 employees. The problem is that every employer association collects and spread its own data. There does not exist, as in the French case, a law that establishes the criteria to follow to measure the representativeness not only of trade union but also of employer organisations.

Until 2011, *Federdistribuzione* was part of *Confcommercio*; in 2012, they split.

An influential trade unionist underlined that 'the split of Federdistribuzione from Confcommercio occurred after or is somehow linked to Law Decree 201/2011 on liberalisation. Confcommercio has its critics, even though not contrary. Federdistribuzione instead supported liberalisation. This means not only the possibility to keep shops open 24 hours a day but also the possibility of opening new outlets by loosening the criteria established by regions and provinces. [Gabrielli, Filcams CGIL General Secretary]

Such employer segmentation affects the number of national collective agreements in the trade sector. The following are the main agreements signed (or under negotiation) by Filcams CGIL, Fisascat CISL and Uiltucs:

- The national collective agreement for *Tertiary, Distribution and Services (TDS)* with *Confcommercio*, last renewed in March 2015 (it will expire on December 2017).
- The national collective agreement signed with *Confesercenti*, renewed in July 2016.
- The national collective agreement in cooperative distribution (expired in 2013).

¹²⁵² According to trade union data, from 2008 to 2014 Filcams, Fisascat and Uiltucs taken together increased their membership from about 674,426 to 900,993 (+33.6 per cent). Fiom, Fim and Uilm together increased from 654,237 to 655,781 members (+0.2 per cent).

¹²⁵³ According to Visser (2015) union density in Italy was 37.3 per cent in 2013. It is still growing. According to our calculations based on Italian union data and Istat data, in 2014 union density in Italy reached 37.7 per cent.

¹²⁵⁴ According to union data, in 2014 almost 900,000 workers were members of Filcams, Fisascat or Uiltucs. According to Istat data, in 2014 about 2,800,000 workers 15–64 years of age were employed in the trade sector (G), and in hotels and restaurants (I). For this reason union density in trade, hotel and restaurant sectors (g-i) in 2014 cannot be higher than 32.1 per cent. This is an overestimation, since we do not know how many workers, who are union members, are working in other sectors (for instance, as cleaners).

¹²⁵⁵ Federdistribuzione is an umbrella association of five further associations: (i) ADA, Associazione Distributori associate; (ii) ADIS, Associazione Distribuzione Ingrosso e self-services; (iii) AIRAI, Associazioni Imprese Retailers Alimentare; (iv) ANCIDIS, Associazione Nazionale Commercio Imprenditoriale al Dettaglio e Imprese Specializzate Non Food; and (v) Federdistribuzione Franchising.

- Ongoing negotiation for first national agreement with *Federdistribuzione*.

The national collective agreement with *Confcommercio*, last renewed in March 2015, will expire on December 2017. This national agreement was the first jointly signed by all three most representative unions CGIL, CISL and UIL, since Filcams CGIL refused to sign the previous two, in 2008 and 2011. According to Uiltucs data, it covers about 1.2 million workers.

The national collective agreement signed with *Confesercenti* in July 2016 is quite similar to the *Confcommercio* national agreement. One novelty is the possibility to adopt a new type of 'temporary contract'. This agreement allows companies located in tourist places derogations on the limits set by national collective bargaining. According to Uiltucs, it cover about 50,000 workers.

From a normative and economic point of view, national agreements in the trade sector (with *Confcommercio* and *Confesercenti*) are essentially identical. Furthermore, each collective agreement has its own bilateral and autonomous system. (Gabrielli, Filcams-CGIL General Secretary)

The national collective agreement in *cooperative distribution* expired in 2013 and negotiations are still ongoing.¹²⁵⁶ Unions in the past were able to exchange more favourable waging conditions and career development in exchange for labour cost cuts. Cooperative work in Italy can take advantage of the statutory public tax credit to foster the development of cooperative work.

Compared with the agreements with *Confcommercio* and *Confesercenti*, the national agreement for cooperative distribution has slightly higher wages, as it establishes better career paths for workers. (M.G. Gabrielli, Filcams CGIL General Secretary)

Nevertheless, negotiations to renew this national agreement are still under way. According to the Uiltucs national secretary, this national agreement will cover about 80,000 workers.

In recent years cooperative distribution has pushed for reductions in wages and labor costs in order to be more competitive than other private (and non-coop) firms. (Marroni and Uiltucs National Secretary)

Also still open are the negotiations on the national agreement with *Federdistribuzione*, which covers about 220,000 employees. The situation is now fraught, due to a halt in negotiations. In the words of an official of Filcams CGIL:

At the beginning, there were different approaches. Fisascat CISL was more inclined to negotiate with *Federdistribuzione*, while Uiltucs was more hostile because of its historically stronger relationships with *Confcommercio*. We, CGIL, have opened a negotiation in a coordinated way by presenting a unique platform (with equal wage increases) for all the employers' organisations, namely *Confcommercio*, *Confesercenti*, *cooperative distribution* and *Federdistribuzione*.

5.2.4 Decentralised collective bargaining in the trade sector.

In November 2016, *Confcommercio* signed an inter-confederal agreement with CGIL, CISL and UIL in order to establish a new system of industrial relations. This agreement refers to a previous text on representativeness, signed on November 2015, in which *Confcommercio* underlined its

¹²⁵⁶ The three national associations still negotiating the renewal are: ANCC Coop, the National Association of Consumer Coop; *Confcooperative*; and *Agci Agrital*.

willingness to measure the representativeness of the employers' organisations. This issue, together with an incomplete process for measuring trade union organisation is a major issue for the Italian system of industrial relations.

This agreement is similar to (and followed) those signed by Confindustria on collective bargaining and representativeness (see above). In this text, the social partners reiterate the importance of a multi-level system of collective bargaining, at national and decentralised level. The national agreement remains the cornerstone of the system, in order to guarantee equal wages to all workers in the sector.

Instead, it is possible to bargain territorial or company agreements by derogating from the national one only in specific conditions, explicitly established in the national collective agreement's guidelines. (For instance, in order to foster employment growth, good working conditions and quality of work or to deal with an economic crisis.) The agreement aims at enhancing collective bargaining not only at company level but also at the territorial one in order to find the most appropriate solutions to the needs of companies of different sizes and to improve productivity. It is important to stress the usual size of firms in the trade sector: more than 1 million firms (almost 97 per cent of all enterprises in the sector) had fewer than 10 employees in 2014 (Eurostat, 2016).

Derogating from the national collective agreement is possible only in four specified cases:

- (i) in the event of a serious economic crisis;
- (ii) in order to bolster employment;
- (iii) to support development; and
- (iv) to attract new investment (with particular regard to southern Italy).

However, according to the national secretary of Uiltucs-UIL, these clauses have never been used. The only exception was in 2008, *when derogation clauses were used to tackle the emersion of illegal work, especially in the south of Italy.*

Regarding the retail sector, in recent years the economic crisis has reduced the level and quality of decentralised collective bargaining. Especially in the retail sector, several large distribution firms have cancelled their company agreements. The situation described by a trade union official is not easy. *'We tried to renew company agreements, but [...] on one hand there are very old contracts in the drawer, which nobody wants to question. Some have fixed wages, or particularly favourable terms. On the other hand, some contracts were signed during the economic crisis. It was very hard to renew them.'*

'We renewed only a few company agreements and they were all concessional' (national secretary of Uiltucs-UIL).

5.2.5 What changes have there been with regard to wages, working conditions and welfare in the trade sector?

Regarding wages and labour costs, the Confcommercio national agreement establishes the so-called 'economic guarantee element'. The 'economic guarantee element' was introduced in the national collective agreement in 2011 and is an additional sum (ranging from 60 to 105 euros) that firms have to pay to their employees if a decentralised agreement cannot be reached. Firms with fewer than 30 employees (the majority in this sector) can chose to fix variable pay through

a territorial agreement, or have to apply the 'economic guarantee element'. On the other hand, firms with more than 30 employees can establish variable pay through company or territorial collective agreements. Otherwise, they have to apply the 'economic guarantee element'. Workers will receive the next 'economic guarantee element' at the end of November 2017.

'It is important to note that in 2011 this sum was higher (from 85 to 140 euros)' (Marroni, Uiltucs-UIL national secretary). The national agreement also established a guideline in order to determine the conditions under which it is possible, at territorial or company level, to derogate from national agreements. For instance, it is possible in tourist places to employ more 'fixed term contract' workers rather than the percentage fixed by the national agreement. Another possibility is to bargain territorial or company agreements to increase flexible working time.

In 2015, the hourly minimum wage in the trade sector was about 8.43 euros/hour. This is lower than the average of all sectors (about 9.41 euros/hour) (Garnero, 2017). Other scholars who have examined minimum wages established in the National Trade Agreement confirm these data (Birindelli, 2017).¹²⁵⁷

Significant changes that have spilled over to affect workers include increases in involuntary part-time work and temporary contracts, as well as a substantial increase in the use of vouchers (in particular in tourism). The use of involuntary part-time employment increased from 43 per cent in 2008 to 71 per cent in 2015.¹²⁵⁸

The issue of welfare – at both national and company level – is becoming more important. Managed through a multi-level system of bilateral bodies and funds, this kind of 'bilateral or collective agreement-based welfare' includes complementary pension schemes, integrative health insurance, income benefits, vocational training and other 'flexible benefits' paid for by joint contributions of enterprises and workers (especially supplementary pension schemes and health care).

The most important inter-professional fund for lifelong learning in the sector is 'For.Te'. A substantial number of small, medium-sized and large companies (operating in trade, tourism, services, logistics, shipping and transport) have chosen it.

What is new is the introduction of a tax concession to improve welfare measures, collectively bargained, not only at decentralised level but (since the end of 2016) also at national level.

According to the president of Confcommercio, Carlo Sangalli:

Over a long period we were able to build a huge integrative welfare system, which covers millions of workers, via national bargaining. It's an instrument of social justice, isn't it? Supported by adequate incentives these instruments are able to guarantee a second welfare pillar ... in a more mature way, in other European countries. (Official speech at annual national meeting of Confcommercio, 8 June 2017, Rome)

¹²⁵⁷According to Garnero (2017) the hourly minimum wage in the manufacturing sector is about 9.47 euros/hour and – in contrast to the trade sector – ranges from 7.66 to 11.03 euros/hour. Birindelli (2017), by contrast, underlines the existing range in the trade sector between non-fixed term workers (8.3 euros/hour) and fixed term workers (10.1 euros/hour).

¹²⁵⁸ Trade union data. They explain this increase as a way to save jobs by avoiding layoffs.

Considering the significant and growing volume of financial resources and aims, the issue of transparent governance is fairly crucial. The aim of the social partners is to reduce the number of bilateral funds in order to increase the number of recipients and to make the services more efficient and appropriate to newly emerging needs.

5.2.6 Critical issues and perspectives.

The most critical and sensitive issue in the sector is the uncontrolled spread of national agreements (labelled 'pirate' agreements), signed by a growing number of new unions and employers' organisations. The poorly institutionalised industrial relations system, based on social partner autonomy and voluntarism, is seriously compromised by the lack of a clear rule on representativeness. The risk is that wild cost competition and contractual dumping will be fostered, not only between workers, but also between firms.

Employers who are not affiliated to any association are free to choose which national collective agreement to apply (comparing their costs and advantages), or otherwise to sign a new national agreement with a preferred union.

It can be the Confcommercio or the Confesercenti national agreement, but also the Cisl agreement, which is much more advantageous for employers. This issue is crucial for the most representative unions. As underlined by the general secretary of Filcams-CGIL:

There is no system that imposes a minimum wage that can be considered binding erga omnes! An employer association can say that it represents 1 million firms but no one can check it. CNEL (the relevant public authority) does not have a strong enough legislative architecture to verify whether the terms of an agreement constitute dumping.

Moreover, the options for further derogations available to an employer opting for a 'pirate' national agreement will be much wider than in the case of the most representative national agreements.

There is a strong link between the issue of measuring social partner representativeness and the contents and quality of the decentralisation bargaining process. In January 2016 the three confederal trade union asked for legislative measures:

If we want to build an innovative and certain system of rules, it would be a major step forward to take what we have already designed in the framework agreements and to implement it in a law. (Filcams-CGIL general secretary)

Confcommercio is aware of the risk of wild competition and dumping. President Carlo Sangalli, in his official speech at the most recent Confcommercio conference (8 June 2017) said:

We, at Confcommercio, are available to immediately verify our representativeness. It is an important factor in real economic democracy. We have underlined this belief also in the 'reformist practice' of the agreement on the contractual model, which we signed last November with CGIL, Cisl and UIL. National collective bargaining agreements obviously affect different partners differently. Nevertheless, they are a "social capital" for everyone".

Finally, tax incentives introduced by the government to enhance productivity and increase competitiveness through collective agreements at company or territorial level, represent another

challenge. In the trade sector, the problem is which criteria to adopt in order to measure productivity or quality improvements at territorial level, because more than 1 million firms have fewer than 10 employees.

6. The strategies of the social partners.

What do the social partners think about the new reformed system of collective bargaining and wage setting? What are their aims?

As far as the employers' associations are concerned, there is no money for wage increases, as the wage rises they gave were higher than expected real inflation. Early in 2015, a bombshell was dropped at the opening of the bargaining session in the chemical sector by the employers, who demanded the restitution of 79 euros on the grounds that real inflation in the previous three-year period had been lower than forecast. In the end, an agreement was reached, but the situation remains uncertain and confused. Employers claim that no provisional indicator should be taken into consideration, all forms of automatism should be abrogated and only real, not forecast inflation should be taken into account. This applies particularly in the metal sector, in which the largest and most influential employers' association, Federmeccanica, issued a position paper entitled 'Contractual Renewal' in 2015. One of its key assumptions was that, at the present time, 'nothing can be taken for granted'. The rules of collective bargaining must be rewritten.

Our sector is no longer able to bear wage increases, which should be delinked from real company results because otherwise such increases would provoke a further loss of competitiveness and/or reduction of profit margins. ... Wage rises are possible only where gains are registered, that is, at the company level, and must be strictly correlated with objective parameters of the profitability and productivity of individual firms.

Beside variable wages, occupational welfare at company or territorial level plays a key role. Employers are willing to accept higher payments and vouchers for company health insurance, training and supplementary pensions. On this basis, the national sectoral agreement would maintain only a residual role of fixing a 'guaranteed wage' for workers not covered by any other decentralised performance-related wage increase. Its amount is defined every year, ex post – after the ISTAT data on the previous year – and not ex ante, as was previously the case, based on the anticipated inflation rate. Some of these claims were adopted in the most recent sectoral agreements, signed at the end of 2016 and approved by workers in a referendum (see the sectoral section of this chapter for an insight into the last sectoral collective agreement signed in December 2016). The metal workers unions agreed to some of these proposals, such as those concerning a new approach to contractual welfare and training, but rejected the substantial abandonment of the role of the national collective agreement, in consideration of the fact that wage increases would now refer to a mere 5 per cent of the sectoral workforce, which are now uncovered by any other proximity increment.

Trade union confederations, as a whole, are fairly united in rejecting this approach, considering wage bargaining a matter of fairness, not to mention a key tool for boosting demand and production. The renewal of the numerous expired national agreements is a priority, starting with the large public sector, with its three million employees, in which wage bargaining has not occurred for the past six years.

On 14 January 2016, CGIL, CISL and UIL signed an inter-confederation agreement entitled '*A modern system of industrial relations for economic development based on innovation and quality of work*'. The new strategy is focused on three pillars, with new rules on collective bargaining, participation and representation.¹²⁵⁹ As for the latter, the three confederations stress the importance of a more inclusive model of collective bargaining,¹²⁶⁰ still two-tier with primacy going to the national level. A wage expansion policy is required that could herald sustainable wage-driven growth. Wage increases beyond merely conserving purchasing power would act as an indispensable driver of consumption and domestic demand. The economic conditions considered relevant for economic policy will no longer be confined to the recovery of purchasing power, which has become marginal due to deflation, but will include macroeconomic variables such as industry output or average productivity.

7. The challenge of the 'Jobs Act' and fiscal incentives for firm-level bargaining.

A layering of heteronymous regulatory interventions intersects with the collective autonomy of the negotiating tables open around the reform and the relationship between the bargaining system, productivity and innovation, wage dynamic and welfare reform.

The impact of the Renzi's labor market reform (the so-called Jobs Act) in the sphere of collective bargaining has been substantial. In order to deviate from legal and common standards, the current government no longer delegates to collective bargaining, as was the case, for example, with the controversial Article 8 of Law no. 148/2011. Now it is the law that directly governs the most sensitive issues (Nunin, 2016; Gottardi, 2016), imposing ever worsening deregulation. It is as if the lawmaker no longer trusts the willingness of the social partners to negotiate the reforms needed to increase competitiveness through more flexibility. This does not mean that collective bargaining has been side-lined completely; on the contrary, the number of referrals and delegations to collective bargaining are fairly numerous and affect sensitive issues, such as atypical contracts. But its role is quite strictly pre-conditioned by the purpose of introducing further flexibility in employment contracts and working conditions, in response to employer pressures (Fontana 2015; Nunin, 2016). Not only that, but in order to clarify the notion of 'collective agreement', the law refers to the 'national, territorial and company levels' (Art. 51, Legislative Decree No. 81/2015) indiscriminately, without any hierarchy being determined (Zoppoli, 2016; Passalacqua, 2016). In order to prevent contractual dumping, the law prescribes that delegated agreements must be agreed by comparatively the most representative trade union association, at national level, and by 'their representatives' or by the RSU at workplace level.

¹²⁵⁹ Among the topics covered by collective bargaining, the agreement stresses the importance of active policies to enhance training and lifelong learning for workers, flexibility of employment relations, management of company crises, sub-contracting, bilateralism, bargained welfare plans and wage policies.

¹²⁶⁰ Representing and extending legal and social protections to young, atypical and also migrant workers is today considered an absolute priority, in terms of both specific campaigns and mobilisation, but also – as in the case of CGIL's programme – more inclusive collective bargaining with regard to their needs and conditions. A national petition for new Charter of Universal Labour Rights was launched by CGIL in April 2016, gathering signatures all over the country, with the side request of a referendum on abrogating the legal provisions of the Jobs Act (Renzi's labour market reform), whose more unfair outcomes include mini-jobs paid with vouchers worth 10 euros gross and the fact that instances of job reinstatement in cases of unfair dismissal have become few and far between.

For some commentators and scholars, this type of legal intervention is qualitatively more treacherous even than the already much criticised Article 8. In the new system, in fact, contractual derogations are no longer conditional on any final outcome, while their stipulation in agreements not subject to the majority principle (Pizzoferrato, 2015; Zoppoli, 2016).

In response to this the unions can demand safeguarding clauses during the negotiations in order to halt or hedge against some of the most corrosive changes contained in the new legislation. A bitterly disappointed CGIL officer sums up the situation in this way: 'I've spent my life negotiating the enforcement of the law and now I find myself having to negotiate *against the law*, or act as if it didn't exist.'

Besides this the legislator uses another lever, namely fiscal measures and incentives. It is not the first time that it has done this, because in 2012 – through another tripartite framework agreement (again not signed by CGIL) – the government and the social partners tried to enhance productivity by reducing the tax burden on wage increases. With the Stability Law 2016 (no. 208/2015) and the following decree of 25 March 2016, the social partners are encouraged to negotiate decentralised agreements aimed at improving performance through decentralised collective agreements. Collectively agreed productivity-related wage increases (also in the form of employee share options) are subject to lower taxation of just 10 per cent, up to maximum of 2,000 euros (up to 2,500 for companies adopting forms of employees involvement), for employees who do not earn more than 50,000 euro gross per year. For 2017, this double ceiling was raised to 3,000 euros for the premium (4,000 euros for companies adopting forms of employee involvement), and to 80,000 for maximum income.

In order to benefit from such a productivity premium, there have to be real improvements in terms of productivity, profitability, quality and innovation, resulting directly from company or territorial collective agreements. They have to define objectives and parameters in detail. If enterprises want to benefit from such tax concessions, improvements have to be real and measurable (production volumes, quality improvement of goods and processes, reorganisation of working time and smart working, employee involvement and direct participation in work organisation). Evaluating joint committees, formed by signatory social partners at the territorial level, will verify that employees will receive communications from their employers concerning the premium and its correct application.

As an alternative to monetary bonuses, individual employees can opt – entirely or partly – for welfare and service benefits, identified and listed in specific plans by collective agreements at territorial or company level, including such items as education, training, wellbeing and assistance for family members, including children, and elderly and dependent persons.

The trade union confederations have reacted overall to such measures with a certain degree of openness, considering this challenge as a great opportunity to relaunch collective bargaining in terms of coverage and contents. An inter-confederate agreement was signed by CGIL, CISL, UIL and Confindustria on 14 July 2016; it aims to extend the new tax lowering measures to companies where workplace representations have not been set up. These documents define a template of territorial agreements, to be used in all companies affiliated to employers branch federations, apart from works councils.

By October 2017, 26,000 had already been signed and registered; more than 80 per cent have been signed at company level, and concern productivity, profitability and quality. Approximately 5,000 documents concern welfare benefits.

At least three kinds of risk have been highlighted by scholars and trade unionists: (1) employers might prefer to opt for less costly increases in the productivity premium and welfare benefits, which is much more convenient than the fully taxed increases in sectoral agreements (2) as the employees are free to choose between wage increases and welfare benefits, with the latter exempted from social security contributions, there could be a weakening of both welfare state and collective bargaining, which are increasingly being eroded by the individualisation of schemes and options; (3) most of these agreements seem to be nothing but 'copy and paste' templates, piled up on the desks of the competent public offices in charge of the difficult tasks of monitoring and authorisation.

8. Final remarks.

It is now time, in conclusion, to attempt some answers to our three opening questions about the main challenges that are changing the Italian industrial relations landscape.

First, we mentioned the decline of neo-corporatist practices, which dominated industrial relations for fifteen years between 1992 and 2007. Since then, with the excuse offered by the crisis and the diktats imposed by the EU, the new political powers-that-be interpret government as a combination of technocracy and neo-populism, in which there is no place for intermediate bodies and their 'tired rituals'. Following the eclipse of the historical major parties and their partial absorption by the 'Blairite' new Democratic Party, trade unions find themselves lacking a reliable partner and potential support in the political arena. This is a fact that unions are likely destined to have to cope with for the next years, forcing them to reduce their possible engagement in macro-policy and tripartite concertation, refocusing their role and initiative in the classical areas of industrial relations: collective bargaining, involvement and participation, industrial conflict and campaigning.

A second main issue, consequently, concerns the current relationship between legislation and collective autonomy. The traditional voluntarism of Italian industrial relations, quite peculiar today in comparative terms, seems to us to have reached a dead-end (Leonardi and Sanna, 2015). The landscape is at best chaotic and without clearly defined rules governing representation, with an increasing risk of wage dumping and downward competition. The choice once more for a voluntarist solution, as in the case of the new rules on representation and collective bargaining, has prevented the most recent inter-confederate agreements from acquiring the universal and binding characteristics indispensable for their effectiveness. A new public interventionism in the whole area of industrial relations (representation, collective bargaining, participation, conflict) would be opportune and many commentators, who in the past were sceptical in this regard, are now more or less in favour (Caruso, 2014; Treu, 2016; Gottardi, 2016; Carrieri, 2017). The problem is the kind of interventionism we can expect today, between the external pressures of globalisation and the internal weaknesses of the national economy and policy. The government no longer seems to operate as a third *super-partes* player, or in support of labour, as it did at the

peak of post-war social policy, but on the contrary it enters the game overtly on the side of business, its needs and expectations (Guarriello, 2014; Bellardi, 2016).¹²⁶¹ Paradoxically, such new and critical legislation is likely to tempt the unions to call for derogations from it (Art. 8) rather than the employers.

A debate on the need for a specific law is on the cards and a number of bills are in the pipeline in parliament. The government may intervene in a whole range of industrial relations issues, after asking the social partners to express common positions, which at the moment are still lacking. One possible way, suggested by several commenters, could be to transpose into law what the social partners agree on, within the framework of auxiliary legislation, but there is resistance in some quarters in political parties and trade union confederations. The three main trade unions, with the document signed in January 2016, proposed to confer an *erga omnes* binding effect on industry-wide agreements, as foreseen in Article 39 of the Constitution. The choice is then to opt for an extension mechanism, in place of what is considered risky by the unions, namely the adoption of a statutory minimum wage.

A third and final issue, linked to the former, concerns the new structure of collective bargaining. Our conclusion here is that, despite the strong pressure from above (New European Economic Governance) and from below (firms' exit strategies), the Italian system has maintained a certain degree of inter-sectoral coordination. The two traditional levels remain in place and, although weakened, neither has expressed a wish to abolish the role and primacy of the national sectoral agreement. Meanwhile, and importantly, relations between the three main trade union confederations, which deteriorated during the first decade of the new century, have improved substantially.

Having said that, many serious criticisms have been raised. Some refer specifically to the national and sectoral levels. For example, the number of agreements should have been reduced drastically and instead it has doubled in just a few years, from fewer than 400 in 2008 to over 800 in 2017, with a proliferation of agreements signed by associations of very uncertain and sometimes completely unknown representativeness. This means that the whole system is getting out of control. There is an evident problem with the legitimacy of the signatory actors, for example, in terms of transparency. In the absence of binding rules governing competitive pluralism, there is always a risk that the situation may descend into chaos, with the parties seeking judicial redress. This is not a problem only on the trade union side, but also – and perhaps even more serious – on the employers' side, with regard to which information is almost entirely lacking. Someone have proposed the introduction of legislation along the lines of what is found in France in this regard. From this viewpoint – and this is one of the key assumptions of our study – the major threat to the system seems to come from the top, in terms of contractual dumping (Gottardi, 2016), rather than from below, where derogations seem to be relatively under control. Firm-level agreements as an alternative to the first sectoral level, have remained limited to the sole case of FIAT/FCA (ADAPT, 2017).

¹²⁶¹ As has been stated, as a result of the unprecedented subordination of workers' rights to economic considerations labour law is changing its traditional paradigm, shifting the balance of power from the rights of the weaker party to the rights of the stronger (Mariucci, 2016).

However, the periods requested for renewals are, on average, intolerably protracted. Millions of workers must sometimes wait a one year or two for a renewal of their collective agreement, after it has expired. The stagnation of Italian wages in recent years is also a reflection of such dysfunction.

Furthermore, the recovery of wages' purchasing power, a pillar of the system when Italy boasted exceptionally high inflation, should not be the sole parameter referred to in a period of deflation. Other macroeconomic variables, national and specifically sectoral, must be introduced as benchmarks in the negotiations; sectoral average productivity, for instance.

At the same time, due to various impulses and pressures, company-level bargaining has certainly been boosted. This has been possible 'qualitatively', by (a) reducing some exclusive prerogatives of industry-wide agreements, (b) weakening the role of external unions in coordination and (c) expanding the possibility for opening clauses and concession bargaining (Bellardi, 2016), but in quantitative terms, it has not taken off. The main reason, as we have seen, is the average size of Italian firms: they tend to be too small and unprepared to meet such a challenge, not to mention the ongoing crisis. Company bargaining would require specific expertise among the managerial staff that is usually missing, while works councils would have to be set up, with the risk of introducing unprecedented and confrontational industrial relations where they did not exist before. On this basis, we can talk of collective bargaining decentralisation without decentralised agreements in Italy. In the absence of firm-level collective agreements, productivity and wages increases are decided by employers on an individual and discretionary basis.

In light of all this we should highlight: (i) the value of industry-wide bargaining as a fundamental and indispensable tool against inter-firm cut-throat competition, enhancing the 'high-road' and socially sustainable competition, based on wage-driven growth of domestic demand; (ii) the importance of vertical and horizontal articulation or coordination of collective bargaining as a key condition for effective industrial relations. We should be able to figure out possible new collective-agreement units at an intermediate level between national sectors and firms; for instance, at the territorial level – as already fruitfully experienced in sectors and branches with a high concentration of small firms and casual work – or along the new value chains, including inter-sector site agreements, as proposed by some unions in the case of construction or big shopping malls and trade centres.

In our view, we should not undervalue the importance and utility of broader and stronger collective bargaining at decentralised level, with a new focus on substantive innovation. In an era of world-class manufacturing, digitalisation and Industry 4.0, alongside a shrinking and recasting of the welfare state, the social partners should update their negotiating repertoire. For a country such as Italy, this means in particular significantly to improve employee involvement in work organisation in order to foster a consensual approach to process and product innovation. It is therefore necessary to invest more and more resources and capacity in vocational training and participatory models. But the new needs of employees with regard to work-life reconciliation, individual and collective services, well-being at work and efforts to tackle new forms of work-related stress are also important. A more inclusive collective bargaining is also needed, capable of representing the interests of the atypical and vulnerable workers involved in new production processes.

References.

- ADAPT (2015) *La contrattazione collettiva in Italia (2012–2014)*, Adapt University Press.
- ADAPT (2017) *La contrattazione collettiva in Italia (2016)*, Adapt University Press.
- Armaroli I., Spattini S., Tomassetti P. (2016), Italian Country Report of the Project Newin, Negotiating Wage (In)Equality, available at https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/28229/mod_resource/content/2/newin_italy_FINAL_DEF.pdf
- Baccaro L. and Howell C. (2011) A common neoliberal trajectory. The transformation of industrial relations in advanced capitalism, *Politics & Society*, 39(4), 521–63.
- Banca d'Italia (2017a) *Relazione annuale sul 2016*, Maggio 2017.
- Banca d'Italia (2017b) *I rinnovi contrattuali nel settore privato durante il 2016*, Bollettino economico, 1.
- Barbera M. and Perulli A. (eds) (2014) *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove regole delle relazioni industriali*, Padova, Cedam.
- Bavaro V. (2012) *Azienda, contrattazione e sindacato*, Bari, Cacucci.
- Bellardi L. (2010) *L'accordo quadro e la sua applicazione nel settore privato: un modello contrattuale comune?*, Ediesse.
- Bellardi L. (2016) *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, Lavoro e Diritto, 4.
- Bordogna L. and Pedersini R. (2015) What kind of Europeanisation? How EMU is changing national industrial relations, *DLRI*, 146, 184–230.
- Cardinaleschi S., Bisio L., De Santis S., Gnesi C., Naddeo P. and Leoni R. (2015) *Produttività, struttura e performance delle imprese esportatrici, mercato del lavoro e contrattazione integrativa*, Report CNEL-ISTAT, chapter 4.3 and appendices, Roma.
- Carinci F. (2013) *Adelante Pedro con juicio: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 al protocollo di intesa del 31 maggio 2013*, Dir. Rel. Ind., 3.
- Carrieri M. and Feltrin P. (2016) *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentanza nell'Italia di oggi*, Roma, Donzelli.
- Carrieri M. and Treu T. (eds) (2013) *Verso nuove relazioni industriali*, Bologna, Il Mulino.
- Caruso B. (2014) *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando !*, in WP, CSDLE 'Massimo D'Antona', 206.
- Cazes S., Garnerio A. and Martin S. (2017) *The state of trade unions, employer organizations, and collective bargaining in OECD countries*, OECD, July.
- Cella G.P. (2016) *Quale futuro per la contrattazione collettiva?*, DLRI, 2.
- CNEL (2016) *Notiziario dell'Archivio contratti*, n. 23.
- CNEL-ISTAT (2015) *Produttività, struttura e performance delle imprese esportatrici, mercato del lavoro e contrattazione integrativa*, Roma.

- Chieco P. (2015) Riforme strutturali del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, DLRI, 3, 359–410.
- Cruces J., Alvarez I., Leonardi S. and Trillo F. (2015) Impact of the euro crisis on wages and collective bargaining in southern Europe – a comparison of Italy, Portugal and Spain, in Schulten T. and Van Gyes G. (eds) Wage bargaining under the new European Economic Governance Alternative strategies for inclusive growth, Brussels, ETUI.
- D'Amuri F. and Giorgiantonio C. (2014) Diffusione e prospettive della contrattazione aziendale in Italia, Questioni di Economia e Finanza, July.
- D'Amuri F. and Nizzi R. (forthcoming 2017) I recenti sviluppi delle relazioni industriali in Italia, Banca d'Italia, Questioni di economia e finanza.
- Fondazione Di Vittorio (2016) Contrattazione integrative e retribuzioni nel settore privato. http://www.fondazionedivittorio.it/sites/default/files/content-attachment/Contrattazione_2_livello_2016.pdf
- Garilli A. (2012) L'art. 8 della L. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali, ADL, 1.
- Garnero A. (2017) The dog that barks doesn't bite: coverage and compliance of sectoral minimum wages in Italy, EZA Discussion Paper Series, January.
- Gottardi D. (2016) La contrattazione collettiva: fra destrutturazione e de-regolazione, Lavoro e diritto, 4.
- Guarriello F. (2014) Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri? www.aidlass.it
- ICTWSS (2015) Institutional characteristics of trade unions, wage setting, state intervention and social, University of Amsterdam.
- Imberti L. (2013) A proposito dell'art. 18: le deroghe si fanno ma non si dicono, Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, 138, 255–272.
- ISTAT (2016) Labour Forces Survey and Monthly survey on employment, working time, earnings and labour cost in large enterprises.
- Kampelmann S., Garnero A. and Rycx F. (2013) Minimum wages in Europe: does the diversity of systems lead to a diversity of outcomes? Report 128, Brussels, ETUI.
- Katz H.C. and Darbishire O. (2000) Converging Divergences. Worldwide Changes in Employment Systems, Cornell University Press.
- Leonardi S. (2016) L'impatto della nuova governance europea sulla contrattazione in Italia, Spagna e Portogallo, Quaderni Rassegna Sindacale, 1, 147–172.
- Leonardi S. (2017) *Trade unions and collective bargaining in Italy during the crisis*, in Lehndorff S. et al. (2017), Rough waters. European trade unions in a time of crisis, Brussels, ETUI.
- Leonardi S. and Sanna R. (2015) Italy, in van Klaveren M. et al. (eds) Minimum wages, collective bargaining and economic development in Asia and Europe. A labour perspective, Palgrave Macmillan.

- Leonardi S. and Pedersini R., (eds.), Multi-employer bargaining under pressure. Decentralization trends in five European Countries, ETUI, Brussel, DECOBA Project, Forthcoming 2018
- Marginson P. (2014) Coordinated bargaining in Europe: from incremental corrosion to frontal assault, *European Journal of Industrial Relations*, 21, 2, 97–114.
- D. Mosca, P. Tomassetti, *Contenuti e tendenze della contrattazione aziendale. Anticipazione del III Rapporto ADAPT*, in P. Tomassetti, *III Rapporto Adapt sulla contrattazione collettiva in Italia*, in Bollettino Speciale ADAPT n. 1/2017
- Nunin R. (2016) Game over o rilancio? La contrattazione della flessibilità dopo il Jobs Act, *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2.
- OCSEL-CISL (2017) La contrattazione decentrata supera la crisi. 3° Raport 2015–2016.
- Olini G. (2016) I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono, *DLRI*, 3.
- Pellegrini C. (2017) Struttura contrattuale: teorie, dati, strategie, *QRS*, 1.
- Perulli A. and Speziale V. (2011) L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la 'rivoluzione di Agosto' del Diritto del lavoro, in WP CSDLE 'Massimo D'Antona', 132.
- Pizzoferrato A. (2015) L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro, *DLRI*, 2, 411.
- Rocha F. (ed.) (2014) The new EU economic governance and its impact o the national collective bargaining systems, Poject GOCOA, Fundación 1º de Mayo.
- Romeo C. (2014) Il processo di aziendalizzazione della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentanza sindacale, *Argomenti di diritto del lavoro*, 4–5, 857.
- Streeck W. (2009) *Re-Forming Capitalism*, Oxford, Oxford University Press.
- Tomassetti P. (2014) Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 6.
- Tomassetti P. (2015) Sindacato e contrattazione aziendale concessive: una ricerca empirica, *DRI*, 1.
- Traxler F. (1995) Farewell to the labour market organisations. Organized versus disorganized decentralisation as a map for industrial relation, in Crouch C. and Traxler F. (eds) *Organized industrial relations. What future?*, Aldershot, Avebury.
- Treu T. (2016) Autoregolazione e legge nella disciplina delle relazioni sindacali, *Quaderni di rassegna sindacale*, 2.
- Tronti L. (2016) Modello contrattuale, produttività del lavoro e crescita economica, *Quaderni di rassegna sindacale*, 2, 59–84.
- Van Gyes G. and Schulten T. (eds) (2015) *Wage bargaining under the new European Economic Governance. Alternative strategies for inclusive growth*, Brussels, ETUI.
- Zoppoli L. (2015) Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto, in WP CSDLE 'Massimo D'Antona', 284.

Luogo e tempo di lavoro e redistribuzione delle garanzie giuslavoristiche (Diritto del lavoro della miseria e miseria del diritto del lavoro)*

Nicola De Marinis

1. Il luogo e il tempo di lavoro e la “soglia” tra subordinazione e autonomia.	440
2. Il “mutamento di paradigma”. Il diritto del lavoro della miseria.	441
3. L'inefficienza qualificatoria del riferimento al luogo e tempo di lavoro.	444
4. La riproposizione aggiornata del criterio della diversità dei poteri dal lato del creditore della prestazione.	445
5. Le ragioni della storia. Il ritorno all'originario <i>discrimen</i> tra <i>locatio operis</i> e <i>locatio operarum</i> .	447

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 344/2017

1. Il luogo e il tempo di lavoro e la “soglia” tra subordinazione e autonomia.

L'ultimo capitolo del Jobs Act, trasfuso nel legge 22 maggio 2017, n. 81 e destinato a completare l'intervento riformatore sugli inediti versanti del lavoro autonomo e del c.d. lavoro agile¹²⁶², nel ribadire, appunto ai fini della costruzione della nuova fattispecie del lavoro agile il medesimo riferimento alle modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione lavorativa di cui il legislatore si era avvalso nel precedente d.lgs. n. 81/2015 ai fini dell'elaborazione dell'altrettanto inedita tipologia delle collaborazioni etero-organizzate, vale ad attestare l'elezione di quel riferimento a criterio chiave del riassetto delle regole del lavoro attuato con il Jobs Act.

In effetti, la scelta, insita nel potere di organizzazione proprio del datore di lavoro e già da epoca risalente regolamentata dall'ordinamento nelle forme del lavoro a domicilio prima e del telelavoro poi, di conformare la prestazione del proprio dipendente secondo modalità che esonerino questi dall'obbligo di presenza nella sede aziendale e dall'osservanza dell'orario di lavoro ivi applicato, venendo questi a trovarsi nella possibilità di modulare, con dosi di più o meno ampia autonomia, allocazione e tempi del proprio apporto all'organizzazione produttiva del datore, si pone nel quadro della normativa ora dettata per il lavoro agile dall'art. 18 della legge n.81/2017, non solo quale presupposto identificativo di una particolare forma di adempimento della prestazione lavorativa connotata dall'essere questa resa nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, ma altresì quale elemento strutturale tipico idoneo a legittimare un assetto regolativo differenziato rispetto alla disciplina comune del rapporto di lavoro subordinato, nel cui ambito, peraltro, come detto, secondo l'inequivoca formulazione letterale della medesima norma, l'istituto si radica e si esaurisce. Si prevede, infatti, che il ricorso a tale modalità di esecuzione della prestazione lavorativa per la parte destinata a svolgersi all'esterno dei locali aziendali sia ammesso subordinatamente alla stipula in forma scritta tra datore di lavoro e lavoratore di un accordo individuale, non importa se a termine o a tempo indeterminato, nel qual caso il datore di lavoro potrà recedere *ad nutum*, con l'osservanza di un preavviso pari a trenta giorni o a novanta ove si tratti di un lavoratore disabile, cui è rimessa la regolamentazione delle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, come anche del modo di utilizzo degli strumenti di lavoro, dei tempi di riposo, con peculiare riferimento alle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro, delle condotte suscettibili di dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

Dal canto suo, in precedenza, l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 faceva assurgere il medesimo riferimento alle modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione lavorativa a presupposto legittimante l'applicazione della disciplina propria del rapporto di lavoro subordinato

¹²⁶²Con specifico riguardo alla disciplina di tutela del lavoro autonomo vedi M. Magnani, Autonomia, subordinazione, coordinazione, in M. Magnani, A. Pandolfo, P.A. Varesi (a cura di), I contratti di lavoro, Giappichelli, 2016, p. 8 ss. e con attenzione alla tematica del lavoro autonomo economicamente dipendente A. Perulli, Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica, e con riguardo al lavoro agile, tra i primi commenti si veda M. Tiraboschi, Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 335/ 2017, G. Proia, in L. Fiorillo, A. Perulli, (a cura di), Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, in Giappichelli, Torino, 2017. Affronta entrambi gli istituti G. Santoro Passarelli, Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, ibidem, 327/2017 Spunti di riflessione su entrambi gli istituti si rinvencono anche in T. Treu, Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT, 136/2017

ai rapporti di collaborazione, per essere tale applicabilità ammessa con riferimento a quelli tra i rapporti di collaborazione, implicanti lo svolgimento di una prestazione di lavoro esclusivamente personale, continuativa e che risulti organizzata dal committente anche con riguardo alle predette modalità¹²⁶³.

È dunque intorno a quel riferimento che il legislatore si volge a selezionare differenti regimi regolativi, dapprima nell'ambito del lavoro autonomo e successivamente nell'ambito del lavoro subordinato, in particolare, da un lato, attraendo nell'ambito di operatività della disciplina propria della subordinazione quella quota, individuata sotto la denominazione di etero-organizzata, delle collaborazioni coordinate e continuative, risorte dalle ceneri del lavoro a progetto, che sul versante del luogo e tempo di esecuzione della prestazione lavorativa disvelano la più evidente assonanza con il lavoro subordinato, di cui, non a caso quelle modalità sono state elette da una costante giurisprudenza quale indice sintomatico, dall'altro, escludendo, almeno parzialmente, dal medesimo ambito prestazioni autenticamente subordinate che, tuttavia, relativamente al medesimo versante, si discostano dal modello nel tempo consolidatosi come social-tipico¹²⁶⁴.

Ne emerge una caratterizzazione intrinsecamente ambivalente del criterio, disinvoltamente evocato dal legislatore a giustificazione tanto dell'ingresso quanto dell'uscita dall'area della subordinazione, a prescindere da qualsiasi collegamento con la qualificazione da attribuirsi alle relazioni di lavoro coinvolte, che si tiene esclusivamente sull'immediata ed agevole percepibilità di quelle modalità come terreno ideale di intreccio tra subordinazione e autonomia, soglia estrema di contiguità tra tali categorie, in cui si stempera qualsiasi differenziazione tipologica.

2. Il “mutamento di paradigma”. Il diritto del lavoro della miseria.

Non è casuale che su questa ipostasi concettuale della soglia Adalberto Perulli fondi la sua lettura della complessiva azione riformatrice espressa dal Jobs Act¹²⁶⁵, legittimandone le scelte e facendole coincidere con la sua personale, anche se non isolata ed anzi condivisa da più parti, di qua e di là delle Alpi, idea, da tempo coltivata e rilanciata sull'onda dell'affermato sostanziale recepimento da parte del legislatore, di una rimodulazione del diritto del lavoro e delle tutele dallo stesso apprestate in relazione ad un “*continuum*” tra subordinazione e autonomia, che, se si discosta dalla tradizione, sottraendosi al condizionamento del problema qualificatorio, cui si correla l'ineguale distribuzione delle tutele, sovrabbondanti al di qua e carenti o addirittura nulle al di là dei confini della subordinazione, ne recupera l'originaria valenza valoriale ed assiologica nel trasporre un nucleo essenziale di quelle tutele in una dimensione universalistica coerente con le istanze di protezione che oltre quei confini salgono pressanti da un mondo del lavoro attraversato dalle trasformazioni indotte dalla quarta rivoluzione industriale¹²⁶⁶.

¹²⁶³Per un'ampia disamina della vasta letteratura e delle diverse opzioni interpretative vedi A. Zoppoli, La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT, 296/ 2016

¹²⁶⁴In tal senso si vedano le considerazioni di t. Treu, Rimedi e fattispecie..., cit., p. 21

¹²⁶⁵Il riferimento è al saggio di cui il presente contributo vuole porsi come replica A. Perulli, Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT, 341/ 2017 ma destinato alla pubblicazione nel Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile, a cura di G. Zilio Grandi e M. Biasi, Cedam-Kluwer. La teoria della “soglia” viene sviluppata dall'A. in Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia, in Lav. Dir., 2015, p. 262 ss.

¹²⁶⁶A riguardo vedi anche il precedente saggio di A. Perulli, Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro e ritorno, in Lav. Dir., 2017

Ma si tratta di una lettura delle novità legislative condizionata da un atteggiamento largamente autoreferenziale, come attesta, nell'ultimo saggio che la esprime, l'insistita citazione di se stesso, non scevra di una qualche forzatura quale deve ritenersi il ricondurre la normativa dettata di recente ancora dalla legge n. 81/2017, nei suoi primi 17 articoli, a tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale alla logica del *"continuum"* tra subordinazione e autonomia- salvo riconoscere, sia pur implicitamente, come l'intervento legislativo, nel riferirsi indifferentemente a tutti i rapporti di lavoro autonomo "senza distinguere, in seno ad essi, tra quelli maggiormente meritevoli di tutele laddove, viceversa, una specifica e peculiare attenzione avrebbe dovuto riservarsi alle collaborazioni di all'art. 409, n. 3, c.p.c. o ai c.d. prestatori a partita IVA economicamente dipendenti, specie se operanti in regime di monocommittenza o di committenza ristretta"¹²⁶⁷, ecceda di gran lunga quella prospettiva – e considerare in termini riduttivi le nuove garanzie ivi poste, considerate limitatamente alla tutela contro l'abuso di dipendenza economica ed alla disciplina volta a contenere i ritardi nel pagamento per affermarne il gravitare nell'ambito esclusivo del diritto privato dei contratti, quando quella disciplina, da un lato, ha riferimento ad attività saldamente radicate nell'area dell'autonomia, risalendo fino al vertice delle professioni ordinistiche, così da restare abbondantemente lontana dalla soglia di contiguità con la subordinazione, dall'altro, attribuisce tutele che vanno ben oltre il rafforzamento della posizione dei lavoratori autonomi nel contratto ed anche oltre il profilo, che richiama l'idea del sostegno sul mercato, della riduzione dei costi e della deducibilità delle spese, ivi comprese quelle afferenti alla formazione, tema questo già prettamente lavoristico, per ricomprendere garanzie propriamente "giuslavoristiche", secondo la terminologia cui ricorre l'Autore, quali quelle che attengono alla malattia, all'infortunio, alla maternità, fino al sostegno del reddito.

E si tratta di tutele che – al di là della totale disattenzione ad esse riservata anche da parte di chi da tempo e diffusamente si misura con le problematiche lavoristiche connesse all'irrompere, favorito dall'incessante procedere dell'era della digitalizzazione, della *sharing economy* nei laboratori affacciati sul futuro tra Milano e Bergamo, ove l'apprezzabile ed informata osservazione del fenomeno, tuttavia non accompagnata da un'adeguata propensione ai sottili distinguo all'interno di una realtà, sì innovativa, ma così variegata da non sfuggire in toto a molte delle strumentazioni già disponibili per il giurista (basti considerare l'irriducibilità del complessivo fenomeno alla c.d. uberizzazione) genera allarme sull'idoneità delle tradizionali categorie giuslavoristiche ad inquadrarla e sottoporla a regole note ¹²⁶⁸, allarme del resto già opportunamente e condivisibilmente contrastato nel recente contributo di Marco Biasi¹²⁶⁹ - ben si attagliano alla nuova realtà, specie ove si tenga conto della scelta operata dalla Commissione

¹²⁶⁷Su questa tematica più ampiamente il saggio dello stesso A., *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social ed economic aspects*, Bruxelles, 2002. Vedi anche M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013.

¹²⁶⁸Vedi A. Aloisi, *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Lab & Law Issues*, 2016, 2, 38 ss. ed E. Dagnino, *Uber law: prospettive giuslavoristiche che sulla sharing/on demand economy*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, I, 137.

¹²⁶⁹Il riferimento è al saggio "Dai pony express ai riders di Foodora" in WP ADAPT, 11/2017 ma vedi anche R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 336/ 2017

europea¹²⁷⁰ di restringere il campo della *sharing economy* a quelle attività in cui il ruolo della piattaforma informatica si risolve nella mera intermediazione di relazioni che, pur implicando l'esecuzione di una prestazione lavorativa, restano di natura essenzialmente commerciale, intercorrenti tra il *producer* che opera attraverso la piattaforma e lo *user* che fruisce del bene o del servizio dal primo offerti mediante la piattaforma, come attesta in modo convincente un recente studio di Laura Foglia¹²⁷¹.

Del resto, se il problema è quello dello sfruttamento del lavoro sotto il profilo delle modalità di impiego e della congrua remunerazione, problema in relazione al quale Perulli rinviene le ragioni fondanti il superamento della dicotomia tra subordinazione ed autonomia in vista del recupero della valenza assiologica e teleologica del diritto del lavoro, non si può mancare di considerare come problematiche del tutto analoghe, quali la dilatazione dei tempi di lavoro ed i bassi salari investano anche i lavoratori subordinati coinvolti dai processi di trasformazione dell'impresa, che vanno oltre la digitalizzazione dell'organizzazione produttiva per approdare al tema più complesso della traslazione sui mercati finanziari del profitto d'impresa (basti por mente alla differenza tra la dinamica dei prezzi e dei salari in Amazon e l'entità della rendita del CEO Bezos derivante dall'andamento della quotazione del titolo in borsa).

A ben vedere, è questa nuova realtà economica e sociale squassata dall'acuirsi delle disuguaglianze e costretta, per la parte da circa un decennio battuta dal vento di una crisi finanziaria di inusitata durata e gravità, da identificarsi prevalentemente con le classi lavoratrici, livellate da un generale arretramento delle condizioni di vita, a misurarsi con un pauperismo di ritorno, a replicare nelle fasce più estreme le condizioni dei lavoratori nell'Inghilterra della prima rivoluzione industriale quali descritte da Engels nel 1848, che risiede l'autentica assonanza e continuità tra lavoro dipendente e lavoro autonomo, nell'identità di un destino di esposizione al rischio sociale, piuttosto che nell'identità della loro posizione all'interno della relazione di lavoro.

Non è un caso che la legge n. 81/2017, significativamente identificata con la denominazione di Statuto del lavoro autonomo, intervenga in questo particolare contesto socio-economico, non nella consueta prospettiva di definire con precisione il *discrimen* con la subordinazione e separarne i regimi regolativi ma, come detto, per la prima volta direttamente *in corpore vili* ad apprestare con riferimento ad esso e per come esso si configura di per sé, distinto dal lavoro subordinato, garanzie che da questo discendono.

Sicché è in questa deriva pauperistica, in questo scadere dalla "cittadinanza industriosa"¹²⁷² nell'indistinto di un allineamento sulla frontiera ultima del bisogno, in questo approdo ad un universalismo che rispecchia il livellamento al ribasso di una società costretta dall'alibi di una maggiore inclusività a ripercorrere lo stretto sentiero dei diritti, in questa voluta sovrapposizione tra lavoro e povertà che verrebbe a risiedere il rinnovato paradigma del diritto del lavoro, nuovo ma antico, in grado di recuperare la sua ispirazione originaria sul piano dei valori e degli obiettivi

¹²⁷⁰Commissione Europea, Un'agenda europea per l'economia collaborativa, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 2 giugno 2016, COM(2016) 356 Final, spec. 12-14. Per un commento a riguardo vedi G. Bronzini, L'agenda europea sull'economia collaborativa. Much Ado About Nothing?, in Riv. It. Dir. Lav., 2016, III, p. 267.

¹²⁷¹Il riferimento è al saggio "Sharing economy e lavoro: qualificazione giuridica e tecniche di regolazione" in corso di pubblicazione nei quaderni della II Università di Napoli

¹²⁷²L'espressione è di U. Romagnoli, Il diritto del secolo. E poi?, in Dir. merc. lav., 1999, p. 239/240

di tutela, quando, al contrario l'essere la Repubblica "fondata sul lavoro" rifletteva nel testo costituzionale la programmatica elevazione del lavoro a muovere dalla differenza sociale legata alla condizione di subordinazione nel lavoro, l'elezione del lavoro a chiave di accesso ad un pieno diritto di cittadinanza, l'aspirazione ad una uguaglianza sociale ed economica funzionale alla partecipazione attiva alla vita del Paese, un diritto del lavoro del riscatto sociale e non un diritto del lavoro della miseria.

3. L'inefficienza qualificatoria del riferimento al luogo e tempo di lavoro.

Ma sta di fatto che, rispetto alla prospettata soluzione interpretativa, la realtà è, a ben vedere, molto più semplice.

Le opzioni selettive operate in successione dal legislatore del Jobs Act, dapprima con il d.lgs. n. 81/2015 con riguardo alle collaborazioni etero-organizzate e poi con la legge n. 81/2017 con riguardo al lavoro agile, nell'ambito rispettivamente dell'autonomia e della subordinazione, non trovano ispirazione in quella consapevolezza teorica ed in quell'afflato ideale di cui Perulli le accredita, ma sono frutto di mero pragmatismo, suggerito da contingenti esigenze politiche ed economiche, programmaticamente indifferenti alla considerazione di istanze di correttezza dogmatica e coerenza sistematica.

Da un lato, infatti, la prima operazione sorregge, conferendogli plausibilità normativa, pur a fronte di quella sorta di gioco di prestigio che all'abrogazione del contratto a progetto faceva corrispondere il risorgere, nella loro originaria versione, spoglia di quella dote di tutele pur annessa alle collaborazioni a progetto, le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., la spendita, meramente propagandistica, del Jobs Act quale strumento funzionale al "trasloco", veicolato dall'ambigua figura del contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti, in realtà inteso a chiudere definitivamente l'era della reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato delle varie forme di lavoro atipico, allora, a valle del momento più acuto della crisi occupazionale, percepite e sofferte quale espressione della precarizzazione del lavoro.

Dal canto suo, la seconda operazione sfrutta, in realtà anche oltre il necessario, non ravvisandosi ragioni di particolare obsolescenza della disciplina in materia di telelavoro, le opportunità di rimodulazione della prestazione lavorativa, quanto al luogo ed al tempo di lavoro, offerte dal sempre più intenso incorporarsi delle tecnologie informatiche, a loro volta sempre più sofisticate e *labour saving*, nell'organizzazione produttiva, per perseguire, in piena coerenza con gli indirizzi di politica del diritto orientati alla promozione della competitività dell'impresa che informano l'intero Jobs Act, l'obiettivo di sollevare le imprese dagli oneri gestionali connessi all'applicazione dello statuto protettivo, in particolare di fonte collettiva, proprio del lavoro subordinato, in funzione appunto del dichiarato fine di un recupero di competitività, sia pur abbinato all'agevolazione a favore del lavoratore della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Frutto di mero pragmatismo è altresì la scelta del criterio discrezionale, dato dal riferimento alle modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione, motivata dall'apparente plausibilità del ricorso al medesimo relativamente a ciascuna delle operazioni indicate, per rappresentare questo nel primo caso, come detto, il fronte estremo della contiguità tra subordinazione e autonomia e per integrare, nel secondo, la ragione stessa, il lavorare all'interno o all'esterno dei locali aziendali, della rimodulazione organizzativa della prestazione.

Ma la scarsa tenuta di quella scelta appare evidente solo che ci si volga ad un'analisi contestuale delle predette operazioni legislative.

Solo se si resta chiusi nel ristretto orizzonte di quei contesti normativi, precludendosi lo sguardo "oltre il giardino", senza aprirsi ad una analisi che tenga conto di una riflessione dottrinale sul tema dipanatasi lungo l'intero "Secolo del lavoro" fino alle soglie del "mutamento di paradigma"¹²⁷³, che si pretende segnato dall'emanazione del Jobs Act, si può giungere a sostenere che il ricorso a quel criterio vale contemporaneamente ad includere l'autonomia nella subordinazione ed a sospingere la subordinazione verso l'autonomia, neutralizzando il problema qualificatorio ed aprendo la strada alla parificazione delle tutele, almeno nel loro nucleo essenziale, esteso, secondo quanto auspica Perulli, alla libertà di organizzazione, associazione sindacale ed astensione collettiva, alla sicurezza ed alla previdenza sociale.

Al contrario, già solo l'analisi di quelle disposizioni deve indurre la conclusione che l'organizzazione della prestazione lavorativa secondo modalità di luogo e tempo determinate da chi commette il lavoro non implica di per sé subordinazione, come, nell'ipotesi in cui quelle stesse modalità fossero assunte da datore di lavoro e lavoratore a motivo per definire, su basi consensuali, spazi di libertà da riservare al lavoratore nell'organizzazione dell'ordinaria prestazione lavorativa subordinata, ciò non determinerebbe il transito di quella prestazione nel campo dell'autonomia.

Il che ripropone il tradizionale problema della qualificazione del rapporto, in realtà ineludibile sotto il profilo applicativo, tipicamente di pertinenza della giurisprudenza, dell'individuazione del regime regolativo proprio della fattispecie concreta a fronte del moltiplicarsi e del sovrapporsi confuso di tipi e modi di rendere la prestazione lavorativa (collaborazioni coordinate e continuative sottratte all'ambito di efficacia dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, collaborazioni etero-organizzate, lavoro subordinato, lavoro a domicilio, telelavoro, lavoro agile) e dell'attribuzione dell'effettiva dote di diritti che ad essa si accompagna.

4. La riproposizione aggiornata del criterio della diversità dei poteri dal lato del creditore della prestazione.

È ancora Perulli a mostrare consapevolezza dell'insufficienza di una prospettiva che eleva le modalità di luogo e di tempo di esecuzione della prestazione lavorativa a criterio fondante la redistribuzione delle garanzie giuslavoristiche oltre il confine della tradizionale dicotomia tra subordinazione e autonomia.

L'autore si reimmette così nella tradizionale prospettiva qualificatoria centrata sulla causa del contratto e dunque sulla nozione stessa di subordinazione sostanzialmente identificata nella peculiare relazione di potere/soggezione derivante dall'eterodirezione per rilevare - facendo leva sulla novità data dall'irrompere sulla scena, in contrapposizione all'eteroorganizzazione quale delineata dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, della norma definitoria della relazione tra committente e prestatore nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative estranee al citato art. 2, comma 1, dettata dall'art. 15 della legge n. 81/2017, che la identifica nel coordinamento, sostanziandola nella definizione su base negoziale del collegamento con

¹²⁷³L'espressione è coniata dall'A. 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, Torino, 2015, p. 3

l'organizzazione produttiva del committente/creditore e sancendo l'estraneità alla nozione del potere di interferenza sull'organizzazione dell'attività lavorativa del prestatore rimessa all'autonomia del medesimo - come l'eterodirezione e la subordinazione stessa si sottragga all'alternativa secca, sussiste/non sussiste, ma si gradui, declinandosi e così ripartendosi in quote diverse, tali da giustificare una analoga distribuzione pro quota delle tutele in una serie di rapporti compresi all'interno della soglia che la separa dall'autonomia.

Il che lo induce, una volta sbrigativamente esclusa la possibilità di richiamarsi agli elementi, definiti sfuggenti, dell'alternativa tra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato, a spostare l'attenzione, ai fini della soluzione del problema qualificatorio, sul profilo della differenziazione del potere implicato dalla specifica tipologia di rapporto considerata, lavoro subordinato, etero-organizzato, coordinato e continuativo e autonomo¹²⁷⁴.

L'Autore rileva come, alla stregua dei relativi parametri normativi, debba ritenersi che, rispetto al potere direttivo proprio del datore di lavoro ex art. 2094 c.c., vengano necessariamente a distinguersi, diversamente modulandosi in funzione dell'intensità del collegamento tra interesse del committente/creditore e prestazione lavorativa, in primo luogo il potere di etero-organizzazione riconosciuto al committente dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015, che in base alla definizione dell'Autore stesso, si esplica in modo che il committente "incide organizzativamente sulle modalità esecutive della prestazione, nonché sui tempi e sul luogo di esercizio dell'attività prestatoria formattando il substrato materiale della prestazione, che risulta a sua volta formattata secondo le esigenze che l'organizzazione, imperativamente ed unilateralmente, pone al lavoratore"; in secondo luogo, il coordinamento richiesto nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative che la norma introdotta ad hoc dall'art. 15 della legge n. 81/2017 configura come rimesso all'accordo delle parti, cui qualifica viceversa estraneo, in quanto rientrante nella sfera di autodeterminazione del prestatore, l'organizzazione della prestazione lavorativa così da far dire all'Autore come esso non potrà mai realizzarsi attraverso l'esercizio da parte del committente di prerogative organizzative, e dunque in modo "rudimentalissimo o desumibile dal comportamento" del prestatore, come sostenuto in dottrina nell'ambito dell'originario quadro normativo, ma dovrà limitarsi all'indicazione delle condizioni esterne di esecuzione dell'opera "vale a dire ad esempio la natura e la dimensione dell'*opus*, il materiale da adoperare, eventualmente il tempo e il luogo di esecuzione", approdando alla conclusione per la quale il coordinamento verrebbe ad essere ridisegnato in una prospettiva del tutto opposta a quella che ravvisava in esso un elemento indifferenziabile, se non a livello meramente quantitativo, dal potere direttivo del datore, risultando riferibile unicamente all'*opus* o servizio dedotto in obbligazione; e, da ultimo, la facoltà di impartire istruzioni che la legge, con riferimento alle fattispecie tipiche del lavoro autonomo, attribuisce *ab origine* al creditore della prestazione e che, l'Autore omette di precisare, ha esclusivo riferimento alla realizzazione dell'*opus*, prescindendo del tutto dalla considerazione dell'attività del prestatore ad essa funzionale.

¹²⁷⁴L'impostazione ricalca quella già proposta in Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali, in Trattato di diritto civile e commerciale, Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 1996

In sostanza, profittando dell'oblio caduto sull'intenso dibattito da epoca risalente svoltosi sul tema nella dottrina giuslavoristica, rispolvera proprie tesi, che già a suo tempo non persuasero la prevalente dottrina, rilanciandole sulla base del preteso riscontro in formule normative quale quella dettata dall'art. 15, l. n. 81/2017 è intervenuta a novellare l'art. 409, n. 3, c.p.c. che palesemente si rispecchiano nelle più recenti e affinate versioni di quell'originario pensiero¹²⁷⁵, del resto proposto sulla scia delle elaborazioni dei nuovi studiosi della modernità maturate nelle plaghe periferiche dell'Europa¹²⁷⁶ e riversate nelle stanze, intrise di cultura economica, della Presidenza del Consiglio di memoria renziana, ove sono state percepite, piuttosto che per convinzione, per mera comodità di approdo ad una qualunque soluzione giuridica in fondo priva di rilevanza.

Ma ancora una volta la tesi, riflessa nella recente norma di cui all'art. 15, su quella tesi costruita e di quella ritenuta confermativa e tale da superare le perplessità che la tesi oggi ribadita aveva suscitato con riferimento al precedente quadro normativo, mostra, non diversamente da quanto già era registrabile in relazione alla sua originaria versione, evidenti difficoltà di tenuta se si pone attenzione ai passi in cui la suggestiva esposizione in astratto dell'affermata differenziazione in ordine all'estensione delle possibilità di esercizio di prerogative organizzative da parte del creditore della prestazione lascia il posto all'illustrazione in concreto di quella differenza.

5. Le ragioni della storia. Il ritorno all'originario *discrimen* tra *locatio operis* e *locatio operarum*.

A voler seguire il ragionamento che sostiene la lettura fatta propria da Perulli- ammettendo quindi l'inefficienza del criterio discrezionale tra subordinazione e autonomia dato dall'alternativa tra obbligazione di mezzi e di risultato e così aderendo a quella risalente tesi parimenti intesa a negare ad essa quella valenza, sulla base della considerazione per cui il risultato atteso dal creditore dedotto in contratto può andare oltre la portata semantica del riferimento all'*opus perfectum* e venire a coincidere con la stessa attività del prestatore venendosi così ad annullare la differenza con l'altro termine dell'alternativa, che nel difetto di autosufficienza di quell'attività, ovvero nell'irrelevanza dell'essere la spendita delle energie lavorative rivolta al conseguimento di un'opera in sé compiuta, vede radicata la ragione stessa di quella differenza, sicché sarebbero effettivamente ammissibili collaborazioni autonome connotate da etero-organizzazione e, dunque, ove questa si spingesse alla determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro "anche con riferimento ai tempi ed al luogo di lavoro" risulterebbe fondata la distinzione, operata dal combinato disposto dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 e dell'art. 15 l. n. 81/2017 all'interno di quella tipologia di rapporto, per cui a quelle così atteggiate si contrapporrebbero quelle per le quali resta preclusa ogni ingerenza del creditore sulle modalità di esecuzione dell'attività da parte del prestatore che si auto-organizza, risultando vincolato solo sul versante del coordinamento con l'organizzazione del committente per effetto dell'intesa negoziale a riguardo con questi conclusa – si deve convenire con l'Autore che queste ultime, per distinguersi effettivamente dalle prime, "devono necessariamente caratterizzarsi per rigorosi requisiti di autonomia nell'esecuzione dell'opus/servizio, con connotati di responsabilità e

¹²⁷⁵Cfr. A. Perulli, Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente, Wp C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 272/2015

¹²⁷⁶Vedi il precedente saggio di O. Razzolini, La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 266/20015

assunzione di rischio in capo al prestatore” e, per converso, “la coordinazione della sua prestazione non deve interferire con la piena autonomia nell’organizzazione della prestazione lavorativa, atteggiandosi a mero criterio di collegamento funzionale di questa con l’attività del creditore” così da costituire semplicemente “un veicolo per internalizzare nella struttura del contratto le condizioni programmatiche secondo le quali la prestazione d’opera coordinata e continuativa soddisfa l’interesse complessivo e globale del creditore”.

Senonché, come detto, nel momento in cui l’Autore va ad esemplificare gli elementi in cui si sostanzierebbe quel coordinamento da internalizzare nel contenuto del contratto, prescindendo da ogni prerogativa organizzativa, fa riferimento al tempo e luogo di esecuzione della prestazione, e dunque a quelle stesse modalità di organizzazione dell’attività del prestatore, in cui si estrinseca il potere di etero-organizzazione che connota le prime, legittimando la loro attrazione nell’area della subordinazione, o a condizioni esterne di esecuzione dell’opera, come la natura e la dimensione della stessa o il materiale da adoperare, chiaramente riconducibili al potere di impartire istruzioni in ordine alle caratteristiche dell’opera o del servizio commessi riconosciuto al committente nelle fattispecie tipiche del lavoro autonomo¹²⁷⁷.

La costruzione dell’Autore, apparentemente solida, rivela così la sua reale fragilità: i contenuti caratterizzanti i diversi poteri assunti come differenziati vengono a sovrapporsi e confondersi, vedendo sfumare la propria efficienza qualificatoria nella tendenziale polarizzazione dei possibili contenuti verso i due originari estremi dell’alternativa, da un lato la subordinazione, dall’altro l’autonomia, sicché l’articolazione tipologica si riduce, la soglia si assottiglia, il continuum non è più visibile.

Il che rende ragione dell’assoluta inconsistenza teorica ed inefficienza pratica delle due norme in esame, cui, viceversa, la suggestiva costruzione dell’Autore ha inteso conferire dignità: se la soluzione normativa si tiene è solo in quanto ciascuna delle due disposizioni trova senso e giustificazione nell’esistenza dell’altra, in un gioco di rispecchiamento e reciproca legittimazione, che conserva plausibilità logica e giuridica, solo se, come si sta verificando ben al di là di quanto testimoni il saggio di Perulli, l’operazione ermeneutica si risolve all’interno del contesto normativo dato, presa nella trappola del descritto circolo vizioso, trascurando il più ampio orizzonte segnato dalla raffinatezza dogmatica e dalla visione sistematica della riflessione dottrinale fin qui condotta.

Apprendosi a questa prospettiva ci si avvede che l’irrilevanza discrezionale dell’intangibilità della sfera di autodeterminazione del prestatore quanto alle modalità di esecuzione della prestazione, motivata dall’ammessa possibilità che il potere di interferenza del committente/creditore sull’attività solutoria del prestatore/debitore si estenda, non diversamente dal potere di conformazione del datore, alla definizione di quelle modalità, era dato già acquisito da quella dottrina acquetatasi sul prevalere della tesi della differenza meramente quantitativa ed anzi superato dal tentativo operato da altra autorevole dottrina¹²⁷⁸, di fondare per altra via sulla differenza qualitativa dei due poteri un utile criterio discrezionale tra subordinazione e autonomia.

¹²⁷⁷Non è un caso che T. Treu, *Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali*, in *Ricerche Giuridiche*, 3, 2014, p. 223, si preoccupi di precisare con riguardo al disposto dell’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 come siano riconducibili al potere di coordinamento del committente “i casi in cui i rapporti di lavoro, tra le parti e i vincoli di luogo e di tempo, in capo al collaboratore, sono solo quelli necessari al raggiungimento del risultato oggetto della collaborazione”

¹²⁷⁸Il riferimento è a M. Persiani, *Autonomia, subordinazione, coordinamento*, nei recenti modelli di collaborazione lavorativa, in *Dir. lav.*, 1998, p. 203.

E si trattava di una proposta interpretativa del tutto analoga a quella qui affacciata da Perulli.

Quella proposta veniva, infatti, a sostanzarsi nella modalità di manifestazione dei rispettivi poteri, modalità che nel caso del committente si riteneva si presentasse di necessità consensuale, dovendo esplicitarsi nei limiti del programma di lavoro che il prestatore, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, ha concordato in vista dello specifico risultato dedotto in contratto, laddove nel caso del datore, si poneva, invece come unilaterale, in ragione del configurarsi della prestazione oggetto del contratto come comprensiva delle diverse modificazioni della realtà materiale conseguibili attraverso essa, la cui selezione è prerogativa propria del datore in funzione dell'interesse creditorio al coordinamento della prestazione con la complessiva organizzazione del lavoro.

Senonché, posta in questi termini, la distinzione tra subordinazione e autonomia sembra situarsi piuttosto a livello dell'oggetto della prestazione, inteso come contenuto dell'attività lavorativa promessa e sostanzarsi nel dato, ad esso meramente estrinseco, dell'essere stato questo considerato nel regolamento negoziale nella sua specificità o, altrimenti, come mera variabile nell'ambito dell'insieme dei risultati materiali riconducibili alla prestazione dovuta.

Tant'è che nella versione aggiornata della teoria in esame¹²⁷⁹, di recente riproposta in dottrina, la distinzione tra autonomia e subordinazione è direttamente posta a quel livello.

Ciò è quanto si desume dalla conclusione cui quella dottrina approda con l'assumere ad elemento qualificante della prestazione d'opera destinata ad inserirsi nell'organizzazione altrui e ad essere, perciò, soggetta al potere di coordinamento del committente l'avere ad oggetto un *facere* continuativo che la stessa dottrina denomina "servizio" e definisce come quel risultato dato dalla "reiterazione nel tempo di un determinato comportamento idoneo a produrre, in modo continuativo, una certa utilità economica".

Da qui si dovrebbe, in effetti, poter argomentare che il risultato indicato dovrebbe essere tipico della prestazione qualificata dal potere di coordinamento del committente.

Argomento che, di contro, trova smentita da parte della stessa dottrina, cosicché la proposta distinzione finisce per sfumare del tutto, nel momento in cui si rileva che, a fronte di un contratto che preveda quella prestazione, il potere di ingerenza del titolare dell'organizzazione cui la stessa inerisce potrebbe essere modulato nel regolamento negoziale in termini tali che in capo a questi possa essere indifferentemente riconosciuto tanto il mero potere di controllo sull'esecuzione dell'opus, quanto il potere consensualmente delimitato di intervenire sulla fase di esecuzione dell'attività necessaria all'adempimento della prestazione, quanto, addirittura, il potere unilaterale di specificazione delle modalità di esecuzione della prestazione.

Con ciò, infatti, si ammette in relazione all'identico rapporto di collaborazione sia la mera eventualità dell'esercizio da parte del committente di un potere di ingerenza sull'organizzazione dell'attività del prestatore, sia la massima estensione dello stesso, negandosi quindi il presupposto stesso della distinzione proposta che appunto assumeva a criterio discrezionale la differente qualità del potere.

¹²⁷⁹Ci si riferisce a M. Marazza, Saggio sull'organizzazione del lavoro, Padova, 2002

Il che impone per ciò stesso il superamento di tale versione, conservando di essa il *quid novi*, o piuttosto quel quanto di antico che la stessa induce rispetto alla versione originaria, dato dall'aver riportato la distinzione tra subordinazione e autonomia al livello dell'oggetto della prestazione, non diversamente da quanto risultava dalla tesi tradizionale che agli stessi fini si valeva delle contrapposte categorie della *locatio operis* e della *locatio operarum*.

È, in effetti, su questo terreno che può trovare fondamento la distinzione tra subordinazione e autonomia e delinearsi così una soluzione per il problema qualificatorio, nella consapevolezza, peraltro, di doversi discostare dall'impostazione che su quello stesso terreno ha prospettato del tema la medesima autorevole dottrina, divenuta poi prevalente, tesa ad incorporare nella causa del contratto di lavoro subordinato il profilo dell'organizzazione, in modo tale da identificare il risultato atteso dal datore/creditore e dunque l'oggetto dell'obbligazione, non tanto nell'attività convenuta e dunque nel risultato materiale della prestazione, quanto nella collaborazione del soggetto contraente, comprensiva di quel risultato materiale, includendo il contratto la dimensione organizzativa del coordinamento della prestazione, in funzione dell'interesse del datore al conseguimento del risultato della produzione, assunto come "termine di riferimento dell'attività dovuta".

Si deve, infatti, ammettere che tanto il contratto di lavoro subordinato quanto il contratto relativo a prestazioni d'opera destinate ad inserirsi nell'organizzazione altrui costituiscono elementi negoziali di un'organizzazione, qual è l'impresa, eccedente l'organizzazione del fattore lavoro, in sé priva nel nostro ordinamento di giuridica rilevanza, di modo che entrambe le tipologie di contratto si connotano per la loro idoneità ad incorporare una funzione organizzativa, che, dunque, non può fungere da criterio discrezionale delle stesse né risulta graduabile.

L'approdo può essere rappresentato dall'adesione a quella diversa linea di pensiero che da Giorgio Federico Mancini¹²⁸⁰ discende per essere raccolta, filtrata da Gino Giugni¹²⁸¹, dapprima da Franco Liso¹²⁸² e poi da Umberto Carabelli¹²⁸³, in base alla quale l'oggetto della prestazione proprio del contratto di lavoro subordinato è dato dall'"apporto di utilità qualitativamente corrispondente allo svolgimento delle mansioni"¹²⁸⁴ inteso come "frammento dell'organizzazione che vive nel comportamento del lavoratore", di modo che è tale risultato, che qualifica giuridicamente in modo costante, quali che siano i concreti compiti svolti, l'attività del lavoratore, assorbendo la variabilità del risultato materiale della stessa, a ricomprendere, incorporandolo, il coordinamento, che va a riflettersi in termini giuridicamente rilevanti sul comportamento solutorio del lavoratore esclusivamente attraverso la conformazione alle esigenze organizzative del datore che al comportamento stesso deriva dall'esercizio del suo potere direttivo.

Nell'ambito del contratto di lavoro autonomo l'apporto di utilità qualificante la prestazione lavorativa viene invece ad identificarsi nell'*opus*, ovvero nel bene o servizio oggetto della commessa, non diversamente, ricadendo esse nell'area dell'autonomia, da come si verifica per le

¹²⁸⁰Vedi dell'A. La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, Milano, 1957

¹²⁸¹Il riferimento è a "Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro", Napoli, 1963

¹²⁸²La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale., Milano, 1982

¹²⁸³Ci si riferisce alla relazione tenuta dall'A. alle Giornate di studio dell'AIDLASS, Teramo 2003, Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo, in Giorn. Dir. lav. rel. ind., 2004, p. 1

¹²⁸⁴La definizione è di F. Liso, op. loc. ult. cit., p. 56

collaborazioni coordinate e continuative, che a loro volta si distinguono dalle prestazioni tipiche di lavoro autonomo in relazione all'elemento estrinseco all'oggetto della prestazione dell'essere questa destinata ad inserirsi nell'organizzazione produttiva di altri, presupponendo, diversamente da queste ultime il necessario coordinamento con quell'organizzazione, che, tuttavia, come è emerso dall'analisi della riflessione dottrinale in ordine alla natura e contenuto di quel potere in sé e comparato con la relazione di potere che connota i rapporti contermini, può concretarsi indifferentemente tanto nel mero collegamento funzionale con quella organizzazione quanto nella definizione delle modalità di esecuzione della prestazione e, dunque, nell'esercizio di prerogative organizzative.

Ne deriva, da un lato, che la distinzione operata a livello normativo dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 e dall'art. 15, l. n. 81/2017 all'interno della tipologia dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa sul presupposto della diversità degli ambiti di ingerenza del committente rispetto all'organizzazione della attività del prestatore è priva di fondamento giuridico, dall'altro che le medesime norme, non solo sono prive di efficienza qualificatoria, problema che, del resto, attraverso l'assimilazione attuata sul versante della disciplina, tendevano ad aggirare, ma, considerata l'impossibilità di attribuire valore significativo al criterio prescelto attinente all'estensione del potere, stante, per quanto detto, l'assoluta sovrapposibilità tra etero-organizzazione e coordinamento, come di queste con il potere direttivo e la facoltà di impartire istruzioni, non rivestono valenza alcuna sul piano, fondamentale, ove si riguardi la questione dal punto di vista della giurisdizione, della selezione della disciplina applicabile ai singoli rapporti, che resta pertanto ancora, al di là ed anzi contro ogni originaria intenzione, rimessa al giudice¹²⁸⁵.

¹²⁸⁵Un riferimento esplicito alla "supplenza giudiziaria" lo si rinviene in Treu, Rimedi e fattispecie..., cit. p. 26

Le politiche di *austerity* e i diritti sociali fondamentali^α

Giorgio Fontana

1. L'austerità e la crisi europea.	453
2. Un breve (ma necessario) promemoria.	462
3. Quali conseguenze sui diritti sociali fondamentali? Il problema del welfare state.	460
4. I diritti del lavoro nella crisi.	464
5. E la Carta sociale europea? Per la tutela dei diritti fondamentali.	469
6. Conclusioni.	472
Bibliografia.	474

^α Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 140/2017

1. L'*austerità* e la crisi europea.

Il tema del rapporto fra le politiche di *austerità* e i diritti sociali fondamentali ha rappresentato un campo di riflessione coinvolgente non soltanto il mondo giuridico, interessando direttamente la sfera politica e le prospettive future del progetto di integrazione europea.¹²⁸⁶ Ma in effetti anche questa stagione sta volgendo al termine, lasciando il posto a diverse problematiche e nuovi cambiamenti *inattesi*:¹²⁸⁷ l'estendersi ed approfondirsi della crisi europea, crisi non più solo economica ma, dopo la *Brexit* e la svolta indipendentista della Catalunya, anche politica ed istituzionale - crisi multidimensionale - e poi la svolta radicale della Presidenza USA, che dà nuova linfa e rilancia con forza le tendenze "sovraniste" e protezionistiche, sullo sfondo dei gravi irrisolti problemi della "vecchia" Europa (dalla disoccupazione alla mancata crescita economica fino al tema drammatico dell'immigrazione, che qualcuno ha definito un esodo¹²⁸⁸, da Sud e da Est).

Si tratta di cambiamenti e problemi che mettono in questione, a ben vedere, il destino dei popoli europei e della nostra Europa sociale, aprendo nuovi scenari e suggerendo nuove riflessioni, prima fra tutte la tenuta stessa dell'endiadi "democrazia politica ed economia liberale",¹²⁸⁹ -che aveva costituito il fondamento e la chiave del successo delle società di mercato dopo i totalitarismi del Novecento – costringendoci nostro malgrado a interrogarci seriamente sui limiti del capitalismo.¹²⁹⁰ Nonostante le rassicurazioni dei protagonisti della politica europea e delle élite egemoni nel panorama culturale, sembra inverarsi il "trilemma" prefigurato da Rodrik nel 2011, ossia l'impossibilità di realizzare simultaneamente (e rendere compatibili) globalizzazione economica, democrazia politica e sovranità/autonomia nazionale.¹²⁹¹

Per stare nel perimetro di questo saggio, indubbiamente la crisi economica può considerarsi, come osserva Etienne Balibar, terreno elettivo per la sperimentazione di una "strategia" difensiva che è da ritenersi quanto meno corresponsabile delle prospettive deprimenti dell'integrazione europea e dell'economia europea, che probabilmente sono legate più di quanto si pensi.

Proprio la non risoluzione dei problemi di fondo della crisi europea (che, si ripete, è oramai crisi a trecentosessanta gradi) dimostra la necessità non di piccoli cambiamenti e di una "manutenzione" del progetto europeo, ma di un radicale cambiamento di prospettiva e di "clima" generale, ossia di una nuova economia politica, che appare sempre più come l'unica *chance* per l'Europa di tornare ad un sano sviluppo economico e sociale.¹²⁹² C'è tuttavia, attorno a questi problemi, pur da nessuno negati, una resistenza e un ambiguità che non sembrano facilmente superabili. Ancora vengono riproposte, tal quali, dai nostri governanti e da circoli intellettuali importanti, le

¹²⁸⁶ Per una recente riflessione sulla crisi europea Guazzarotti 2016; per un bilancio dei cambiamenti dell'infrastruttura giuridica e politica provocati da dieci anni di crisi e di trasformazione del capitalismo, fra gli altri Ferrarese, 2017, specialmente pag. 151 e ss., Geiselberger, 2017.

¹²⁸⁷ Nel senso che ne dà Edgar Morin, di eventi in grado di cambiare la traiettoria storica, che non cessa invero mai in verità di apparirci "lineare" e progressiva per una visione della storia che il filosofo francese definisce "pseudo-razionale" (Morin, 2015).

¹²⁸⁸ Così il magnifico reportage di Quirico, 2016.

¹²⁸⁹ Per queste riflessioni si veda ancora il volume di Edgar Morin citato nella nota precedente.

¹²⁹⁰ Fra i tanti contributi Allegri, Bronzini 2014.

¹²⁹¹ Rodrik, 2011; si vedano le riflessioni raccolte nel volume a cura di Chalmers, Jachtenfuchs, Joerges, 2016

¹²⁹² Balibar, 2016

stesse formule fallimentari che hanno dominato la scena negli ultimi due o tre decenni, con esiti disastrosi: deregolamentazione, privatizzazione, liberalizzazione, i grandi miti dei nostri tempi, figli della “fine della storia” ma in realtà la più grande macchinazione ideologica che sia stata mai compiuta.

Non che manchino progetti e modelli alternativi: l'appello-manifesto di un anno fa di 138 economisti francesi dal titolo emblematico “*Pour sortir de l'impasse économique*” descrive molto bene sia la natura dei problemi causati dalla ortodossia monetarista e liberista, sia la poliedricità della crisi europea, sia infine le traiettorie possibili per uscirne, rilanciando politiche solidariste e keynesiane, riprendendo dall'archivio storico temi quali la riduzione del tempo di lavoro per combattere la disoccupazione tecnologica, il reddito universale di base ed altro ancora.¹²⁹³ Ma allo stato, l'inerziale riproporsi di “ricette” sempre più screditate continua ad aver la meglio, in nome di un “rigore” senza giustizia che pare avere soltanto uno scopo punitivo nei confronti dei paesi indebitati, rei, secondo la dottrina imperante, di aver violato il principio di responsabilità (il parallelismo fra il “problema dell'almènda” e l'indebitamento eccessivo degli stati dell'Eurozona formulato da personalità di primo piano dell'*establishment* europeo è quanto mai sintomatico).¹²⁹⁴ Oltre a stabilire in questo modo colpe e responsabilità del tutto disancorate dalla storia degli ultimi decenni, chi pensa così elude il problema cruciale della (in)sostenibilità del processo d'integrazione europea senza politiche macroeconomiche che siano in grado di ridurre le disuguaglianze e creare il *demos* europeo. Come scrive un autorevole commentatore delle vicende europee è un inganno, poiché “*the economic (and political) discourse around present rescue programs does not focus on European economic crises as induced by the imbalances created by the monetary union*”.¹²⁹⁵

Ma come si è creata questa situazione? Perché si è imboccata una strada che oggi rivela tanti errori di prospettiva? Ovviamente non si può qui neppure tentare di rispondere a problematiche così complesse, ma, volendo almeno commentare le scelte più recenti compiute dai governi europei, si potrebbe ritenere, seppure con una certa approssimazione, che il passaggio decisivo sia avvenuto dopo il 2010, dopo la prima fase di crisi del sistema bancario. Isolando e sconfiggendo le posizioni favorevoli a politiche espansive, la dottrina tedesca della *expansionary fiscal consolidation* portò in breve tempo all'elaborazione di quelle misure che vengono generalmente riassunte col nome di *austerity*: dal c.d. *Six Pack* alla fine del 2011 agli altri provvedimenti aventi lo scopo di rafforzare i vincoli di bilancio e irrigidire il sistema di *governance* fiscale dei paesi dell'eurozona, fino all'adozione nel marzo 2012 del Trattato di stabilità coordinamento e *governance*, meglio noto come *Fiscal Compact* (con cui, fra l'altro, si impose a tutti i paesi della zona euro di

¹²⁹³ L'appello è stato pubblicato in Francia nel novembre 2016 insieme ad un'analisi molto attenta della situazione economico-sociale dei paesi dell'Eurozona, con proposte concrete e realistiche (v. AA.VV., 2016).

¹²⁹⁴ Si legga il discorso di J. Weidmann, Presidente della Deutsche Bundesbank, tenuto il 26 aprile 2016 all'Ambasciata tedesca a Roma e pubblicato sul sito della Bundesbank, in cui si sostiene che nell'area dell'eurozona si è riproposto sotto altre forme “il problema dell'almènda ovvero la tragedia dei beni comuni”, per cui gli stati sarebbero stati tentati di ricorrere al moral hazard di un elevato indebitamento pubblico a livello nazionale, che, pur essendo proficuo per il singolo stato, risulterebbe nocivo agli interessi generali degli altri paesi europei. Ma indubbiamente paragonare la crisi economico-finanziaria al sovra-sfruttamento delle risorse ittiche, come fa Weidmann, può essere considerato solo un escamotage dialettico e niente più, per instillare la convinzione che la crisi del debito pubblico iniziata in Europa a partire dal 2009 sia da addebitarsi all'indisciplina fiscale dei paesi più deboli e in particolare dei paesi euro-mediterranei, che, si è detto, “hanno vissuto al di sopra delle proprie possibilità” (sostenendo una tesi insostenibile, vista l'inconfutabile correlazione fra il debito accumulato da alcuni stati e il credito corrispondente di altri: v. Streeck 2013).

¹²⁹⁵ Scharpf, 2016

introdurre in Costituzione il principio del pareggio di bilancio, in Italia attuato con la discussa modifica dell'art. 81 Costituzione). È in questo quadro che nascono le nuove politiche europee, volte ad applicare rigorosi criteri di sostenibilità fiscale (principalmente attraverso una compressione della spesa pubblica), a rimuovere o alleggerire la normativa a protezione del mercato del lavoro, ad avviare programmi di liberalizzazione e privatizzazione (le cosiddette riforme strutturali). Ricette che ineriscono all'economia politica meglio nota come *Washington consensus*, ossia all'approccio che in passato è stato adottato dal Fondo Monetario Internazionale nei confronti dei paesi debitori sotto altre latitudini.

Si è trattata di un'azione concentrica ma non priva di precisi radicamenti nella dottrina neo-liberista e di significativi antecedenti: *"the imperative of euro survival has radicalised the pressures on welfare-state traditions"*, pressioni che erano già in atto da tempo e sono state portate alle estreme conseguenze.¹²⁹⁶ Sembra paradossale ma è così. Seppure il principio tanto enfatizzato dell'*economia sociale di mercato*, addirittura inscritto nel Trattato, poteva far presumere una certa distanza culturale da quest'impostazione, proprio l'Europa si è spinta oltre rispetto a qualsiasi altro paese o istituzione su questa direttrice.¹²⁹⁷ In effetti, la "resilienza" della dottrina dell'*austerità*, nonostante i suoi conclamati fallimenti, è un vero enigma dei nostri tempi.¹²⁹⁸ Tutte le maggiori economie (da quella asiatica a quella statunitense) hanno affrontato la crisi con politiche keynesiane espansive¹²⁹⁹ e solo la risposta europea è stata di tipo diverso ed anzi opposto. Neppure i ripetuti "moniti" della Presidenza Obama, che ha più volte apertamente sottolineato come l'ortodossia fiscale e monetaria fosse uno dei fattori centrali della crisi dell'eurozona,¹³⁰⁰ sono serviti a distrarre i vertici europei e tedeschi da quello che è parso come un "accanimento terapeutico". Finanche l'FMI ha dichiarato apertamente come le politiche di aggiustamento siano state eccessive e controproducenti, criticando l'imposizione di politiche di *austerità* nell'eurozona.¹³⁰¹ Come si sa, la risposta della Commissione a queste critiche e sollecitazioni è stato il c.d. Piano Juncker, definito dall'*Economist* come *"a magical thinking of a medieval alchemist"* e rimasto sostanzialmente ancora oggi, a distanza di tre anni, un oggetto misterioso.¹³⁰² Da allora poco o nulla è accaduto, solo nuove tensioni fra i protagonisti dell'integrazione europea e uno stato di attesa che sembra celare una paralisi di fondo del progetto europeo (e del resto, che la Commissione voglia continuare sul sentiero del *"fiscal pact"* è comprovato dall'interpretazione molto rigorosa dei vincoli in materia di bilancio, che tante polemiche ha sollevato anche nel nostro paese).

¹²⁹⁶ Joerges, 2016

¹²⁹⁷ Fitoussi, Saraceno, 2013

¹²⁹⁸ Ancor più difficile da decifrare considerando che nasce sul presupposto non già di certezze ma di quelle che possono considerarsi, secondo molti studiosi, soltanto come delle interpretazioni della crisi che ha investito l'area euro-mediterranea e su questa base agisce colpendo le strutture del welfare che fino a prima della crisi rappresentavano, a ben vedere, una delle principali "preoccupazioni" degli stati (Ranci, Pavolini, 2015). Il rifiuto di trattare la crisi come una crisi sistemica e l'idea che fosse piuttosto responsabilità dei paesi "indisciplinati" risolvere il problema del debito pubblico, contro ogni principio di solidarietà, hanno consentito di rovesciare l'intero peso del costo dell'aggiustamento sugli stati in deficit ai quali non è restato che intervenire in modo pesante sui sistemi di welfare e sui servizi pubblici con una nuova ondata di privatizzazioni (D'Antoni, Nocella 2015). Sicché pare giusto dire che le politiche di austerità si sono in poco tempo rivelate non già la cura ma il male da curare (Fitoussi, Saraceno, 2013; Pavolini, Raitano 2015).

¹²⁹⁹ Cafruny, 2015

¹³⁰⁰ US Treasury, 2013 e 2014

¹³⁰¹ Blanchard and Leigh, 2013

¹³⁰² The Economist, 2014, 38.

Ma almeno, come ha osservato Majone, *“This crisis, serious as it is, has at least the advantage of revealing fundamental structural flaws in the entire European construction – flaws concealed in the past by the prevailing “political culture of total optimism”.*”¹³⁰³

Anche se lentamente, di fronte all’esplosione di fenomeni inediti e minacciosi, di fronte agli avvenimenti *inattesi* a cui si è fatto riferimento prima, si fa ora strada una nuova consapevolezza (si accennava prima emblematicamente all’appello dei 138 economisti francesi ma tanti altri significativi segnali possono cogliersi in tal senso). Ma la critica non si traduce ancora in un’alternativa reale: certo per il freno di interessi molto corposi a difesa dello *status quo* ma anche per un incrollabile conformismo culturale (che conduce all’isomorfismo delle soluzioni politiche), che rischia di risolversi tragicamente in un clamoroso *boomerang* lasciando campo libero alle tendenze nazionaliste e protezionistiche, alle risposte reazionarie e irrazionali alla crisi della globalizzazione e del liberismo.

Forse alla resistenza al cambiamento non può dirsi estraneo l’auto-isolamento delle élite, denunciato anni fa da Lasch.¹³⁰⁴ L’*establishment* politico ed economico, lo stesso mondo accademico, sono stati ipnotizzati dall’apparente successo dell’euro sui mercati internazionali e dalla promessa, dopo Maastricht, di insediare i diritti sociali al centro del progetto europeo quando proprio questo Trattato può dirsi, in effetti, il momento cruciale della scelta “mercantista” e liberista dei governi europei.¹³⁰⁵ Ed ancora più sorprendente è che tutte le proposte di cambiamento e di intervento per fronteggiare la crisi elaborate nei circoli più importanti non hanno mai messo in discussione il dogma dell’Unione monetaria come parte dell’*acquis* comunitario, ossia l’obbligo per i paesi che soddisfino i criteri di Maastricht di adottare la moneta comune, nonostante il fatto che proprio il sistema concepito a Maastricht rappresenti agli occhi di molti esperti un grave errore macroeconomico.¹³⁰⁶

In questo contesto, il perpetuarsi oramai senza giustificazione della dottrina dell’*austerity* condanna la periferia dell’eurozona ad una prolungata stagnazione. Con la soluzione keynesiana interdetta dalla Germania, l’Europa sembra orientarsi verso un modello “*export-led growth*”,¹³⁰⁷ il che comporta quasi inevitabilmente ulteriori pressioni sui salari e ancora riforme in senso liberista del mercato del lavoro, ortodossia fiscale sotto la stretta sorveglianza di Berlino e *deregulation*, imprigionando il progetto europeo (a meno di fenomeni di disgregazione ancor più gravi) all’interno di un modello neoliberale che tende a caratterizzarsi, come già da tempo avevano avvertito alcuni studiosi, in senso autoritario, resuscitando al tempo stesso, per contro-reazione, i fantasmi del passato, le spinte secessioniste ed identitarie, populismi e nazionalismi di varia natura ed origine, che credevamo definitivamente scomparsi.¹³⁰⁸

¹³⁰³ Majone 2011

¹³⁰⁴ Lasch, 1995.

¹³⁰⁵ Si veda l’analisi attenta di Guazzarotti della manualistica costituzionalistica e giuslavorista italiana, in cui non si riscontrano valutazioni critiche dell’Unione monetaria e del Trattato di Maastricht ma solo opinioni ottimistiche e conformiste (cfr. Guazzarotti, 2016). Fra i pochi influenti studiosi che espressero forti riserve, segnalando i gravi pericoli insiti nel sistema euro e nel trattato di Maastricht, si può ricordare l’economista “eretico” Wynne Godley, che sul London Review of Books, 1992, 14,19, con un articolo dal titolo Maastricht and All That, mosse critiche quasi profetiche all’Unione monetaria, sollevando reazioni stizzite e innumerevoli disapprovazioni. L’articolo può leggersi sul sito www.lrb.co.uk/v14/n19/wynne-godley/maastricht-an-all-that.

¹³⁰⁶ v. Majone 2012, che ricorda come per Krugman sia stato anzi un “errore fatale”.

¹³⁰⁷ Cafruny, 2015

¹³⁰⁸ Wilkinson, 2013

2. Un breve (ma necessario) promemoria.

Le determinanti storiche di questi sviluppi così negativi dell'integrazione europea sono, già si è detto, molto complesse. Sono domande che richiedono risposte articolate, non risposte trancianti, che non rappresenterebbero alcun serio momento di riflessione. Ma, seppur a volo d'uccello, è forse utile ricordare, quanto meno, che nel progetto di integrazione europea sono state fin dall'inizio compresenti due diverse "linee", fra loro incompatibili, rappresentate emblematicamente dal *Piano Werner* del 1970, destinato ad essere accantonato, e dal successivo, molto diverso *Piano Delors* del 1989, sfociato invece nel trattato di Maastricht, che ben descrivono in diacronia la transizione dall' "*embedded liberalism*" che caratterizzava il primo progetto al modello spiccatamente neo-liberista del secondo.¹³⁰⁹ Ed infatti, se il *Piano Werner* stabiliva per il sistema economico della comunità europea un modello di tipo keynesiano, in cui la politica monetaria doveva costituire strumento per la crescita economica e il pieno impiego, avendo lucida consapevolezza dell'importanza ed essenzialità della politica economica e fiscale (e dei problemi strutturali) all'interno di un sistema monetario unico e prevedendo finanche un proporzionato *budget* economico dell'Unione, il suo abbandono, senza che nessuna delle sue - oggi possiamo ben dire - lungimiranti intuizioni fosse preservata, segnerà il destino dell'Europa per i successivi decenni,¹³¹⁰ preparando il terreno per l'adozione del successivo *Piano Delors*, che troverà una sua traduzione molto decisa da parte dei governi europei nel Trattato di Maastricht del 1992. Un piano, si è notato, non formulato dai politici ma dalle banche centrali,¹³¹¹ che ha rovesciato completamente l'impostazione del precedente *Piano Werner* e, nonostante il retorico richiamo all'Europa sociale, di fatto ha subordinato l'occupazione e le politiche sociali all'obiettivo della solidità monetaria, confinando la politica economica (e la politica sociale, *cela va sans dire*) all'interno della sfera nazionale.¹³¹²

In contrasto con il *Piano Werner* gli architetti di Maastricht posero grande enfasi sulla disciplina monetaria e fiscale degli stati membri, in linea con l'ordo-liberalismo germanico-austriaco, progettando una banca centrale indipendente non sottoposta al controllo democratico e governando il sistema della moneta unica attraverso i criteri di convergenza del Patto di stabilità e crescita, di cui il Trattato meglio noto come *Fiscal Compact* del 2013 rappresenta il logico sviluppo. Un sistema in cui, si è notato, le politiche anticicliche sono di fatto abolite (anzi, i paesi sono di fatto "obbligati" a politiche *pro-cicliche*) e l'onere dell'aggiustamento è posto non più sul cambio ma sul mercato del lavoro,¹³¹³ e governato da rigide regole (e non da istituzioni politiche rappresentative) rese finanche giustiziabili, con l'obiettivo di immunizzare l'Europa "...una volta per tutte da possibili derive keynesiane nella gestione macroeconomica".¹³¹⁴

¹³⁰⁹ Cafruny, 2015.

¹³¹⁰ Syrrakos, 2010

¹³¹¹ James, 2012

¹³¹² Durand and Keucheyan, 2015

¹³¹³ Cafruny, 2015

¹³¹⁴ Joerges e Giubboni, 2013, qui p. 348

Gli sviluppi successivi non hanno risolto né le ambiguità dell'integrazione europea né hanno corrisposto alle aspettative di un processo realmente "costituente", lasciando la costruzione dell'Europa ancorata alla politica tanto cara a Jean Monnet dei piccoli passi e del "fatto compiuto", una politica oramai anacronistica che tuttavia è stata costantemente riproposta.¹³¹⁵

Vengono oggi al pettine gli errori, le ambiguità e i compromessi che hanno caratterizzato l'ultima fase del progetto europeo. Le reticenze e gli accordi "al ribasso" dell'intesa che ha portato all'adozione del Trattato di Lisbona nel 2007 sono ora più evidenti che mai. La crisi sembra anzi "punire" l'ambizione dei governanti europei di disegnare un'architettura istituzionale molto complessa ed articolata ignorando i problemi di fondo dell'Unione in materia politica ed economica.¹³¹⁶ Sicché anche i passi in avanti compiuti con l'adozione del Trattato appaiono irretiti e sterilizzati dalla sua logica "compromissoria",¹³¹⁷ portando allo scoperto l'inadeguatezza del *gradualismo* delle politiche di integrazione. E fra questi compromessi indubbiamente una valenza peculiare assume oggi la scelta di non mettere minimamente in discussione l'assetto delle competenze definito dall'art. 153.5 TFUE – disposizione, si rammenta, che esclude il potere d'intervento dell'Unione in tema di retribuzione, diritto di associazione e diritto di sciopero, materie cruciali per l'integrazione sociale europea.

Come ha scritto Bruno Veneziani *"the institutional structure set out by the Lisbon Treaty empowers the EU's fragile democracy to make decision making more effective and accountable"*.¹³¹⁸ Solo la crisi profonda della zona Euro, infatti, ha imposto cambiamenti a questa situazione, ma ben diversi da quelli attesi dall'opinione pubblica europea. La nuova linea, velocemente disegnata sul fallimento di Maastricht, è ora quella di consentire interventi diretti sugli ordinamenti nazionali, dettando non solo limiti macro-economici ma vincoli stringenti alle politiche degli stati, sotto il diretto controllo di organismi sovranazionali estranei al quadro istituzionale dell'Unione.¹³¹⁹ Il principio di "condizionalità" (introdotto dal nuovo art. 136.3 TFUE) rappresenta regola fondamentale e fondante della nuova *governance* economica ed il segno più evidente del suo carattere tecnocratico, privando gli stati sottoposti ai programmi di "aiuto finanziario" di autonomia in campo sociale, economico e fiscale.¹³²⁰ Viene in tal modo profondamente modificata quella linea

¹³¹⁵ Guazzarotti, 2016

¹³¹⁶ v. Ashiagbor, Countouris, Lianos, 2012, che giustamente notano come "The crisis is having the paradoxical effect of punishing the Lisbon compromise for being both too bold – in designing an extremely sophisticated but increasingly intricate institutional division of power within the EU – and too cautious in its overly optimistic view that important institutional, policy and economic questions could be left half-addressed or ignored altogether". E' stata in tal modo disgregata "la convinzione che il Trattato di Lisbona avesse offerto, ormai, un quadro istituzionale solido ed efficace per disciplinare il processo decisionale continentale attraverso regole più chiare e trasparenti di governance e con un ruolo più solido del Parlamento europeo" (Bronzini, 2012b).

¹³¹⁷ Pech, 2012.

¹³¹⁸ Veneziani, 2014.

¹³¹⁹ Giubboni, 2013. Il primo passo in direzione di una "presa di controllo" delle leve di politica sociale ed economica dei governi nazionali lo si è avuto con il Patto Euro Plus adottato dal Consiglio nel vertice del 23-24 marzo 2011, grazie al quale, con la modifica dell'art. 136 FFUE, il meccanismo di stabilità finanziaria viene basato esplicitamente sul principio di "rigorosa condizionalità". Viene così recisa quella linea di controllo dei bilanci pubblici, varata con il Trattato di Maastricht, per la quale "lo stato resta padrone della distribuzione delle risorse ..ma non controlla la possibilità di incrementare le spese ricorrendo al debito pubblico" (Cassese 2012, 322-323).

¹³²⁰ Veneziani, 2014. Ma lo stesso avviene anche nei confronti di paesi che non hanno fatto ricorso al fondo salva-stati (ESM), come l'Italia, a cui è stata di fatto dettata l'agenda delle riforme.

dualistica, a cui si è fatto cenno, grazie alla quale veniva garantita l'autonomia degli stati nella gestione delle politiche economiche e sociali, autonomia che la crisi finanziaria, complice l'ap-proccio delle istituzioni europee, ha completamente distrutto.

Ma se i parametri macroeconomici e le relative condizionalità (v. art. 136 3 co. TFUE) sono definiti a livello sovranazionale, in un ambito molto rarefatto di decisione (BCE, Commissione, FMI), è pur sempre nelle arene nazionali che si svolgono le "cruente battaglie" per redistribuire i sacrifici resi necessari da quelle decisioni. Resta fermo in altre parole lo squilibrio che caratterizza la costruzione euro-unitaria, "tra (scarsa) capacità di risposta politica (i.e. di integrazione positiva) e (forti) vincoli alla autonomia degli stati membri in nome della stabilità della integrazione (negativa) del mercato".¹³²¹ Se dunque da un lato si è registrata la riproposizione della "vecchia" politica europea, basata sulla divaricazione fra "costituzione economica" e "costituzione sociale", dall'altro la strategia anticrisi sembra colpire la sovranità degli stati in modo indiretto ma molto efficace.

Del resto la mancanza di una "decisione politica fondamentale" sui principi della solidarietà euro-unitaria, da cui originano tensioni e diffidenze reciproche, impedisce tuttora di ricondurre all'interno dell'Unione l'apparato normativo che istituisce la nuova *governance* economica europea e fissa le regole applicabili. E la risposta alla crisi sembra così disattendere, come hanno scritto efficacemente Joerges e Giubboni, "l'originario ideale normativo di un ordine costituzionale dell'economia europea...mettendo ormai apertamente in discussione i postulati costituzionali della forma dello Stato di diritto, democratico e sociale, sulla quale si è storicamente radicata la costruzione comunitaria".¹³²² Inevitabile, si potrebbe dire, è dunque la deriva tecnocratica, vale a dire la depoliticizzazione delle questioni di giustizia sociale e redistributiva, con il rischio, mai come adesso, che invece del *deficit* democratico l'Europa possa piuttosto registrare un vero e proprio *default democratico*.¹³²³ Alla *governance* multilivello (con un ruolo delle istituzioni della UE di indirizzo *soft*) si sostituisce rapidamente un modello "accentrato e strutturato attorno alla diade governo nazionale–organismi sovranazionali",¹³²⁴ che Habermas ha definito come il "federalismo degli esecutivi"¹³²⁵: mutamento di non poco conto nella "forma" e nel funzionamento della democrazia rappresentativa.

Tutto questo sollecita infatti, inevitabilmente, riflessioni critiche in profondità, giacché se da un lato il progetto di integrazione europea sembra alludere ad un'associazione di stati liberi ed eguali, orientati dal principio di leale collaborazione, di fatto con la crisi si registra un passo decisivo verso un modello che può definirsi di "*new intergovernmentalism*", con un ruolo dominante del Consiglio d'Europa, all'interno del quale sono gli stati più forti che, evidentemente, esercitano il potere di indirizzo reale.¹³²⁶ I paesi deboli vengono - di fatto e di diritto - emarginati dalla ge-

¹³²¹ Giubboni, 2013; sia consentito rinviare, su questi punti e questioni, a Fontana 2014 e 2015.

¹³²² Joerges, Giubboni, 2013

¹³²³ v. Majone, 2012.

¹³²⁴ Pavolini, Raitano, 2015

¹³²⁵ Habermas 2012

¹³²⁶ Chalmers, Jachtenfuchs, Joerges, 2016

stione politica della crisi e non hanno nessuna possibilità di incidere su decisioni che poi si riflettono sulle condizioni di vita dei propri cittadini;¹³²⁷ decisioni che possono dirsi senza enfasi prive di legittimazione democratica, visto che nulla autorizza alcuni governi ad imporre decisioni “*on another member state that would intervene deeply in the institutional, social and economic fabric of its society*”.¹³²⁸ Non è dunque azzardato sostenere che le istituzioni europee sembrano costituire oramai, in certo senso, un avamposto della finanza globale,¹³²⁹ insensibile ai diritti e alla socialità ed espressione di un “*authoritarian constitutionalism*” molto lontano dagli ideali di “*progressive constitutionalism*” dell’originario progetto d’integrazione europea.¹³³⁰ Se infatti la natura democratica degli stati membri poteva dirsi sufficiente a legittimare anche i poteri “derivati” a livello comunitario fintanto che questi poteri avevano un ambito di competenze circoscritte, la sproporzione tra i nuovi, dirompenti poteri, che influiscono sulle politiche e sulle competenze degli stati al di fuori del quadro euro-unitario, e le risorse normative disponibili, pone oggi un problema nuovo e qualitativamente diverso.¹³³¹

Il pur difficile compromesso basato su un complesso sistema di compensazioni fra stato nazionale, in cui è insediato lo stato sociale, e l’Europa, sede di un mercato prima aperto e poi unico, va così definitivamente in crisi. Sembra archiviarsi in modo radicale e definitivo quel teorema secondo cui il *deficit* democratico dell’Unione europea e la problematica rappresentatività delle sue istituzioni potevano dirsi di fatto controbilanciati dalla capacità complessiva di questo assetto di garantire risultati in termini di benessere maggiori di quelli ottenibili dai singoli stati.¹³³² Volge forse definitivamente al tramonto il vecchio modello di integrazione e di armonizzazione tecnocratica delle economie europee: “*the old mode of technocratic integration supervised by non-majoritarian institutions and aiming at an ever closer harmonisation among the EU’s member states (the Eurocrats’ dream) is empirically over and normatively unsustainable (if it ever was defensible)*”.¹³³³

3. Quali conseguenze sui diritti sociali fondamentali? Il problema del welfare state.

Che la crisi si sia poi scaricata sui sistemi nazionali di sicurezza sociale, sulle garanzie dei diritti sociali e, quindi, sulle condizioni di vita delle fasce più deboli e disagiate della popolazione, è un’evidenza obiettiva, neppure di fronte alla quale si sono registrati cambiamenti politici.

Praticamente tutti i paesi europei sottoposti alle ingiunzioni del *government* dell’Eurozona, non avendo altre vie d’uscita, hanno dovuto con le proprie stesse mani auto-mutilare ed aggredire i sistemi di *welfare* e di sicurezza sociale edificati all’interno degli ordinamenti nazionali.

Come sostengono alcuni studiosi italiani che hanno analizzato molto attentamente questi problemi, dedicando al tema un numero monografico di *Meridiana*, l’area dei paesi euro-mediterranei, forse per le sue caratteristiche di fondo, sembra acquisire nel contesto della crisi una comune

¹³²⁷ Così pure, in modo molto incisivo, Ruggeri 2012.

¹³²⁸ Scharpf, 2016

¹³²⁹ Pinelli 2013

¹³³⁰ Oberndorfer, 2014

¹³³¹ Majone, 2012.

¹³³² Majone, 1998

¹³³³ Chalmers, Jachtenfuchs, Joerges, 2016

tendenza, molto incisiva, a implementare politiche volte al ridimensionamento dei sistemi di *welfare* (il che è quanto meno un indizio della loro eteronomia). In particolare, i caratteri salienti o più caratteristici degli interventi determinati dalla crisi economica sembrano essere, in linea di approssimazione, sostanzialmente tre.¹³³⁴

Il primo è la stretta somiglianza degli interventi richiesti e attuati nei paesi mediterranei (Grecia, Spagna, Portogallo, Italia), al di là delle differenze strutturali delle rispettive economie,¹³³⁵ riflettendo in tal modo l'approccio tipico all'integrazione europea, definito causticamente come "*the one-size-fits-all*".¹³³⁶

Il secondo elemento è la separazione fra sfera "politica" ed "economica", anche questo un aspetto non trascurabile dell'assetto di Maastricht e portato alle estreme conseguenze dalla strategia anti-crisi della zona-euro, sottoponendo le politiche macroeconomiche ad una direzione tecnocratica che pretende di assumere decisioni fondate su mere valutazioni neutre e tecniche, senza entrare nel merito dei problemi redistributivi.

Si tratta di una "filosofia" che viene da lontano e, precisamente, dall'impostazione *neo-funzionalista* di Ernest Haas, il cui obiettivo era la creazione di un mercato comune da attuarsi utilizzando il suo strumento elettivo, la libertà di circolazione dei fattori economici,¹³³⁷ nell'ottica dell'integrazione "negativa", mentre ogni decisione di "governo" veniva riservata a ristrette élite di politici e tecnocrati (il che, ce ne accorgiamo oggi, è come voler fare l'Europa senza gli europei!).¹³³⁸ L'errore fondamentale dei neo-funzionalisti è stato di aver pensato che l'integrazione politica potesse essere raggiunta attraverso l'integrazione economica, forzandone i ritmi, ed anche ora questo approccio sembra rinnovarsi, soprattutto da parte tedesca,¹³³⁹ come dimostra il Libro Bianco della Commissione europea sulla completa realizzazione del mercato interno (v. infra).

Il terzo elemento comune e caratterizzante, secondo gli autori dello studio pubblicato da *Meridiana*, è che, seppure la crisi economica è stata invocata come la ragione sottesa all'esigenza di revisione dei sistemi di *welfare*, l'intervento restrittivo sulla spesa sociale nei paesi del "club Med" sembra aver rappresentato, a ben vedere, più che una risposta alla crisi, un obiettivo a sé stante.

È a tal riguardo convincente l'analisi di chi osserva che il ridimensionamento dei sistemi di protezione sociale è, almeno in parte, consonante con le linee di riforma già sul tavolo precedentemente alla crisi stessa.¹³⁴⁰ In effetti la "pressione" sui sistemi di *welfare* può farsi discendere dai vincoli di Maastricht, che hanno creato e realizzato un'area di libero scambio in cui, essendo impedita la classica strumentazione rappresentata dal cambio nominale, è sulle politiche sociali e sui livelli salariali che si scommette per conseguire vantaggi competitivi.¹³⁴¹

¹³³⁴ D'Antoni, Nocella, 2015.

¹³³⁵ D'Antoni, Nocella 2015.

¹³³⁶ Majone, 2012

¹³³⁷ Majone, 2005

¹³³⁸ Schmitter 2005

¹³³⁹ ancora Majone, 2012

¹³⁴⁰ D'Antoni, Nocella 2015; Guillén, Pavolini, 2015; Guillén, Petmesidou, 2014.

¹³⁴¹ D'Antoni, Nocella 2015

Se si considerano gli aggiustamenti strutturali e le riforme sostenute dalle istituzioni di governo dell'eurozona (sia per effetto dei vincoli derivanti dai Memorandum d'intesa, sia per informali ma altrettanto efficaci "raccomandazioni", come in Italia) sul sistema pensionistico, sul settore pubblico in generale, sui salari e sull'orario di lavoro, sul mercato del lavoro e sulla contrattazione collettiva, la direzione sembra essere quella di una "convergenza" attorno ad un modello caratterizzato in senso neo-liberista, ancorché si tratti di paesi difficilmente aggregabili all'interno di un unico modello di capitalismo.¹³⁴² È difatti tipico dell'approccio liberista il principio del contenimento degli schemi di protezione basati su spettanze (*entitlement programs*), compresi pensioni e sanità, essendo sottesa piuttosto l'idea della superiorità del principio di auto-regolazione del mercato e dei suoi meccanismi allocativi, in polemica e in contrasto con il *welfare state* cosiddetto keynesiano.¹³⁴³ Purtroppo gli stessi Trattati europei hanno di fatto costituito un fattore di continuo alimento dell'orientamento liberista, fondando il progetto europeo sui due pilastri del mercato unico (ossia della libertà di circolazione) e dell'Unione monetaria e lasciando agli stati nazionali il compito di risolvere il problema della redistribuzione e della protezione sociale, che è quanto dire determinare le caratteristiche del *welfare*.¹³⁴⁴ Così, se è vero che non si è realizzata, per le resistenze "interne" agli stati nazionali, quella rincorsa al ribasso negli standard sociali che si temeva potesse derivare dalla libertà di circolazione,¹³⁴⁵ vero super-valore costituzionale dell'Unione, le misure adottate nel corso della crisi economica vanno invece ora, molto più velocemente, proprio in questa direzione.

In tal modo, proprio quando queste direttrici di economia politica vengono messe in discussione nei paesi in cui hanno avuto il loro massimo prestigio e seguito, continuano a far proseliti nella nostra Europa, disgregando i regimi di *welfare*, ancorché, bisogna dire, in ogni Stato questo progressivo smantellamento proceda in modi diversi.

Uno dei fattori di differenziazione dei diversi sistemi, ci spiegano gli studiosi della materia, è il rapporto fra il ruolo pubblico e quello delle altre "agenzie" (mercato, famiglia, terzo settore), ma quale che sia la "miscela" propria di ogni paese, certamente l'universalismo, che è la caratteristica fondamentale dei "buoni" sistemi di *welfare*, è dipendente dal ruolo pubblico in modo piuttosto determinante e dunque dalla spesa sociale che compone la spesa pubblica.¹³⁴⁶ Ed è proprio il ruolo pubblico e la spesa sociale ad essere stati colpiti dalla crisi e dalle successive politiche di tagli, disinvestimenti o restringimenti degli ambiti operativi del sistema di *welfare*.

Non c'è bisogno di scomodare i teorici dello stato sociale per ricordare qui che solo se la "copertura" è universalistica può parlarsi di *welfare state* ed è solo in questo caso che può parlarsi dei diritti sociali come del terzo livello dei diritti di cittadinanza.¹³⁴⁷ Ma con i programmi di *austerity*

¹³⁴² Hermann, 2014

¹³⁴³ Ferrera 2013. Come ricorda Ferrera, con l'avvento del liberismo "stabilità dei prezzi, disciplina fiscale, concorrenza non distorta, libertà di movimento, sovranità del consumatore, deregolazione, liberalizzazioni e privatizzazioni divennero i punti centrali dell'agenda di policy".

¹³⁴⁴ Ferrera 2005; Scharpf 2009; Fontana 2014.

¹³⁴⁵ Ferrera 2005.

¹³⁴⁶ Saraceno, 2014

¹³⁴⁷ Marshall, 1976

ad essere colpito è proprio il *welfare* universalistico, che non vuol dire soltanto cambiare in profondità la natura dei sistemi nazionali sottoposti ai programmi di rientro dal debito, ma anche attaccare quei “beni comuni” che potremmo chiamare, con Maurizio Ferrera, di investimento sociale, in grado di garantire sicurezza e di ridurre le disuguaglianze (e cambiare con questo, al tempo stesso, i nostri modelli di cittadinanza).¹³⁴⁸

La pressione sui sistemi di *welfare* è però la derivante, come si è già accennato, non soltanto della crisi e dell'*austerità*. Chiara Saraceno ha a tal riguardo parlato di “*different crises of European welfare states and of the European social model*” e in realtà molti aspetti delle riforme di questo periodo alludono ad una riconsiderazione anche del modo in cui dev'essere intesa la nostra cittadinanza sociale.¹³⁴⁹ Con la crisi viene dunque al pettine, secondo Chiara Saraceno, non solo il nodo della tenuta economico-finanziaria dei sistemi di protezione sociale ma pure il problema della loro legittimazione politica e “culturale”, nella misura in cui vengono meno le condizioni che avevano consentito il suo sviluppo garantendo l'equilibrio fra risorse e bisogni. Con la conseguenza, apparentemente paradossale, che proprio il *welfare state* è condotto sul banco degli accusati come uno dei principali fattori della crisi stessa.¹³⁵⁰

Ma la crisi finanziaria e la crisi di fondo del sistema di *welfare* costituiscono problemi del tutto diversi. Da tempo il *welfare* dei paesi del Mediterraneo – e fra questi soprattutto l'Italia - reclama una riforma in nome dell'equità generazionale e sociale, con una redistribuzione dei pesi e dei vantaggi: una riforma sempre annunciata e mai veramente affrontata. Ma ciò non ha nulla a che vedere con la crisi economica e con il problema del debito pubblico. Questo “spostamento” del dibattito dalle vere cause della crisi – nata nel mercato per motivi legati essenzialmente alla finanziarizzazione dell'economia capitalistica¹³⁵¹ – non ha risparmiato i paesi “deboli”, alle prese con problemi di competitività e di debito pubblico eccessivo, e fra questi i paesi dell'area euro-mediterranea, i quali peraltro rappresentano anche modelli sociali e di *welfare* abbastanza convergenti e caratterizzati, com'è noto, da vecchi problemi di squilibrio funzionale e distributivo.¹³⁵² Da qui sono nati i ripensamenti sul welfare e sulla sua sostenibilità finanziaria, locuzioni molto discutibili e comunque tutte da verificare ma assunte come verità che non esigono dimostrazioni (come l'osservazione secondo cui i paesi dell'Europa mediterranea sarebbero vissuti “al di sopra delle nostre possibilità”), frutto di visioni ideologiche più che di analisi perspicue basate sulla

¹³⁴⁸ Saraceno, 2014

¹³⁴⁹ Saraceno 2013; Gilbert 2013

¹³⁵⁰ Saraceno, 2013

¹³⁵¹ Ferrarese, 2017.

¹³⁵² Ferrera, Fargion, Jessoula 2013. Ai tre diversi regimi di welfare capitalism individuati con riferimento a precise varianti geopolitiche dei sistemi ad economia di mercato (Esping-Andersen, 1990) e che designano anche diversi modelli di regolazione del mercato, si tende da tempo ad affiancare la “quarta Europa sociale”, identificata con i paesi dell'area mediterranea (Italia, Spagna, Portogallo, Grecia) (Ferrera, 1996; Saraceno, 2002; Naldini e Saraceno, 2008), i cui sistemi di welfare sono basati, essenzialmente, su trattamenti pensionistici generosi, struttura duale del mercato del lavoro, centralizzazione della contrattazione collettiva e salariale. Maurizio Ferrera, in particolare, ha sottolineato nelle sue ricerche come una delle caratteristiche di questi modelli stia nel forte dualismo e nell'accentuata differenziazione nell'accesso e fruizione dei diritti di welfare in base alla collocazione nel mercato del lavoro. Altri caratteri tipici di quest'area sono rappresentati dall'elevato tasso di particolarismo (e clientelismo), dal familismo e dall'assenza di misure di assistenza sociale e di supporto contro il rischio di povertà (reddito di cittadinanza o formule equivalenti). Per una sintesi Pavolini, Raitano 2015 p. 11-12.

realtà oggettiva. Ma che comunque hanno di fatto legittimato gli interventi nelle legislazioni nazionali, senza che sia stato d'altra parte minimamente risolto il problema degli squilibri e delle iniquità ereditate dal passato, rinviando sine die proposte radicali per mettere mano al problema delle disuguaglianze sociali come il reddito di base.¹³⁵³

4. I diritti del lavoro nella crisi.

L'altro grande "imputato" della crisi economica europea, accusato della scarsa produttività e competitività dell'economia del vecchio continente e "convitato di pietra" di ogni discorso prospettico sul futuro europeo, è il diritto del lavoro, anzi, per meglio dire, *i diritti del lavoro*. Anche in questo caso, la progressiva riduzione dei livelli di tutela applicabili a chi presta la propria attività lavorativa alle dipendenze altrui, ha interessato tutti i paesi europei. Ma, come si è notato, questa drastica revisione dei modelli normativi applicabili (e la conseguente deregolamentazione del mercato del lavoro), pur essendo un *trend* comune, è stata maggiormente incisiva nei paesi sottoposti ai programmi di aiuto o che hanno manifestato i problemi più gravi di stagnazione economica, nella convinzione che una delle più efficaci risposte alla crisi risieda nel rendere più flessibili i mercati del lavoro.¹³⁵⁴ In concreto, se in alcuni paesi la tendenza a privilegiare interessi diversi rispetto al tradizionale baricentro della tutela del "contraente debole" ha comportato significative seppure parziali misure di deregolamentazione, in altri ha determinato una revisione molto più articolata e profonda, con interventi legislativi che, seppure nati sull'onda dell'emergenza economica, possono dirsi oramai permanenti, con effetti duraturi sugli standard di tutela dei paesi della U.E..¹³⁵⁵

La situazione che in Italia si è determinata a partire dal 2011 è, da questo punto di vista, paradigmatica di quella che Krugman ha definito come "l'ellenizzazione" della crisi europea.¹³⁵⁶ L'adattabilità da un lato alla (severa) disciplina europea in materia di bilancio e dall'altro ai problemi di competitività delle imprese sui mercati, ha "costretto" il diritto del lavoro ad abbandonare la sua vocazione alla realizzazione dell'uguaglianza fra le parti del rapporto di lavoro.

La fase attuale del diritto del lavoro è invero segnata da iniziative di riprogettazione di cui è molto difficile soppesare la reale autonomia, alla luce dei caratteri eterodiretti delle riforme nell'Eurozona. In modo sintetico e meramente illustrativo, si possono ricordare qui alcune delle più importanti direttrici di cambiamento degli ultimi anni, isolando il caso italiano dagli altri contesti nazionali euro-mediterranei in cui l'*austerità* ha imposto, attraverso sofisticati sistemi di persuasione, riforme radicali dei sistemi nazionali di diritto del lavoro.

Il primo intervento significativo, in ordine di tempo, è costituito dalla l. n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), che ha agito su vari piani, ma quanto al diritto del lavoro soprattutto con la modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, norma cruciale del sistema di tutela del lavoro ed attuativa

¹³⁵³ Per un'analisi della situazione italiana Ferrera, 2015

¹³⁵⁴ Veneziani, 2014

¹³⁵⁵ per un'analisi molto dettagliata ma oramai parziale Clauwaert, Schomann, 2012; Kilpatrick, B. De Witte (eds), 2014.

¹³⁵⁶ Krugman, 2012

del principio/diritto posto dall'art. 4 della Costituzione,¹³⁵⁷ intaccando parzialmente (ma notevolmente) quella direttrice di politica del diritto che ha visto nella tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo e ingiustificato, una garanzia fondamentale di libertà individuale e collettiva dei lavoratori.¹³⁵⁸ Si tratta, nel complesso, di una riforma che sposta l'asse della tutela dalla reintegra al risarcimento economico e si risolve dunque in un ridimensionamento del previgente e collaudato modello sanzionatorio, pur in presenza di un interesse del lavoratore alla continuità del rapporto contrattuale certamente più meritevole di tutela dell'opposto interesse (giuridicamente irrilevante) a preservare gli effetti risolutivi di un atto di recesso invalido.

La questione della "meritevolezza" degli interessi in questa materia è ovviamente importante: sintomatica, nel caso di specie, di una riforma in cui il bilanciamento è avvenuto in modo errato e squilibrato.

L'altra, più recente riforma, di cui molto si discute, e che probabilmente presenta una continuità maggiore di quanto appaia con la precedente legge 92/2012,¹³⁵⁹ tocca un'area molto vasta e sarebbe sbagliato ridurla soltanto alla sua parte più nota, ossia al cosiddetto *contratto a tutele crescenti*, che, del resto, altro non è se non una nuova disciplina del licenziamento per i contratti successivi all'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015 (una disciplina riservata essenzialmente ai giovani, di dubbia costituzionalità). E difatti anche gli altri decreti legislativi e in particolare il n. 81/2015, che contiene rilevanti modifiche nella struttura del diritto del lavoro italiano (dai rapporti di lavoro flessibile, con un'ulteriore spinta alla liberalizzazione, alla nuova disciplina delle mansioni e dello *ius variandi*, con un rilevante potenziamento dei poteri unilaterali del datore di lavoro, ed altro ancora) non sono da meno, sia quanto a problematicità e criticità, sia quanto a cambiamenti d'orizzonte per il diritto del lavoro.

Particolarmente critico è il ricorso molto esteso alla tecnica della "derogabilità" delle disposizioni di tutela, peraltro molto ridimensionate nella loro portata. 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 la "norma inderogabile", vale a dire l'efficacia diretta ed invalidante delle disposizioni di legge e del ccnl sulle difformi previsioni contrattuali delle fonti sottostanti (contratto aziendale e contratto individuale), con sostituzione automatica delle clausole,¹³⁶⁰ ma esattamente il suo opposto. Il che non solo interroga sulla funzione del diritto del lavoro della crisi, ma, soprattutto, sulla sua nuova vocazione a creare e legittimare molteplici differenze di trattamento fra lavoratori accomunati dalla subordinazione ad un medesimo scopo produttivo ed a una stessa organizzazione.¹³⁶¹ Seppure la presunzione di inderogabilità delle norme lavoristiche non può dirsi in linea di principio abbandonata,¹³⁶² l'intensità e il numero dei rinvii al potere derogatorio collettivo-sindacale (a qualunque livello di contrattazione, anche aziendale) e all'autonomia individuale (non sempre con adeguate garanzie), fa sì che di quella tradizione garantista, incarnata dalla "norma inderogabile", non restino che le vestigia. Indicando in tal modo una ten-

¹³⁵⁷ Salazar, 2013

¹³⁵⁸ D'Antona, 1979

¹³⁵⁹ Carinci, 2016.

¹³⁶⁰ Sulla "norma inderogabile" si veda il classico saggio di De Luca Tamajo, 1976.

¹³⁶¹ Per approfondire questo aspetto della riforma si può leggere Fontana 2015.

¹³⁶² De Luca Tamajo, 2016.

denza (peraltro confermata anche da altri “sintomi” o fattori di crisi del diritto tutelare) dissonante ed antitetica rispetto a quella già da tempo presente nel sistema civilistico delle obbligazioni, in cui, anche se in modi certo limitati, proprio l’inderogabilità è stata riscoperta come modello di riferimento per la tutela di interessi trascendenti quelli meramente individuali delle parti, ovvero nell’ottica del necessario bilanciamento degli squilibri contrattuali a tutela del “contraente debole”.

Tornando alla questione dei licenziamenti (il punto comunque più dolente della riforma, definita con involontaria auto-ironia Jobs Act), il regime di disciplina previsto dal d. lgs. n. 23/2015 per i nuovi lavoratori che entrano nel mercato del lavoro, cioè per i più giovani, introduce una secca disparità di trattamento fra lavoratori assunti con i nuovi contratti e lavoratori già occupati, poiché solo per i primi si riduce quasi a zero la portata applicativa della reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo. Ci si interroga dunque criticamente sulla costituzionalità di una così evidente discriminazione, tanto più che il d. lgs. n. 23/2015 impedisce ogni discrezionalità valutativa del Giudice nella determinazione della sanzione,¹³⁶³ mentre ai vecchi assunti continua ad applicarsi la disciplina prevista dall’art. 18 l. n. 300/1970 (che nonostante le modifiche imposte dalla l. n. 92/2012 garantisce un livello di tutela certamente più favorevole: reintegra ancora possibile in molti casi e risarcimento comunque adeguato, in alternativa alla reintegra, configurando così un modello sanzionatorio ancora effettivo e dissuasivo, per quanto già manomesso).¹³⁶⁴

Questa modifica recessiva è stata giustificata in nome della necessità di stimolare l’occupazione, soprattutto giovanile, e presentata, paradossalmente, come una disciplina promozionale e di “vantaggio” per le giovani generazioni. Ma verosimilmente essa è figlia dell’*austerità* più che della speranza, invero improbabile, di nuove assunzioni in cambio della (sostanziale) libertà di licenziamento, in base all’idea secondo cui sarebbe sufficiente intervenire sulle regole per produrre cambiamenti positivi del ciclo economico. La riforma si inserisce nel quadro degli interventi di riorganizzazione del mercato del lavoro secondo disegni eteronomi, ispirandosi ai modelli di *flexicurity* per giustificare il progetto di spostare dal rapporto di lavoro al mercato (ovvero lasciare all’intervento pubblico, minimale ed insufficiente) la tutela del “contraente debole”. Ma, oltre a doversi allo stato rilevare la distanza da questi modelli più evoluti, non sembra affatto infondata l’obiezione di chi ha osservato che forse è molto difficile ipotizzare uno scambio appropriato ed equivalente fra flessibilità “in uscita” (ovvero fra libertà di licenziamento) e tutela al di fuori del rapporto di lavoro, attraverso misure assistenziali e di “accompagnamento” nelle transizioni da un lavoro ad un altro.¹³⁶⁵

¹³⁶³ In pratica imponendo al Giudice un automatismo in base al quale al lavoratore spetta, in caso di accertata illegittimità del recesso, una somma pari a due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio prestato alle dipendenze del datore di lavoro (mentre solo in caso di licenziamento discriminatorio o nullo e, quanto all’area del licenziamento illegittimo, solo in una specifica e molto ardua ipotesi resta fermo il principio della reintegrazione)

¹³⁶⁴ Recentemente, con ordinanza del 26 luglio 2017, il Tribunale di Roma ha sollevato la questione di costituzionalità del decreto legislativo n. 23/2015, per questi ed altri profili critici. La decisione della Corte costituzionale, se coerente e conforme con la sua giurisprudenza in materia, potrebbe quindi ripristinare anche per i nuovi assunti il regime di disciplina valido per i lavoratori già occupati alla data di entrata in vigore della disciplina in questione.

¹³⁶⁵ Come si è notato opportunamente “qualsiasi attenuazione della stabilità del posto di lavoro non trova compensazione nelle politiche passive ed attive, di sostegno al reddito e di avviamento guidato” (Carinci, 2016).

Si potrebbe dire, in estrema sintesi, che ancora una volta la storia europea vede contrapporsi *regolazione per la competitività e regolazione basata sui diritti*,¹³⁶⁶ con una chiara affermazione, in questo momento storico, della prima.

E fra i diritti minacciati, colpiti o soltanto ridimensionati da questa svolta, il diritto alla retribuzione riscuote forse un primato negativo, inciso com'è da una miriade di provvedimenti di politica economico-finanziaria e da molteplici interventi sul sistema di contrattazione, determinando ulteriori effetti recessivi sul valore dei redditi da lavoro e producendo così ancora più diseguaglianze, fino a mettere in discussione, secondo alcuni, la stessa tenuta “della retribuzione fondamentale (*id est* di quella costituzionale)”.¹³⁶⁷

Da altro versante, invece, la pressione sui sistemi di contrattazione collettiva ha realizzato anch'essa, come si è già accennato, modelli in grado di assicurare alle imprese differenziazioni regolative ritenute necessarie alla loro competitività nel mercato globale. In molti paesi si è affermata una netta decentralizzazione della contrattazione, il cui asse si è spostato decisamente dal livello settoriale/nazionale al livello aziendale, con il duplice obiettivo di offrire alle imprese maggiore flessibilità e procedere ad “aggiustamenti” delle condizioni di regolamentazione del mercato del lavoro. Non solo in Italia, anche in altri paesi (Francia, Grecia) la contrattazione vede ampliarsi l'arco delle materie oggetto di regolamentazione a livello d'impresa, assumendo il contratto aziendale elevato potere derogatorio *in pejus* delle condizioni stabilite dalle fonti eteronome (contratto nazionale).¹³⁶⁸

Quanto al ruolo delle organizzazioni dei lavoratori nel contesto generale, seppure la partecipazione sindacale alla politica economica e sociale non è mai stata esclusa aprioristicamente, la stagione dei patti sociali sembra oramai finita. E così, se la partecipazione delle parti sociali al governo delle variabili economiche è stata invero considerata come una precipua caratteristica del modello sociale europeo,¹³⁶⁹ nella fase attuale prevale oramai da tempo la ricerca di risposte soprattutto a livello aziendale.¹³⁷⁰ Che sia o no rivelatore di “nuove relazioni industriali”, è questo un percorso comune a tutti gli stati europei, e forse val la pena ricordare che lo spostamento a livello aziendale del baricentro contrattuale è sempre stato considerato uno degli indici di indebolimento delle organizzazioni di rappresentanza degli interessi dei lavoratori.¹³⁷¹

In Italia su questa linea si è spinto forse troppo oltre lo stesso legislatore, introducendo nell'ordinamento una norma molto discussa (l'art. 8 D.L. n. 138/2011, poi convertito in legge con modificazioni nella l. n. 148/2011) in cui si prevede che con semplici accordi sindacali aziendali, seppure sottoposti ad alcune condizioni procedurali quali l'approvazione a maggioranza, è possibile derogare *in pejus* non solo al contratto collettivo nazionale ma anche a norme di legge, “sospese” o sostituite da disposizioni regolatrici dei rapporti di lavoro “create” dai soggetti firmatari azienda

¹³⁶⁶ Hepple, 2003.

¹³⁶⁷ Ricci, 2012

¹³⁶⁸ Si veda Veneziani, 2014

¹³⁶⁹ Baccaro, Simoni, 2006

¹³⁷⁰ Natali, Pochet, 2010

¹³⁷¹ Baccaro, Howell, 2012; Crouch, 2000

per azienda. Probabilmente è questo il massimo possibile, a ordinamento costituzionale invariato, di disarticolazione del sistema delle fonti e di frammentazione della disciplina applicabile, compromettendo l'applicazione eguale delle norme vigenti di legge e di contratto (garantita una volta dall'inderogabilità delle disposizioni regolatrici del rapporto di lavoro delle fonti eteronome).

La disposizione di legge ha sorpreso, in negativo, l'intera comunità giuslavorista (o quasi),¹³⁷² giacché né i criteri procedurali, né i requisiti finalistici, sono in grado di garantire l'utilizzo ragionevole di un così incontrollato potere normativo. Resta, è vero, il limite inderogabile della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea, disposto dalla norma di legge, ma se si considera che i diritti del lavoratore subordinato sono istituiti soprattutto in via di legislazione ordinaria si ha un'idea forse più precisa ed attendibile della sua portata distruttiva. In definitiva, la "geografia" sociale del nostro paese può dirsi a rischio di disarticolazione, stante il nuovo rapporto potenzialmente paritario fra legge, contratto nazionale e contratto collettivo aziendale, qualora si aprisse una fase applicativa a largo raggio di questa disposizione (finora impedita dall'impegno assunto dalle Confederazioni Cgil-Cisl-Ui di non applicarla). Ma, pur a fronte di tale importante "auto-limitazione", come un fenomeno carsico essa continua a scorrere sotto traccia, producendo accordi aziendali che restano spesso sconosciuti.

C'è da dire, però, a parziale discolpa del legislatore che introdusse questa contestata norma, che i successivi interventi di legge non solo non sono stati da meno, ma addirittura potrebbero essere considerati più incisivi in direzione dello smantellamento del principio di inderogabilità, visto che l'art. 8 l. n. 148/2011 comunque garantiva la "mediazione" sindacale, mentre nel cosiddetto *Jobs Act* la *deregulation* è, come si è notato, secca e non condizionata dalla volontà, discrezionale e presumibilmente "garantista", dei soggetti collettivi.¹³⁷³

Si è molto discusso del ruolo sindacale in questa fase, ma indubbiamente il clima negativo nei confronti di ogni politica redistributiva ne ha limitato ovunque lo spazio di azione, a livello sia nazionale che europeo.¹³⁷⁴ D'altro canto le scelte a livello europeo – la "svolta" in senso intergovernativo dei meccanismi decisionali ed il privilegio assoluto conferito al ridimensionamento dei bilanci pubblici – non sono prive d'impatto sulla possibilità, per le parti sociali, di disegnare un percorso comune tendente a garantire un diverso approccio alla crisi, riducendo anzi (se non annullando) gli spazi del dialogo sociale.¹³⁷⁵ Ma non si tratta di una situazione eccezionale: l'assenza di interventi "promozionali" dura oramai da quasi due decenni. Questa "lacuna" non è casuale. Una delle grandi questioni del modello sociale europeo è sempre stata se includere un effettivo sostegno all'azione collettiva oppure se lasciare la tutela dei diritti confinata nella dimensione individuale.¹³⁷⁶ E non si può dire che l'Europa non abbia scelto, quando ha imboccato la strada della gestione tecnocratica della crisi,¹³⁷⁷ o ancora prima, quando un suo organo politico-costituzionale così eminente come la Corte di Giustizia Europea ha sposato un orientamento restrittivo, travestendolo da bilanciamento, in materia di diritti collettivi, a favore di una tutela ferma del principio di libertà di circolazione dei fattori economici.

¹³⁷² fra gli altri si veda il commento di Carinci, 2012; Scarponi, 2015

¹³⁷³ così De Luca Tamajo, 2016

¹³⁷⁴ Schelke 2011

¹³⁷⁵ Bronzini, 2012b

¹³⁷⁶ già così Bercusson, 2009

¹³⁷⁷ Joerges, 2016; Veneziani, 2014

In questa situazione di *impasse* è addirittura utopico immaginare un superamento di quell'Europa "minima" che resta aggrappata, nonostante la gravità della crisi economica e sociale, a principi che inevitabilmente la sospingono a considerare gli interventi regolativi in campo sociale come un momento residuale della propria azione.

Se ne ha la prova, purtroppo, leggendo il recente Libro Bianco della Commissione sul futuro dell'Unione - COM(2017)2025 del 1° Marzo 2017 - in cui, osannando "il mercato unico più grande del mondo", si insiste ancora nel completamento dell'Unione economica e monetaria come obiettivo privilegiato per rafforzare e potenziare l'economia europea e fronteggiare la disoccupazione giovanile di massa.¹³⁷⁸

La politica sociale e la tutela dei diritti fondamentali sembrano essere relegate nei "titoli di coda", ed in realtà, salvo un generico impegno ad uno sviluppo della dimensione sociale dell'Europa, appaiono completamente rimosse dall'orizzonte della Commissione europea, riproponendosi la sterile dicotomia del passato in un contesto in cui vengono incentivate le differenze e le diverse "velocità". E d'altro canto, è significativo che neppure in prospettiva vengano prefigurate misure di solidarietà rivolte ai cittadini europei in quanto tali, ovvero che venga prefigurata una politica pubblica europea, che sia in grado, fra l'altro, di fornire "beni pubblici" ai cittadini e un "indirizzo europeo al sistema economico".¹³⁷⁹

5. E la Carta sociale europea? Per la tutela dei diritti fondamentali.

Questi recenti sviluppi non depongono dunque nel senso di una svolta rispetto alle politiche restrittive finora adottate nei confronti dei diritti sociali fondamentali, di cui si discute oramai nei termini di una loro sostanziale (e sorprendente) *devaluation*.

Ma l'Europa è anche il continente in cui sono nate le Costituzioni sociali e le Carte dei diritti sociali fondamentali, come la Carta Sociale Europea, e in cui si è teorizzata l'equi-ordinazione dei diritti sociali e dei diritti civili, tutti da ritenersi diritti fondamentali, come insegna Ridola. E quindi pare logico chiedersi, dopo questo sintetico e rapido *screening*, qual è oggi il ruolo e l'importanza che hanno queste "dichiarazioni" fondamentali e, fra queste, trattando qui di diritti sociali, welfare e diritto del lavoro, soprattutto il ruolo e l'importanza della Carta Sociale Europea. Se, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è "ostaggio" dell'atteggiamento rinunciatario dei governanti europei, che hanno introdotto nella Carta due disposizioni finalizzate a depotenziarne l'effetto applicativo (artt. 51 e 52, quest'ultima quasi letale), maggiori speranze si ripongono invece

¹³⁷⁸ I "cinque scenari" delineati dal Libro Bianco da qui al 2025 sono sorprendenti. "Avanti così" recita in modo involontariamente umoristico il primo scenario, richiamando i paesi della UE alla concentrazione sull'attuazione e sul potenziamento dell'attuale programma di riforme. "Solo il mercato unico" (il secondo scenario) invoca l'accelerazione della rimozione di qualsiasi barriera alla libertà di circolazione. Il terzo scenario rinvia a cooperazioni rafforzate in vari campi ed a "coalizioni di volenterosi", mentre il quarto prefigura un quadro maggiormente selettivo degli obiettivi e delle politiche su cui concentrare l'attenzione (innovazione, scambi commerciali, sicurezza comune, migrazione, gestione delle frontiere e difesa) ed infine il quinto ("Fare molto di più insieme") indica quale futuro attende l'Europa nel 2025 (un futuro, secondo la Commissione, in cui "la cooperazione fra gli Stati membri si spinge fino a livelli mai raggiunti prima", "la zona euro è rafforzata", "la moneta unica apporta contemporaneamente benefici a tutti", "sulla scena internazionale l'Europa di esprime all'unisono", ecc.).

¹³⁷⁹ Moro, 2014

nelle potenzialità della Carta Sociale, recepita dallo Stato italiano come dagli altri Stati del Consiglio d'Europa, anche, per sindacare alla luce dei principi e dei diritti ivi enunciati, le misure recessive disposte dai legislatori nazionali in ossequio alle richieste delle istituzioni di governo della zona Euro.¹³⁸⁰ Recentemente la Carta Sociale è stata espressamente invocata, quale parametro di costituzionalità, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale italiana del c.d. Jobs Act e in particolare del d. lgs. n. 23/2015, che ha prodotto il tanto discusso contratto a tutele crescenti, ad opera del Tribunale di Roma (ordinanza del 26/7/2017).¹³⁸¹

Si spera ora che la Corte costituzionale voglia riservare alla Carta Sociale lo stesso trattamento applicato alla Convenzione dei diritti dell'uomo, "sdoganata" finalmente con le due sentenze "gemelle" n. 347 e 348 del 2008.¹³⁸² Finora la Corte costituzionale sembra considerare la Carta Sociale come un documento di mero indirizzo.¹³⁸³ E non del tutto a torto, in fondo, giacché secondo le disposizioni attuative della Carta gli stati contraenti sono liberi di scegliere quali diritti in concreto proteggere fra quelli enunciati dalla Carta,¹³⁸⁴ ed inoltre le stesse ampie facoltà degli stati circa il modo tradurre all'interno dei propri confini ordinamentali gli obblighi assunti rendono molto incerta la sua vincolatività rispetto agli ordinamenti nazionali (v. l'art. V-I della Carta).¹³⁸⁵

Ma questo è il momento del coraggio innovatore, anche per il mondo dei giuristi, perché è in gioco un sistema di valori comuni e vengono al pettine nodi cruciali per il futuro dell'Europa. Non può dunque escludersi, ed anzi appare possibile e vicina, tenendo conto dei valori fondamentali di cui è espressione la Carta Sociale, una decisione della Corte costituzionale che affermi l'opportunità in concreto di utilizzare la Carta nel giudizio costituzionale come fonte interposta, ovvero come parametro di costituzionalità delle norme del diritto interno.

La problematica applicazione della Carta Sociale è emblematica del problema tuttora irrisolto dei diritti sociali fondamentali nella "vecchia Europa". Non può dirsi figlia del caso la sua estraneità, tuttora, al diritto della U.E., e la sua vigenza, con tutti i limiti già segnalati, esclusivamente nell'ambito del Consiglio d'Europa. Un decisivo passo in avanti sarebbe (in luogo delle generiche promesse che si rinnovano ad ogni vertice del Consiglio europeo) l'impegno a rendere applicabili le disposizioni della Carta alla stregua di principi generali del diritto della U.E. Ma si tratta di un problema apparentemente irrisolvibile. Dopo le speranze create dall'Atto Unico europeo del 1987 nulla è cambiato e il TFUE cita la Carta Sociale Europea soltanto (ed incidentalmente) nell'art. 151, I comma. Nell'art. 6 del Trattato - che riconosce la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione come documento "con lo stesso valore giuridico dei trattati" - non c'è spazio per la Carta sociale. I diritti sociali, seppure posti all'apice dell'ordinamento del Consiglio d'Europa, non sono tradotti

¹³⁸⁰ Salazar, 2016; Giubboni, 2015; Perulli, 2015;

¹³⁸¹ Fra gli altri, aveva esposto questa possibilità Speciale, 2016.

¹³⁸² Fra gli altri si veda Grasso, 2016.

¹³⁸³ Spadaro, 2015a

¹³⁸⁴ Panzera, 2015a

¹³⁸⁵ Oliveri, 2013. 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 si sono astenuti, per lo più, dal disporre misure nazionali di questa natura (Guiglia, 2013). 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 (v. Gambino, 2015; Ruggeri, 2015; Jimena Quesada, 2014).

nel sistema comunitario con eguale forza ed intensità. La stessa Corte di Giustizia, stante il problema delle 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. La sola strada "aperta" è quella della sua applicazione "pretoria", ma soltanto da parte delle Corti nazionali, poiché 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. Mancano nella Carta disposizioni analoghe agli artt. 1 e 46 della Convenzione. 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 (v. Guiglia 2016). Procedura che dà luogo, all'esito, ad un rapporto al Comitato dei Ministri nel quale si stabilisce, che 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.

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,¹³⁸⁶ pur riponendosi da autorevoli studiosi molte speranze nel gioco incrociato delle Carte e nel 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..¹³⁸⁷

In definitiva la tutela del lavoratore è ancora essenzialmente dipendente dalla funzionalità "garantista" dei circuiti nazionali e ciò dimostra quanto velleitario sia, per i diritti sociali fondamentali, riporre eccessive speranze nel sistema "multilivello", quando gli stati decidono di smantellare le loro reti protettive erette a favore di interessi ritenuti non più prioritari e, anzi, divenuti recessivi rispetto ad altri (l'impresa, la competitività, ecc.), che prendono oggi il sopravvento. Il problema della tutela dei diritti sociali, anche quando sono sanciti nelle Carte, rinvia sempre al rapporto "politico" con il mercato e la sua soluzione in termini positivi è probabilmente legata alla rivalutazione critica dell'inebriante modello di capitalismo, e del primato degli interessi privati su quelli

¹³⁸⁶ Spadaro, 2015b

¹³⁸⁷ Jimena Quesada, 2014. 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 (Panzera 2015b; Grasso, 2016).

pubblici, affermatasi in questi anni.¹³⁸⁸ Ossia a partire da una riflessione comune sul fallimento dell'economia politica dominante e sulle cause reali della crisi economica, imputabili, più che alle fatalità o alle convulsioni dei mercati, all'eccessivo e ingestibile livello raggiunto dalle disuguaglianze.¹³⁸⁹ Senza di questo i diritti fondamentali e i principi affermati dalla Carta Sociale resterebbero probabilmente ancora per molto in una situazione di sostanziale sterilizzazione, analoga a quella che interessò i principi della Costituzione italiana per molto decenni fino al "disgelo costituzionale".

6. Conclusioni.

Pare in definitiva difficilmente contestabile che le politiche recessive in materia di standard sociali costituiscano *"an attack based on an ideological assumption that such structural reforms are necessary to save the euro by securing so-called internal devaluations"*.¹³⁹⁰

Viene al pettine un doppio nodo, riguardante da un lato i limiti dell'integrazione europea e i suoi paradigmi costituzionali, dall'altro il fondamento e la funzione del diritto del lavoro e dei diritti sociali fondamentali.¹³⁹¹ In un suo recente saggio Cassese ricorda quanto problematico sia il riconoscimento dei diritti sociali in quest'epoca di crisi economica e quanto difficile sia stabilire chi debba sopportarne i costi e quali debbano essere le priorità. Poiché, se da un lato dovrebbe essere "ragionevole" che, "avendo i diritti sociali un contenuto flessibile", si debba necessariamente operare un bilanciamento con esigenze altrettanto fondamentali (il pareggio di bilancio e gli altri interessi socio-economici di rango costituzionale), proprio una situazione di crisi così acuta, di povertà diffusa e ingiustizia sociale potrebbe invece far presumere come prioritario il bisogno di assicurare la loro effettività, considerando questi diritti intangibili o almeno in parte non negoziabili.¹³⁹²

Nonostante questi auspici e interrogativi sollevati da personalità eminenti, si deve però ammettere con chiarezza (ancorché con rammarico) che questa alternativa, per quanto non priva di salda giustificazione etico-morale, è soltanto teorica. Lo stato molto precario e irrisolto dell'attuazione della Carta Sociale Europea, la sua non ricezione nell'ambito dei Trattati, di cui si è discusso nel paragrafo precedente, dice molto chiaramente da quale parte pende la bilancia. Nessuno può accusare di un eccesso di pessimismo chi osserva che la rottura del compromesso di cui sono state magnifiche espressioni le costituzioni del Novecento ci espone semmai ad un arretramento, più che a possibili svolte "sociali", men che meno nell'ambito di un'Unione Europea sempre più asfittica e depressa.

Dopo l'esplosione della crisi si sarebbe dovuto con forza attuare una radicale correzione di rotta, disegnando, come qualcuno ha scritto, *"a sharp transition from the present austerity union to a set of policies resembling the Werner Plan"*,¹³⁹³ ma le condizioni storiche e politiche, unitamente

¹³⁸⁸ Ferrajoli, 2011

¹³⁸⁹ Stiglitz, 2012; Franzini, 2016

¹³⁹⁰ Bruun, Lorcher, Schomann, 2014

¹³⁹¹ Giubboni 2016

¹³⁹² Cassese 2015

¹³⁹³ Cafruny, 2015

alla mediocrità della classe politica e di governo nella maggior parte dei paesi europei, ha impedito ogni possibilità in tal senso. Non si vede perciò come possa sostenersi, da parte di alcuni studiosi, che lo “spazio sociale europeo” presenti maggiori punti di resistenza e di adattabilità rispetto allo spazio economico europeo.¹³⁹⁴ Al contrario, mentre lo spazio sociale europeo è in costante recessione da anni (e così pure le politiche pubbliche *welfariste* degli stati sovrani), la realizzazione del mercato interno procede a tappe forzate, eliminando uno alla volta tutti gli ostacoli.

A questo quadro poco confortante si aggiunge il carattere ambivalente della giurisprudenza della Corte di Giustizia, riflettendo invero l'impostazione dei Trattati, ossia “*the existence of a hierarchical relationship in which fundamental labour rights are subordinated to fundamental economic freedoms*”.¹³⁹⁵ E per quanto non possa leggersi alcun legame diretto fra il *Laval quartet* della Corte di Giustizia, che resterà una delle pietre miliari dell'integrazione europea, e le politiche di *austerity*, certamente la paralisi in campo sociale dell'Unione, il deficit democratico, le affinità e la sorprendente coerenza delle scelte di fondo dei diversi attori politico-istituzionali, ci costringono a pensare ad un *humus* comune.¹³⁹⁶

In quel modello generale definito “*embedded liberalism*” i diversi filoni che possono approssimativamente ricondursi alla distinzione teorica principale fra “*social-market*” e “*liberal-market*” hanno rappresentato parti costitutive dell'ordine sociale legittimo, e, come ricorda Streeck, per tutta una prima fase la costituzione economica europea ha risposto bene alle esigenze interne ed esterne degli stati.¹³⁹⁷ Ma le “asimmetrie” che hanno caratterizzato la storia europea – il prevalere dell'integrazione negativa su quella positiva, dell'integrazione monetaria su quella politica e sociale – hanno finito per vincolare le scelte politiche democratiche e per impedire il rinnovarsi del compromesso fra *social-market* e *liberal-market*, smentendo ogni speranza di addomesticare il capitalismo con la cultura dei diritti fondamentali.¹³⁹⁸

Molti ritengono che la crisi europea sia dovuta fondamentalmente alla forza distruttrice della globalizzazione economica mondiale, sicché la soluzione sarebbe semplicemente optare per “più Europa” così com'è, semmai con una maggiore democratizzazione dell'Unione, quale condizione necessaria e sufficiente per lasciarsi alle spalle la crisi di questi anni. Ma secondo altri, questa visione ancora una volta “ottimista” della spontanea evoluzione dell'Europa, sottovaluta enormemente (e colpevolmente) l'impatto micidiale di liberalizzazioni e de-regolazione portato dal diritto della UE e il *deficit* democratico, sicché, in queste condizioni, “più Europa” potrebbe probabilmente significare non passi in avanti ma piuttosto distruggere le legittime differenze fra gli stati e minare le residue possibilità di cambiamenti democratici delle politiche dei paesi europei in materia economica e sociale.¹³⁹⁹

¹³⁹⁴ Rocella, Treu, 2016

¹³⁹⁵ Achtsioglou, Doherty 2014

¹³⁹⁶ Achtsioglou, Doherty, 2014

¹³⁹⁷ Streeck, 2014

¹³⁹⁸ Scharpf, 2015

¹³⁹⁹ Scharpf, 2015

Quale che sia la prospettiva futura più probabile, difficilmente l'intreccio perverso fra lo sviluppo sincopato ed involuto del disegno integrazionista e la nuova *governance* economica europea al di fuori del quadro euro-unitario, potrà essere modificato in tempi brevi. Realisticamente dovrà forse considerarsi inevitabile il declino dell'Europa sociale, la persistenza di conflitti e differenze più che di solidarietà fra i paesi europei¹⁴⁰⁰ (non a caso, l'unica proposta in campo è oggi rappresentata dalla teoria delle "due velocità" prefigurando un'Europa che tende a presentarsi, secondo Majone, come un "club of clubs").¹⁴⁰¹

Non può escludersi che di qui a qualche tempo, in mancanza di "scosse" positive, dopo un decennio di crisi e di *austerità*, si dovrà prendere atto del fallimento dell'idea della costruzione dell'Europa attraverso i diritti. Per reagire a questo stato di cose occorrerebbe certo battersi per un allargamento delle competenze della U.E. (per "più Europa" e per far rientrare nel quadro euro-unitario, modificandoli, i trattati dell'Eurozona), senza cui qualsiasi obiettivo sociale è destinato a restare a medio termine "sulla carta", alla stregua di una mera declamazione consolatoria.¹⁴⁰² Sarebbe poi auspicabile e anzi necessario che la politica sociale non sia concepita in funzione dell'integrazione economica e del mercato unico ma risponda a criteri e principi di giustizia distributiva;¹⁴⁰³ che si guardi finalmente alla "*harmonisation of basic labour standard as part of the process of fiscal and economic union*",¹⁴⁰⁴ pur dovendosi escludere, probabilmente in modo definitivo, la possibilità di costruire un modello sociale comune fra i diversi paesi europei.¹⁴⁰⁵

Insomma, per concludere, la speranza è che in qualche modo, come per i fenomeni carsici, l'Europa ritrovi la strada per tornare al dimenticato *Piano Werner*, di cui si è detto all'inizio, riattualizzando se non il suo programma quanto meno il suo vecchio *esprit*.¹⁴⁰⁶

Bibliografia.

Alaimo A., Caruso B., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 2010, 82.

Allegri G., Bronzini G. (a cura di), *Il tempo delle costituzioni*, Manifestolibri, Roma, 2014

Achtsioglou E., Doherty M., *There Must Be Some Way Out of Here: The Crisis, Labour Rights and Member States in the Eye of the Storm*, in *European Law Journal*, 2014, 20, 2 p. 219 ss.

Ashiagbor D., Countouris N., Lianos I., *Introduction in The European Union After The Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, 2012

AA.VV., *Appel des 138 Economistes - Sortir de L'impasse*, Editions Les Liens qui Libèrent, 2016.

Azoulai L., *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realisation*, in *Common Market Law Review*, 2008, 13

¹⁴⁰⁰ Joerges, 2016

¹⁴⁰¹ v. Majone, 2016.

¹⁴⁰² Azoulai, 2008

¹⁴⁰³ Maduro, 1998; Somek 2012

¹⁴⁰⁴ Deakin, 2014

¹⁴⁰⁵ Joerges, 2016

¹⁴⁰⁶ In questa direzione il recente volume a cura di Geiselberger, 2017, e qui i contributi fra gli altri di Appadurai, Bauman, Fraser, Streeck, Mason, Misik.

- Baccaro L., Howell C., *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune*, in Quaderni di Rassegna Sindacale, 2012, 1
- Baccaro L., Simoni M., *I governi e la concertazione. Perché alcuni la vogliono e altri no*, in Quaderni di rassegna sindacale, 2006, 97
- Balibar E., *Europe: crise et fin?*, Edition Le Bord de l'eau, Lormont, 2016, trad. it. Bollati Boringhieri, 2016
- Bercusson B., *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009
- Blanchard O., Leigh D., *Growth Forecast Errors and Fiscal Multipliers*, IMF Working Paper, 2013, Washington DC.
- Bronzini G., *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in www.fundamentalrights.it, 2012a
- Bronzini G., *La tutela della contrattazione collettiva: i trattati dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Donati F.M. (a cura di), *Diritto del lavoro: anno zero?*, ESI, Napoli, 2012b
- Bruun N., Lorcher K., Schomann I., *Conclusions*, in Bruun N., Lorcher K., Schomann I. (eds.), *The economic and financial crisis and collective labour law in Europe*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014.
- Cafruny A.W., *European integration studies, European Monetary Union, and resilience of austerity in Europe: Post-mortem on crisis foretold*, in *Competition & Change*, 2015, 19, 2, 161 ss.
- Carinci F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, IPSOA ed. Milano, 2012.
- Carinci F., *Licenziamento e tutele differenziate*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, G. Giappichelli ed., Torino, 2016.
- Caruso B., Fontana G. (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza ed, Bari-Roma, 2012.
- Cassese S., *I diritti sociali degli "altri"*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2015.
- Chalmers D., Jachtenfuchs M., Joerges C., *The Retransformation of Europe*, in Chalmers D., Jachtenfuchs M., Joerges C. *The End of the Eurocrats' Dream*, Cambridge University Press, UK, 2016.
- Clauwert S., Schomann L., *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, w.p. 04, ETUI aisbl, Brussels
- Collins H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2003, 4.
- Crouch C., *The snakes and ladders of 21st century trade unionism*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2000, 16 (1).
- Crouch C., *Il potere dei giganti*, Laterza ed., 2012.

D'Antona M., *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, 1979, ora in Opere, I, Milano Giuffr , 2000.

D'Antoni, Nocella, *Le politiche di austerit : quale impatto sul welfare mediterraneo?* in Meridiana 2015

Deakin S., *Social policy, economic governance and EMU: alternatives to austerity*, in Bruun N., Lorcher K., Schomann I. (eds.), *The economic and financial crisis and collective labour law in Europe*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014.

Delors J., *Report on Economic and Monetary Union in the European Community*, Brussels, European Council, 1989

De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene ed. Napoli, 1976

De Luca Tamajo R., *La inderogabilit  della normativa lavoristica ai tempi del Jobs Act*, in in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, G. Giappichelli ed., Torino, 2016.

Durand C., Keucheyan R., *Financial hegemony and the unachieved European state*, in Competition & Change, 2015, 19, 2, 129 ss.

Esping-Andersen G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1990.

Ferrajoli L., *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza ed. Roma-Bari, 2011

Ferrarese M.R., *Promesse mancate*, Il Mulino Bologna, 2017.

Ferrera M., *The Southern Model of Welfare in Social Europe*, in Journal of European Social Policy, 1996, 6, 17-37

Ferrera M., Fagion V., Jessoula M., *Alle radici del welfare state all'italiana*, Marsilio, Venezia 2013

Ferrera M., *The Boundaries of Welfare*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Ferrera M., *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in Stato e mercato, 2013, 97, 3 ss.

Ferrera M., *Rotta di collisione*, Laterza ed., Bari, 2016.

Fitoussi J.P., Saraceno F., *European Economic Governance: the Berlin-Washington Consensus*, in Cambridge Journal of Economics, 2013, 37, p. 479 ss.

Fontana G., *Dall'inderogabilit  alla ragionevolezza*, Torino, G. Giappichelli ed., 2010.

Fontana G., *Crisi economica ed effettivit  dei diritti sociali in Europa*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 2014, 104.

Fontana G., *Inderogabilit , derogabilit  e crisi dell'uguaglianza*, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, 276.

Fontana G., *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 2016, 132.

Franzini M., *Disuguaglianze inaccettabili?*, in Becchetti L., Franzini M., Mingardi A., Saraceno C., Pelligra V., *Povert *, Citt  Nuova ed., Roma, 2016.

Gambino S., *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica* in S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, G. Giappichelli ed., Torino, 2015.

Geiselberger H. (a cura di), *La grande regressione*, Feltrinelli, Milano, 2017.

Giubboni S., *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino ed. Bologna, 2003.

Giubboni S., *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 2013, 100.

Giubboni S., *Il diritto del lavoro nella crisi europea (a proposito di un recente volume)*, in Quaderni di rassegna sindacale, 2016.

Giubboni S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in CSDLE "Massimo D'Antona" IT, 2015, 246

Grasso G. *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in Rivista AIC, 2016, 4.

Guazzarotti A., *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella "costituzionalizzazione dell'Unione europea"*, in Diritto pubblico comparato ed europeo 2014, 1

Guazzarotti A., *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, FrancoAngeli, Milano, 2016

Guiglia G., *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.fuomdeicostituzionalisti.it, 2013.

Guiglia G., *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in Rivista AIC, 2016, 2.

Guillén A.M., Pavolini E. eds., *Welfare States Under Strain in Sothern Eusope*, in European Journal of Social Security, 2015, 2.

Guillén A.M., Petmesidou M. eds., *Crisis and Austerity in South Europe*, in South European Society and Politics, 2014, 3.

Habermas J., *Questa Europa è in crisi*, Laterza 2012.

Hepplc B., *Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia di lavoro*, in Diritto delle relazioni industriali, 2003, 4

Hermann C., *Structural Adjustment and Neoliberal Convergence in Labour Markets and Welfare: The Impact of the Crisis and Austerity Measures on European Economic and Social Models*, in Competition and Change, 2014, 2, p. 111 ss.

James H., *Making the European Monetary Union*, Boston, Harvard Belknap, 2012.

Jimena Quesada L., *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales*, in Mellado-Quesada-Beltràn, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis econòmica*, Bomarzo, Albacete 2014.

Joerges C., Giubboni S., *Diritto e politica nella crisi europea*, in Rivista critica del diritto privato, 2013, 3, 343 ss.

Joerges C., *Integration through law and the crisis of law in Europe's emergency*, in Chalmers D., Jachtenfuchs M., Joerges C *The End of the Eurocrats' Dream*, Cambridge University Press, UK, 2016.

C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.) *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, Department of Law, European University Institute, 2014, 5

Krugman P., *Fuori da questa crisi adesso!* Garzanti ed. 2012

Lasch C., *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, W.W: Norton & Company, New York-London, 1995, trad. it. *La rivolta delle élite*, Vicenza, Neri Pozza ed., 2017

Legrain P., *Eurozone Fiscal Colonialism*, The New York Times, 21 aprile 2014, in www.nytimes.com

Luque Balvona D., Gonzales Begega S., *Austerity and Welfare Reform in South-Western Europe. A Farewell to Corporativism in Italy, Spain and Portugal?*, in *European Journal of Social Security*, 2015, 2.

Maduro M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart 1998, p. 16-25

Majone G.D., *Europe's Democratic Deficit: The Question of Standards*, in *European Law Journal*, 1998, 4.

Majone G.D., *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, UCL 2012, 3, London Global University 2012

Majone G., *The limits of collective action and collective leadership*, in Chalmers D., Jachtenfuchs M., Joerges C *The End of the Eurocrats' Dream*, Cambridge University Press, UK, 2016.

Marshall H.T., *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, Utet, 1976

Moreira A., Alonso Domínguez, Antunes C., Karamessini M., Raitano M., Glatzer M., *Austerity-Driven Labour Market Reforms in Southern Europe: Eroding the Security of Labour Market Insiders*, in *European Journal of Social Security*, 2015, 2.

Morin E., *Penser global. L'homme et son univers*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2015.

Moro D., *Un "meccanismo europeo di solidarietà" per i cittadini europei*, in *Il Federalista*, 2014, 3.

Naldini M., Saraceno C., *Social and Family Policies in Italy: Not Totally Frozen but far from Structural Reforms*, in *Social Policy & Administration*, 2008, 42.

Natali D., Pochet P., *The last wave of social pacts in Europe: problems, actors and institutions* in Pochet, Keune, Natali, eds. *After the euro and enlargement: social pacts in the EU*, ETUI ed.

Nocito W., *Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova* in S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, G. Giappichelli ed., Torino, 2015

Oberndorfer L., *A New Economic Governance through Secondary Legislation? Analysis and Constitutional Assessment: From New Constitutionalism, via Authoritarian Constitutionalism to Progressive Constitutionalism*, in Bruun N., Lorcher K., Schomann I. (eds.), *The economic and financial crisis and collective labour law in Europe*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014.

Oliveri F., *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/commenti, 2013

- Palier B., *Social Policy Paradigms, Welfare State Reforms and the Crisis*, in *Stato e mercato*, 2013, 97, 37 ss.
- Panzerà C., *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B.Caruso-G.Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, Il Mulino, 2015a.
- Panzerà C., *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta online*, 2015b, II.
- Pavolini E., Raitano E., *L'Europa mediterranea fra diritti sociali e crisi economica: il welfare state ai tempi dell'austerità. Un'introduzione*, in *Meridiana*, 2015, 83.
- Pech L., *The Institutional Development of the Post-Lisbon*, in *The European Union After The Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, 2012.
- Perulli A., *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.
- Pinelli C., *L'Europa democratica nella strettoia fra populismo e tecnocrazia*, in *Meridiana*, 2013, 77.
- Petmesidou M., Glatzer M., *The Crisis Imperative, Reform Dynamics and Rescaling in Grece and Portugal*, in *European Journal of Social Security*, 2015, 2.
- Quirico D., *Esodo. Storia del nuovo millennio*, Neri Pozza ed., Vicenza, 2016.
- Ranci C., Pavolini E., *Le politiche di welfare*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- Ricci G., *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, G. Giappichelli ed., Torino, 2012.
- Rodrik J., *La globalizzazione intelligente*, Laterza ed., Roma-Bari, 2011.
- Ruffert M., *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, 48.
- Ruggeri A., *Crisi economica e crisi della Costituzione*, relazione conclusiva del Convegno di Lecce 14-15 settembre 2012, *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, in *Consulta online*, 2012.
- Ruggeri A., *Crisi economica e diritti sociali sotto stress: il punto su una ricerca*, in S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, G. Giappichelli ed., Torino, 2015.
- Salazar C., *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *rivistaaic.it*, 2013, 4.
- Salazar C., *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe" dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Giappichelli ed., Torino, vol. III, 2016.
- Saraceno C., *Social Assistance Dynamics in Europe. National and Local Poverty Regimes*, Policy Press, Bristol, 2002.
- Saraceno C., *Three concurrent crises in welfare states in an increasingly asymmetrical European Union*, in *Stato e Mercato*, 2013, 99, 339 ss.

- Saraceno C., *Si può pensare al Welfare come bene comune?*, in Il Mulino, 2014, 6.
- Scarponi S., *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in Riv. Giur. Lav., 2015, 1, p. 115 ss.
- Scharpf F.W., *After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy*, in European Law Journal, 2015, 21, 3, p. 384
- Scharpf F.W., *The costs of non-disintegration: the case of the European Monetary Union*, in Chalmers D., Jachtenfuchs M., Joerges C *The End of the Eurocrats' Dream*, Cambridge University Press, UK, 2016.
- Schelke W., *Reconfiguring welfare states in the post-industrial age: What role for trade unions?*, in Journal of Industrial Relations , 2011.
- Sciarra S., *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in Industrial Law Journal, 2010, 39, 3, p. 223
- Schmitter P.C., *Ernst B. Haas and the legacy of neofunctionalism*, in Journal of European Public Policy, 2005, 12, 2.
- Syrakos D., *A reassessment of the Werner Plan and the Delors Report: Why did they experience a different fate?* in Comparative Economic Studies, 2013, 52, 575 ss.
- Somek A., *From Workers to Migrants, from Distributive Justice to Inclusion: Exploring the Changing Social Democratic Imagination*, in European Law Journal, 2012, 18, 5, 711
- Spadaro A., *In 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, 2015a, 510
- Spadaro A., *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in Caruso B., Fontana G. (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015b.
- Speziale V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2016, 1, I.
- Steger M.B., Roy R., *Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Stiglitz J.E., *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, 2012, trad. it. Einaudi Torino, 2013
- Streeck W., *The Construction of a Moral Duty for the Greek People to Repay Their National Debt*, in Socioeconomic Review, 2013, 11, 614 ss.
- Streeck W., *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, 2014, Verso, trad. it. Feltrinelli
- U.S. Department of the Treasury, *Report to Congress on International Economic and Exchange Rate Politics*, 2013, Washington DC: Office of International Affairs
- U.S. Department of the Treasury, *Report to Congress on International Economic and Exchange Rate Politics*, 2014, Washington DC: Office of International Affairs

Veneziani B., *Austerity Measures, Democracy and Social Policy in the EU*, in Bruun N., Lorcher K., Schomann I. (eds.), *The economic and financial crisis and collective labour law in Europe*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014.

Vesan P., *Ancora al Sud? I Paesi mediterranei e le riforme delle politiche del lavoro negli anni della crisi economica*, in *Meridiana*, 2015, 83.

M. Yannakourou, *Challenging Austerity Measures Affecting Work Rights at Domestic and International Level. The case of Greece*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.) *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, Department of Law, European University Institute, 2014, 5

Weidmann J., *Solidità e solidarietà nell'Unione monetaria*, testo del discorso presso l'Ambasciata tedesca a Roma del 26 aprile 2016, in www.bundesbank.de

Wilkinson M.A., *The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, 14, 5, 527 ss.

Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi*

Giovanna Pistore

1. I termini della questione.	483
2. La pensione ai superstiti tra previdenza, assistenza e solidarietà familiare.	483
3. Convivenza <i>more uxorio</i> e tutele previdenziali.	484
4. Un'esclusione irragionevole?	486
5. La proposta di legge in materia.	488
6. I problemi vecchi e nuovi del sistema.	490

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 345/2017

1. I termini della questione.

La legge 20 maggio 2016, n. 76, nell'introdurre l'istituto delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplinare le convivenze di fatto, ha anche previsto indirettamente l'estensione ai membri dell'unione civile delle tutele previdenziali¹⁴⁰⁷.

Si dispone infatti che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» (art. 1, c. 20, l. n. 76/2016). Questo vale quindi pure per l'art. 13 del R.D. n. 636/39, che disciplina le tutele previdenziali per i familiari del lavoratore assicurato o pensionato defunto.

Resta una questione irrisolta, che ha sollevato perplessità in dottrina e accesi dibattiti nell'opinione pubblica: l'esclusione, dall'ampliamento della tutela ai superstiti, del convivente di fatto. E di tale problema vogliamo occuparci, volgendo lo sguardo ai fondamenti degli istituti coinvolti per individuare i principali problemi e le possibili soluzioni.

2. La pensione ai superstiti tra previdenza, assistenza e solidarietà familiare.

La pensione ai superstiti assolve ad una tutela polifunzionale, al crocevia tra previdenza, assistenza e solidarietà familiare.

La morte del lavoratore viene considerata un evento protetto, poiché «rappresenta per i familiari (...) anche il venir meno della fonte di reddito sulla quale fin a quel momento avevano potuto fare affidamento¹⁴⁰⁸». La pensione ai superstiti altro non è che il riflesso sul piano previdenziale di quegli obblighi di assistenza morale e materiale e mantenimento dei figli sanciti dagli artt. 29 e 30 Cost. ed esplicitati dagli artt. 143 e 147 c.c.¹⁴⁰⁹.

L'istituto viene ricondotto in via mediata nell'alveo delle prestazioni previdenziali poiché è finanziato almeno in parte attraverso i contributi versati dal lavoratore deceduto, che abbia conseguito i requisiti assicurativi e contributivi richiesti dalla legge¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁷ Per una disamina dei profili previdenziali e lavoristici della legge: P. CAPURSO, La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 4/2016, p. 609 ss.; C. A. NICOLINI, Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto?, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 3/2016, 563 ss.; P. PASSALACQUA, Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 320/2017; B. DE MOZZI, Le ricadute lavoristiche della l. n. 76/2016 in materia di unioni civili: luci ed ombre, Arg. Dir. Lav., n. 1/2017, p. 40 ss.

¹⁴⁰⁸ M. CINELLI, Diritto della previdenza sociale, Giappichelli, Torino, 2016, p. 626 ss.

¹⁴⁰⁹ Cfr. M. PERSIANI, La funzione della pensione di reversibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, Giur. Cost., 1980, I, p. 494 ss.; P. BOZZAO, La protezione sociale della famiglia, Lav. Dir., n. 1/2001, p. 58. Si veda anche Corte cost., 18 marzo 1999, n. 70; 28 luglio 1987, n. 286.

¹⁴¹⁰ P. CAPURSO, op. cit. Cfr. anche M. PERSIANI, op. cit. In realtà la diversa provenienza del finanziamento non funge più da criterio indefettibile di distinzione tra previdenza e assistenza, posto che in parte anche le prestazioni previdenziali vengono finanziate attraverso la Gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali (Gias), che funge da collettore delle risorse reperite dallo Stato attraverso la fiscalità generale: si veda S. CATINI, Il difficile rapporto tra previdenza e assistenza in Italia, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 3/2010, p. 643 ss.

Per converso le prestazioni ai superstiti, «se si ha riguardo alla posizione professionale dei soggetti che ne beneficiano, potrebbero, o meglio dovrebbero, rientrare in quelle forme di tutela previdenziale che si caratterizzano per essere estese a tutti i cittadini¹⁴¹¹», ossia nell'ambito dell'assistenza.

Tali dati non sono influenti, perché la diversa qualificazione della prestazione in esame muta completamente le categorie dogmatiche di riferimento. Ai sensi dell'art. 38 Cost. la previdenza si esplica nel diritto ad un trattamento adeguato alle esigenze di vita, l'assistenza invece nella più limitata assicurazione dei mezzi necessari per vivere. Inoltre, mentre nel caso delle prestazioni previdenziali la «situazione di bisogno» che ne è il presupposto è presunta, per quelle assistenziali l'accertamento dello «stato di bisogno» avviene in concreto¹⁴¹².

Nel caso del trattamento ai superstiti anche i familiari partecipano del *favor* accordato ai lavoratori, «ai quali viene riconosciuta una tutela rafforzata in ragione dell'aver maggiormente contribuito, con il loro lavoro, al benessere della collettività¹⁴¹³». Il parametro del trattamento non è il minimo vitale, cioè «l'insieme dei beni necessari quanto meno alla "conservazione" dell'esistenza di una persona», ma lo stesso reddito percepito dal lavoratore, stante la tutela rafforzata accordata in virtù degli artt. 38 c. 2 e 36 Cost.¹⁴¹⁴

Non mancano tuttavia, pure in questo campo, degli elementi di commistione. Uno in particolare è la riduzione della pensione ai superstiti sulla base del reddito percepito dal coniuge, ai sensi dell'art. 1, c. 41, l. n. 335/1995, che introduce così la categoria dell'accertamento del bisogno in concreto proprio della prestazione assistenziale.

3. Convivenza *more uxorio* e tutele previdenziali.

Bisogna dire che già prima dell'adozione della legge n. 76/2016 il rapporto di convivenza, sul piano previdenziale, non era completamente irrilevante, venendo considerato nel riparto della pensione ai superstiti tra coniuge ed ex coniuge al quale la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio avesse riconosciuto il diritto all'assegno.

La convivenza – quella prematrimoniale – non assumeva autonomo e pari rilievo rispetto al vincolo di coniugio, ma veniva valorizzata in via equitativa quale correttivo che evitasse «l'attribuzione, da un canto, al coniuge superstite di una quota di pensione del tutto inadeguata alle più elementari esigenze di vita e, dall'altro, all'ex coniuge di una quota di pensione del tutto sproporzionata all'assegno in precedenza goduto¹⁴¹⁵». Restava però ben ferma la preminenza del vincolo matrimoniale di cui, in virtù dell'art. 9, c. 3, l. 898/70, si doveva (e si deve) tenere conto in via prioritaria.

¹⁴¹¹ M. PERSIANI, op. cit.

¹⁴¹² A. M. BATTISTI, L' "adeguatezza" della prestazione tra Costituzione e riforme legislative, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 2/2008, p. 309 ss.; si vedano anche le riflessioni di R. PESSI, Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare, RDSS, n. 4/2016, p. 595 ss.

¹⁴¹³ P. BOZZAO, op. cit., e segnatamente p. 47.

¹⁴¹⁴ D. GAROFALO, «Amore senza età» e pensione di reversibilità, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 1/2017, p. 79 ss. e in particolare le pp. 80 – 86.

¹⁴¹⁵ Corte cost., 4 novembre 1999, n. 419, che ha conformato la successiva giurisprudenza di legittimità. Ex multis, Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2014, n. 14793; Id., 14 marzo 2014, n. 6019; Id., 21 giugno 2012, n. 10391.

Nella consolidata giurisprudenza costituzionale e di legittimità¹⁴¹⁶ è sempre stata ribadita la differenza ontologica tra i due tipi di legame, ricondotti tra l'altro a due diversi (parzialmente) referenti costituzionali: mentre il matrimonio gode della tutela rafforzata di cui all'art. 29 della Carta, la convivenza di fatto viene considerata unicamente una formazione sociale ex art. 2 della Costituzione¹⁴¹⁷. «La convivenza *more uxorio*, basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile, presenta caratteristiche così profondamente diverse dal rapporto coniugale da impedire l'automatica assimilazione delle due situazioni al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione di trattamento¹⁴¹⁸». E, si aggiungeva, nell'ambito della tutela ai superstiti tale parificazione era impossibile anche per l'insussistenza, nella convivenza, di un preesistente rapporto giuridico su cui innestare quello previdenziale.

È questo il retaggio culturale di fondo che ha determinato l'approdo contraddittorio cui è pervenuto il Legislatore nella legge n. 76/2016. Contraddittorio perché, nonostante il tentativo di una differenziazione, per vari aspetti le convivenze di fatto presentano un'immagine che ricorda il vincolo di coniugio.

Vengono definite conviventi di fatto «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile» (c. 3, art. 1, l. n. 76/2016). Ma, secondo la ricostruzione dogmatica consolidata, la reciproca assistenza tra i conviventi – diversamente dal matrimonio – non integrerebbe una situazione interna di carattere obbligatorio giuridicamente imposta e tutelata, fungendo però da elemento costitutivo della fattispecie e presupposto di applicazione dell'istituto¹⁴¹⁹.

A tale previsione viene affiancata la predisposizione di una serie ulteriore di tutele, come l'estensione dei diritti spettanti al coniuge nei casi stabiliti dall'ordinamento penitenziario (c. 38), il diritto di visita e assistenza nel caso di ricovero ospedaliero (c. 39), la facoltà di designare il convivente quale rappresentante in caso di malattia o morte (c. 40), la possibilità di permanere nella casa di comune residenza dopo la morte del convivente proprietario (c. 42) e, addirittura, il diritto agli alimenti in caso di scioglimento del legame (c. 65).

¹⁴¹⁶ Di recente, Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 2016, n. 22318, in tema di reversibilità della pensione di inabilità, con commento di R. NUNIN, Convivenza e reversibilità della pensione di inabilità: senza unione civile, nulla cambia, Fam. Dir., n. 4/17, p. 313 ss.

¹⁴¹⁷ Per dovere di completezza, occorre ricordare che anche la famiglia fondata sul matrimonio trova tutela non solo nell'art. 29 Cost. ma pure nell'art. 2 della Carta.

¹⁴¹⁸ Corte cost., 11 giugno 2003, n. 204; così anche Id., ord., 14 gennaio 2010, n. 7; 23 novembre 2000, n. 461; 28 luglio 1987, n. 286.

¹⁴¹⁹ Cfr. C. BONA, La disciplina delle convivenze nelle l. 20 maggio 2016 n. 76, commento a Cass. civ. sez. III, 7 marzo 2016, n. 4386, Foro it., n. 6/2016, pt. 1, pp. 2093 ss. Osserva sempre C. BONA, Cenni sulla fattispecie della "convivenza di fatto", nota a Cass. sez. I pen. 18 ottobre 2016, n. 44182, Foro it., n. 2/2017, pt. 2, p. 42 ss., che «La «famiglia di fatto» si è sempre ritenuto si costituisca al perfezionarsi di una fattispecie complessa, non riducibile al mero scambio delle manifestazioni della volontà di convivere e non avente carattere negoziale. La giurisprudenza richiede da sempre un'«effettiva comunione di vita» (espressione sintetica ma efficacemente riassuntiva, protratta nel tempo («stabile»), «analoga» a quella che caratterizza il rapporto coniugale, quindi dotata di un sostrato «affettivo» e caratterizzata dall'assistenza reciproca, materiale e morale. Svariati indici suggeriscono che questa sia l'impostazione accolta anche dal legislatore del 2016 nel delineare le «convivenze di fatto». La letteratura civilistica al riguardo è amplissima: si menziona, tra i molti contributi, L. BALESTRA, La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, Fam. Dir., n. 10/17, p. 919 ss.; L. LENTI, Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri, Fam. Dir., n. 10/17, p. 931 ss.; G. OBERTO, La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza, Fam. Dir., n. 10/17, p. 943 ss.; M. R. MOTTOLA, Famiglia di fatto, voce in Nuovo Dig., Utet, 2017; E. QUADRI, «Convivenze» e «contratto di convivenza», www.juscivile.it; R. PACIA, Unioni civili e convivenze, www.juscivile.it; L. LENTI, La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura, www.juscivile.it.

È innegabile quindi che anche nella convivenza di fatto, al pari del vincolo di coniugio e dell'unione civile, sussista un vincolo di solidarietà.

4. Un'esclusione irragionevole?

Alla luce delle indicate analogie sorge inevitabilmente la domanda se l'esclusione dei conviventi dalle tutele previdenziali possa considerarsi discriminatoria o irragionevole¹⁴²⁰. Nell'indagine la nostra bussola sarà proprio la stretta intersezione tra solidarietà familiare e previdenza che, abbiamo visto, caratterizza l'istituto della pensione ai superstiti.

L'analisi si svolgerà su due livelli, vagliando dapprima eventuali censure di discriminatorietà e successivamente quelle di irragionevolezza. Ricordiamo infatti che «non qualunque *differenza* di trattamento costituisce discriminazione, ma costituisce discriminazione una *disparità* di trattamento, basata sulla *diretta* considerazione di un fattore identitario¹⁴²¹» tutelato dal diritto o sullo svantaggio arrecato indirettamente, sulla base di pratiche apparentemente neutre, a chi è portatore di quel fattore. Quindi, se una disposizione discriminatoria è necessariamente irragionevole, non è detto che una disposizione irragionevole sia discriminatoria.

Quanto alla discriminatorietà, occorre effettuare a monte una scelta interpretativa, cioè stabilire se l'elenco dei fattori rinvenibile nelle norme comunitarie e nazionali sia aperto o tassativo. Optato per la seconda opzione, sulla scorta della consolidata giurisprudenza comunitaria¹⁴²², resta da capire quale sarebbe il *vulnus* cui ricondurre l'ipotesi in esame. Di certo nel caso di specie non è ravvisabile una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. È ben vero che nelle decisioni della Corte di giustizia questo fattore ha funto da grimaldello per estendere la tutela in favore dei superstiti anche alle convivenze di fatto, ma si trattava di conviventi omosessuali, riguardo ai quali l'orientamento veniva considerato perché era così impedito alla coppia di accedere ad uno strumento che consentisse il medesimo grado di tutela del matrimonio¹⁴²³. Qui invece tale orientamento (che può essere etero oppure omosessuale) non è in alcun modo determinante, pertanto una supposta discriminazione in base a tale fattore è da escludersi. Al convivente è comunque possibile accedere ai mezzi di tutela rafforzata costituiti dal matrimonio e dall'unione civile, secondo un calcolo costi-benefici governato dalla libera autonomia privata.

Ci si può chiedere invece se possano rilevare, in via residuale, le "convinzioni personali". Per rispondere è necessario risolvere a monte un'annessa questione, cioè determinare in cosa tali convinzioni consistano. «Il fatto che nell'art. 1 direttiva Ce 2000/78 il termine "convinzioni personali" sia affiancato a quello di "religione" non comporta che per convinzioni personali debba intendersi

¹⁴²⁰ Cfr. P. CAPURSO, op. cit., p. 617; R. NUNIN, op. cit., p. 318.

¹⁴²¹ M. V. BALLESTRERO, Discriminazione, ritorsione, motivo illecito. Distinguendo, relazione svolta al convegno Differenze, diseguaglianze, discriminazioni, S. Cerbone, 17 – 18 ottobre 2015, reperibile al sito www.osservatoriodiscriminazioni.org.

¹⁴²² Cfr. CGUE, 7 luglio 2010, C-310/10, Ministerul Justiției; Id., 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano; Id., 11 luglio 2006, C-13/05, Chacon Navas.

¹⁴²³ CGUE, 12 dicembre 2013, C-267/12, Hay, Riv. It. Dir. Lav., n. 3/2014, p. 672 ss, con nota di G. BOLEGO, Congedo matrimoniale e diritto antidiscriminatorio di "seconda generazione"; Id., 20 maggio 2011, C-147/08, Römer, Riv. It. Dir. Lav., 2012, II, p. 215 ss., con commento di M. BORZAGA Unioni civili, trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale: fin dove può spingersi il diritto comunitario del lavoro?; Id., 1 aprile 2008, C-267/06, Maruko, Riv. Giur. Lav., n. 1/2009, p. 248 ss., con nota di L. CALAFA', Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione ai superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia Ce; Id., 7 gennaio 2004, C-117/01, National Health Service Pensions Agency. Si veda anche B. DE MOZZI op. cit., in particolare p. 42.

quel credo che, al pari della religione, è caratterizzato da specifici connotati di pervasività e stabilità. La nozione di convinzioni personali ha infatti un utilizzo variabile nelle diverse fonti normative del diritto antidiscriminatorio, ma certamente comprende categorie che vanno dall'etica, alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali (...) ¹⁴²⁴. Ora, senz'altro si tratta di un concetto assai ampio e dai contorni sfumati, ma non può essere utilizzato per dare ingresso alle idee personali che hanno guidato la scelta – effettuata liberamente dai soggetti, con la coscienza delle relative conseguenze - di dare ad un legame affettivo una determinata forma giuridica o un'altra. Per tale via si legittimerebbe un utilizzo eccessivamente lato della nozione in esame, aggirando la regola di tassatività dei fattori di discriminazione testè menzionata.

Quindi, la mancata previsione a favore del convivente dell'erogazione della pensione ai superstiti non può ritenersi discriminatoria. In questo senso d'altronde può leggersi quanto già statuito dalla Corte di giustizia nell'ordinanza *Mariano* ¹⁴²⁵, che ha ravvisato la non discriminatorietà del diniego da parte dell'INAIL della rendita reversibile alla convivente *more uxorio*, proprio perché la supposta discriminazione non era riconducibile agli ambiti d'azione specificamente indicati dall'art. 13 TCE (ora art. 19 TFUE).

Sciolto questo primo interrogativo, occorre vagliare la coerenza intrinseca e sistemica della legge, per escludere eventuali collisioni con il «principio di razionalità, sia nel senso di razionalità formale, cioè del principio logico di non contraddizione, sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza» ¹⁴²⁶.

Circa la coerenza interna della norma, emerge un'evidente contraddizione tra il combinato disposto degli artt. 1, c. 20, l. n. 76/2016 e 13 del R.D. n. 636/39, cioè la previsione della pensione ai superstiti per i membri delle unioni civili, rispetto al c. 65 dell'art. 1, l. n. 76/2016, il quale sancisce l'obbligo di alimenti in caso di scioglimento della convivenza. Pur accogliendo la tesi che afferma la diversità tra gli obblighi di assistenza del coniuge e del convivente, e tenendo presente la differenza tra mantenimento ed alimenti ¹⁴²⁷, l'esclusione di una solidarietà *post mortem* quale quella

¹⁴²⁴ Corte app. Roma, 9 ottobre 2012, Dir. Lav., n. 3/2012, p. 661 ss.; si veda anche la disanima di M. AIMO, Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali, in M. BARBERA (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Giuffrè, Milano, 2007, p. 43 ss. e soprattutto p. 47.

¹⁴²⁵ CGUE, 17 marzo 2009, C- 217/08, cit.

¹⁴²⁶ Corte cost., 31 maggio 1996, n. 172. Non è questa la sede per trattare compiutamente il problema inerente la precisa delimitazione del sindacato di ragionevolezza. Sono parecchie le difficoltà in materia, determinate da un «approccio de-strutturato e informale», per cui ad oggi manca l'elaborazione di un «test di giudizio articolato in una sequenza di valutazioni progressive, paragonabile a quello che si riscontra in altre Corti»: così, tra i molti, M. CARTABIA, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, intervento in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, reperibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

¹⁴²⁷ Mantenimento ed alimenti sono istituti che partecipano, entrambi, della medesima funzione di sostentamento, ma rispondono a diversi presupposti e fini. «Mentre il primo consiste nella prestazione di quanto risulti necessario alla conservazione del tenore di vita corrispondente alla posizione economico-sociale dei coniugi (...), la prestazione alimentare presuppone una totale assenza di mezzi di sostentamento. (...) Il mantenimento ha dunque un contenuto più ampio degli alimenti, poiché questi ultimi, pur discostandosi dallo stretto necessario, hanno come parametro il bisogno da soddisfare, mentre il primo tende a far fronte a tutte le esigenze di vita della persona in relazione al suo ambiente di appartenenza» (D. VICENZI AMATO, Sub art. 433, in P. CENDON (a cura di), Commentario al codice civile, Utet, 1991, p. 768; cfr. anche, tra i molti, F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, Esi, Napoli, 2015, p. 324). Si segnala, peraltro, che il testo originario del disegno di legge (art. 12 d.d.l. S2081) prevedeva, per le ipotesi di cessazione della convivenza, l'obbligo poi espunto di corrispondere un assegno di mantenimento od alimentare in favore del convivente debole.

espressa dalla pensione ai superstiti collide con la previsione di una sia pur limitata solidarietà *post convivenza*. Esito logico sarebbe stato, allora, escludere qualsiasi obbligo alimentare¹⁴²⁸.

Ma anche sotto il profilo della razionalità pratica emergono degli effetti paradossali sul sistema. Utilizzando la realtà fattuale quale reagente della norma in esame, vediamo come la mancata equiparazione tra matrimonio e convivenza anche ai fini previdenziali lasci il campo libero a pratiche fraudolente ben note. Il rovescio della medaglia è che il coniuge vedovo potrà intraprendere una convivenza senza che tale legame abbia alcuna ripercussione sul diritto alla percezione della pensione di reversibilità o indiretta. E qui, nel costante ordito tra diritto di famiglia e suoi riflessi previdenziali, risulta in tutta evidenza come questa discrasia strida con il consolidato orientamento - in tema di definitiva estinzione dell'assegno divorzile, ma valevole in generale riguardo agli obblighi di assistenza tra coniugi - per cui l'instaurazione di una convivenza *more uxorio*, facendo venir meno ogni solidarietà post- coniugale, rescinde altresì ogni connessione col tenore di vita goduto durante la pregressa convivenza matrimoniale¹⁴²⁹.

D'altro canto, sempre sul piano sistematico, potrebbe forse risultare indebolito anche l'altro argomento che aveva portato la Consulta ad escludere la debenza della pensione, ossia l'insussistenza di un rapporto giuridico preesistente¹⁴³⁰. La previsione della registrazione anagrafica¹⁴³¹ ai sensi del c. 37, art. 1 della legge n. 76 e, ancor di più, la possibile stipula del contratto di convivenza di cui al successivo comma 50 sollevano qualche dubbio anche su tale allegazione.

La dottrina civilistica ha già sottolineato la tecnica legislativa lacunosa ed infelice che caratterizza il provvedimento¹⁴³². Pure con riferimento alla pensione ai superstiti la disciplina si appalesa fortemente contraddittoria, rendendo irragionevole ora come ora l'esclusione del convivente di fatto dal godimento delle tutele previdenziali¹⁴³³. Anche se, si precisa, l'incoerenza del dato normativo non permetterebbe un'estensione indiscriminata, per le ragioni che esporremo nel prosieguo.

5. La proposta di legge in materia.

È doveroso segnalare la presentazione di una proposta di legge in materia, la n. 3840 del 18 maggio 2016, recante «*Modifiche all'articolo 13 del regio decreto-legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 1939, n. 1272, nonché alla legge 8 agosto 1995, n. 335, e altre disposizioni in materia di estensione del diritto ai trattamenti pensionistici di reversibilità ai conviventi di fatto*».

Il testo è molto breve (consta di due soli articoli), ed estende l'erogazione della pensione (di reversibilità, *rectius*) ai superstiti anche «al convivente di fatto a condizione che la convivenza non sia cessata prima della morte del pensionato o dell'assicurato¹⁴³⁴». Si prevede a tal fine che la

¹⁴²⁸ Rileva infatti C. M. BIANCA, Diritto civile, 2.1, La famiglia, Giuffrè, Milano, 2014, p. 481, che gli alimenti hanno di regola causa nella solidarietà familiare e quindi – tornando al binomio mantenimento/alimenti- hanno carattere alimentare, in senso ampio, «anche l'obbligo di mantenimento del coniuge e l'obbligo di mantenimento del figlio minore».

¹⁴²⁹ Ex multis, Cass. civ. sez. VI, 29 settembre 2016, n. 19345; Cass. civ. sez. I, 3 aprile 2015 n. 6855.

¹⁴³⁰ Corte cost., 3 novembre 2000, n. 461.

¹⁴³¹ Della cui natura costitutiva o meramente accertativa si discute: si veda L. BALESTRA, La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, Fam. Dir., n. 10/2016, p. 918 ss.

¹⁴³² G. OBERTO, op.cit.

¹⁴³³ Cfr. P. CAPURSO, op cit., p. 617.

¹⁴³⁴ Art. 1 della Proposta.

prestazione sia finanziata anche facendo concorrere per l'intero, alla formazione della base imponibile IRPEF e delle relative addizionali, il reddito degli immobili ad uso abitativo non locati situati nello stesso comune nel quale si trova l'immobile adibito ad abitazione principale (art. 2, c.1 e c. 2, il quale ultimo modifica l'art. 9 c. 9 del d. lgs. n. 23/2011, in tema di applicazione dell'IMU). I fondi così reperiti, pertanto, dovrebbero essere destinati alla Gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali ex art. 37, l. n. 88/89.

Le disposizioni, nella loro attuale formulazione, risultano insoddisfacenti.

Urge in primo luogo una precisazione di ordine terminologico. In più punti dell'articolato, a partire dal titolo, si parla unicamente di "pensione di reversibilità". Trattasi di una svista concettuale che va emendata. La pensione di reversibilità è *species* del *genus* "pensione ai superstiti", la quale appunto può essere di reversibilità o indiretta a seconda che il lavoratore fosse pensionato o meno al momento del decesso. Tant'è vero che l'art. 13 del R.D. n. 636/39, oggetto di modifica, parla correttamente di "pensione ai superstiti" in generale.

Entrando nel merito, l'estensione *sic et simpliciter* del trattamento ai superstiti pecca di eccessivo universalismo e appare scoordinata rispetto al disposto della legge n. 76/2016. Se nel caso di cessazione in vita del legame l'obbligo di alimenti a favore dell'ex convivente in stato di bisogno è previsto per un periodo proporzionale alla durata della convivenza (art. 1, c. 65, l. n. 76/2016), risulta incongruo stabilire in via riflessa la durata indefinita delle tutele qualora lo scioglimento avvenga per causa di morte. Questa indeterminatezza riguarderebbe solo gli aspetti previdenziali, poiché con riferimento alla casa di comune residenza il comma 42 dell'art. 1, l. n. 76/2016, dispone che «in caso di morte del proprietario (...) il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni», e «ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni». Quindi, delle due l'una: o si modifica la legge n. 76/2016 oppure si riduce la tutela in caso di decesso di uno dei conviventi.

Si possono ipotizzare al riguardo due possibili soluzioni. La prima – ammettendo l'erogazione della pensione al convivente superstite - potrebbe risiedere nel mutuare il criterio della proporzionalità alla durata del rapporto. L'applicazione di questo parametro non sarebbe una novità, essendo già prevista dall'art. 9, c. 3, della l. n. 898/1970 con riferimento alla concorrenza tra coniuge superstite e divorziato¹⁴³⁵ del *de cuius*. Altrimenti un'ulteriore via, più coerente col ragionamento svolto sopra sulla solidarietà post-convivenza, potrebbe essere la previsione di un'indennità *una tantum*, nella misura della doppia annualità (come già previsto per il coniuge superstite che contragga nuove nozze) oppure rapportata, secondo dei coefficienti determinati *ex lege*, alla durata della convivenza.

¹⁴³⁵ Dispone la norma che «qualora esista un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, una quota della pensione e degli altri assegni a questi spettanti è attribuita dal tribunale, tenendo conto della durata del rapporto, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e che sia titolare dell'assegno di cui all'articolo 5. Se in tale condizione si trovano più persone, il tribunale provvede a ripartire fra tutti la pensione e gli altri assegni, nonché a ripartire tra i restanti le quote attribuite a chi sia successivamente morto o passato a nuove nozze».

La proposta, inoltre, non menziona le tutele in caso di decesso del lavoratore causato da infortunio sul lavoro o malattia professionale. Sarebbe opportuno che fosse adeguatamente integrata anche sotto questo profilo.

Circa le modalità di finanziamento, il ricorso (anche) alla fiscalità generale altro non è che una conferma della ben nota commistione tra previdenza ed assistenza nel sistema di sicurezza sociale. Le esigenze di complessivo rigore ed equità meritocratica lasciano però notevolmente perplessi sulla scelta di ricorrere a tali mezzi. Dato che pure nel caso della convivenza il deceduto è un soggetto il quale, avendo lavorato, ha versato dei contributi, sarebbe auspicabile modulare il trattamento in modo da non dover ricorrere all'intervento della Gias.

6. I problemi vecchi e nuovi del sistema.

Le osservazioni svolte e le problematiche sollevate inducono ad intraprendere una riflessione di più ampio respiro, meditando sulle vecchie aporie e le incongruenze che da sempre affliggono l'istituto della pensione ai superstiti.

L'attuale costruzione della disciplina si presta infatti a pratiche distorsive che rischiano di ingenerare la mancata copertura di reali situazioni di difficoltà e l'ingiustificata tutela di casi non meritevoli di protezione alcuna.

«La rilevanza della famiglia e dei rapporti che essa esprime non può essere tale da costituire posizioni di privilegio patrimoniale ingiustificate in quanto prescindono del tutto dall'esistenza di un bisogno, presunto o effettivo che sia, allo stesso modo in cui, in presenza di effettive situazioni di bisogno, la rilevanza della famiglia dovrebbe essere estesa al di là dei limiti della garanzia di continuità del sostentamento al superstite¹⁴³⁶».

D'altro canto, ad avviso di chi scrive, nella modulazione dei trattamenti il canone del bisogno, anche presunto, deve essere conciliato congiuntamente a quello del merito. Tale principio, come detto, è alla base del *favor* previsto dall'art. 38, c. 2, Cost., in correlazione con il dovere, che permea l'ordinamento, di «concorrere al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4 Cost.). È innegabile infatti che l'attuale situazione di crisi della sicurezza sociale trovi origine nelle improvvise scelte del passato, in cui il valore della solidarietà inter e intragenerazionale, pilastro fondante del sistema¹⁴³⁷, è stato declinato più in un'ottica assistenzialistica che meritocratica.

Nel campo che ci occupa, esempio di tale indirizzo deviante è il disegno di legge (il d.d.l. A.C. 3594) che intendeva determinare la misura del trattamento di reversibilità sulla base dell'indicatore della situazione economica equivalente del percettore. Formalmente si voleva porre un freno alla spesa previdenziale, ma è palese come una disciplina del genere si riveli fortemente ingiusta e disincentivante¹⁴³⁸.

Si può intervenire per altra via, cercando di correggere evidenti situazioni squilibrate in cui lo stato di bisogno non sussiste oppure sussiste ma non è tutelato. Al riguardo sono emblematici due esempi concreti che rendono, nell'immediato, delle situazioni di evidente disparità.

¹⁴³⁶ M. PERSIANI, op. cit., p. 502.

¹⁴³⁷ Proprio l'equità e la convergenza intragenerazionale e intergenerazionale vengono annoverate dall'art. 24 c. 1 lett. a) del D.L. n. 201/2011, in tema di riforma delle pensioni, tra i suoi principi informativi. Per approfondite riflessioni in tema di solidarietà, A. D'ALOIA, Generazioni future (diritto costituzionale), voce in Enciclopedia del diritto, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 331 ss.

¹⁴³⁸ Critico anche P. SANDULLI, La reversibilità si tocca: anzi no!, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 1/2016, p. 177 ss.

Esaminiamo, innanzitutto, le differenze tra il coniuge vedovo inoccupato e quello che invece lavora. Il primo percepirà la pensione nella misura integrale della quota (il 60%), fino al proprio decesso. Il secondo, invece, risulta doppiamente penalizzato, poiché verosimilmente subirà non solo la riduzione del trattamento in forza del meccanismo di cumulo previsto dall'art. 1, c. 41, l. n. 335/1995 ma, *ex post*, potrebbe restituirne un'ulteriore parte alla fiscalità generale, ove la percezione della pensione determini il passaggio ad un'aliquota contributiva superiore.

Il raffronto è ancora più sferzante se si considera la situazione dei figli del deceduto. Essi infatti vedranno venir meno la propria quota di pensione al raggiungimento degli stringenti limiti d'età previsti dalla legge, se non addirittura prima (qualora il termine del corso legale di studi sia anteriore), non contando la circostanza che abbiano o meno conseguito effettivamente un lavoro.

Dinnanzi a queste situazioni il criterio del bisogno presunto risulta iniquo e limitato. Nel caso del coniuge inoccupato la disciplina, così com'è, contrasta palesemente con uno dei cardini del sistema cioè il dovere, per colui che abbia subito un danno, di limitarne e non aggravarne le conseguenze anche attraverso un intervento positivo e attivo¹⁴³⁹. Questo dovere, cristallizzato nell'art. 1227, c. 2, c.c. e coordinato ai canoni di buona fede e correttezza oggettiva di cui all'art. 1175 c.c., altro non è che un'ulteriore espressione del principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost.¹⁴⁴⁰, principio che senz'altro dev'essere considerato, con specifico riferimento alla materia previdenziale, in un'ottica globale. La solidarietà infatti non può esplicarsi solo nel momento in cui si tratti di ricevere una prestazione, ma anche nella riduzione della propria situazione di bisogno. Sotto questo aspetto ne è espressione, ad esempio, il criterio di condizionalità nell'accesso ai trattamenti previdenziali. Perciò, alla luce di quanto detto, quali sono delle possibili soluzioni?

Prima di procedere, bisogna individuare nell'ordinamento un parametro di giudizio che consenta di proporre un ragionamento che possa essere considerato coerente. A tal fine, seguiremo ancora come filo di Arianna proprio quella stretta interrelazione, di cui si parlava sopra, tra la solidarietà familiare e i suoi riflessi previdenziali.

Cominciamo dai figli. Secondo la giurisprudenza consolidata – sia pur con vari temperamenti, di cui non si può dar conto in questa sede – l'obbligo di mantenimento *ex art.* 147 c.c. sussiste finché il figlio non abbia raggiunto l'indipendenza economica, avuto riguardo «all'età, all'effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all'impegno rivolto verso la ricerca di un'occupazione lavorativa nonché, in particolare, alla complessiva condotta personale tenuta, da parte dell'avente diritto, dal momento del raggiungimento della maggiore età¹⁴⁴¹». Questi principi vengono completamente travolti nel campo della tutela dei superstiti. Un possibile rimedio potrebbe risiedere in un innalzamento dei limiti d'età anche se, di certo, non si può prevedere una prestazione che abbia durata indefinita, pena altrimenti il ricadere nel vizio opposto di una tutela svincolata dal bisogno effettivo. Forse si potrebbe far riferimento all'età di 29 anni, già adottata dalla legge come termine ultimo per la conclusione di un contratto di apprendistato

¹⁴³⁹ Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2016, n. 11230.

¹⁴⁴⁰ Cfr. C. M. BIANCA, Diritto civile, V, La responsabilità, Giuffrè, Milano, 2012, p. 160: «il dovere del danneggiato di cooperare per limitare la responsabilità del danneggiante rientra nel generale dovere di correttezza, quale impegno di solidarietà che impone alla parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti di un apprezzabile sacrificio».

¹⁴⁴¹ Cass. civ., sez. VI, 26 aprile 2017, n. 10207.

professionalizzante o di alta formazione, poiché sintomatica di una situazione di debolezza economica e contrattuale del giovane. Per evitare delle rendite ingiustificate, tenute ferme le soglie già previste *ex lege* per il completamento dei corsi di studio (cioè i 21 e i 26 anni d'età) sarebbe opportuno integrare l'erogazione del trattamento successiva a tali limiti con la previsione di determinate forme di condizionalità, magari mutuando e riadattando i meccanismi già previsti, in altro campo, con riferimento ai lavoratori percettori di NASpl, Dis-Coll e Cassa integrazione¹⁴⁴² – ben consci, peraltro, del farraginoso funzionamento dei servizi per l'impiego.

Più difficile è invece dirimere il caso del coniuge inoccupato, perché l'astrattezza di una proposta, per quanto formalmente corretta, rischierebbe di scontrarsi con le reali esigenze di vita, in cui la scelta di non lavorare (soprattutto della donna) è spesso legata alla necessità di prendersi cura dei figli. Qui sarebbe doveroso un discorso ancor più ampio, di certo non affrontabile in questa sede. I problemi sono molti e ben noti. Innanzitutto, mancano adeguate politiche di sostegno alla famiglia, spesso caratterizzate da interventi i quali, lungi dall'essere risolutivi, si rivelano dei maldestri accomodamenti. D'altro canto, è pacifico quanto sia problematico, in determinati contesti e situazioni, inserirsi o reinserirsi nel mercato del lavoro: su questo fronte le azioni in materia si sono rivelate, ad oggi, ambiziose ma con scarsi riscontri concreti.

Tuttavia, nell'intreccio tra previdenza e solidarietà familiare che caratterizza l'istituto, spicca un elemento – soprattutto alla luce della recentissima giurisprudenza in materia – che merita di essere considerato. Con riferimento alla solidarietà post-coniugale in caso di divorzio sta iniziando a farsi strada l'applicazione del principio di autoresponsabilità, per cui la debenza e l'ammontare dell'assegno di mantenimento devono essere vagliati alla luce di determinati indici, tra cui «le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo¹⁴⁴³» dell'ex coniuge richiedente. Questo criterio dovrebbe essere valorizzato anche in ambito previdenziale, considerato che l'erogazione del trattamento a una persona che per età e capacità sarebbe perfettamente in grado di lavorare rischia di tradursi in una rendita ingiustificata. Senza voler arrivare a sopprimere completamente questa pensione – con un risultato iniquo in senso opposto – bisognerebbe quanto meno postergarne la percezione ad un'età in cui si ritenga che il soggetto in esame non sia più facilmente occupabile e/o in grado di lavorare, salvo il caso in cui siano presenti figli minori, studenti o inabili. Si potrebbe guardare a quell'età in cui, secondo le fonti, un lavoratore viene considerato "anziano" e quindi svantaggiato nell'accedere al mercato del lavoro¹⁴⁴⁴. Quest'età potrebbe consistere nel raggiungimento dei 50 anni, ai sensi dell'art. 2, n. 4, lett. d) del Reg. UE n. 651/2014 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE agli aiuti di Stato (anche) a favore dell'occupazione, oppure della soglia dei 55 anni, già presente nel nostro ordinamento con riferimento alla stipula del contratto di lavoro intermittente (art. 13 c. 2 del d. lgs. n. 81/2015; art. 34 c. 2 del d. lgs. n.

¹⁴⁴² Si vedano gli artt. 21 e 22 del d. lgs. n. 150/2015. Per un'analisi delle problematiche in materia di condizionalità e una ricognizione della bibliografia in merito, cfr. M. D. FERRARA, Il principio di condizionalità e l'attivazione del lavoratore tra tutela dei diritti sociali e controllo della legalità, LD, n. 2/2015, p. 639 ss.

¹⁴⁴³ Cass. civ. sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504.

¹⁴⁴⁴ Per una disamina in materia, M. RUSSO, Età pensionabile e prosecuzione del lavoro, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, in particolare le pp. 5-12.

276/2003¹⁴⁴⁵).

Ci si rende conto, peraltro, di come l'eliminazione *tout court* della prestazione per il periodo anteriore al raggiungimento delle soglie indicate potrebbe risultare fortemente problematica. Sarebbe opportuna almeno una forte compressione del trattamento, per evitare di penalizzare unicamente il coniuge superstite che lavori. Bisogna però dare atto del fatto che di recente la scure della Corte costituzionale¹⁴⁴⁶ è scesa proprio su una disposizione, l'art. 18, c. 5, del d.l. n. 98/2011, la quale riduceva il trattamento ai superstiti ricevuto dal coniuge «nei casi in cui il matrimonio con il dante causa - fosse - stato contratto ad età del medesimo superiori a settanta anni e la differenza di età tra i coniugi - fosse - superiore a venti anni». Dal tenore della sentenza emerge però come la declaratoria di incostituzionalità sia legata al fatto che la disposizione limitasse i diritti del coniuge superstite, con una presunzione di fraudolenza del negozio matrimoniale, solo in quella specifica situazione di divario anagrafico e non in modo generale e astratto, lasciando quindi aperta la porta a futuri provvedimenti che restringano il diritto alla pensione¹⁴⁴⁷.

Queste vogliono solo essere delle proposte, anche se si è consapevoli di come, in materia, la quadratura del cerchio risulti sempre insoddisfacente. Le esigenze di sostenibilità del sistema rendono necessaria una riforma che non sia in chiave biemente assistenzialistica, ma valorizzi lo stato di bisogno alla luce dei criteri di meritocrazia e partecipazione che informano l'ordinamento¹⁴⁴⁸. Perché ricordiamoci, la solidarietà non può funzionare senza a monte l'equità, senza il *suum unicuique tribuere*.

¹⁴⁴⁵ Occorre menzionare che, nella versione originaria del Decreto Biagi, la conclusione di tale contratto veniva addirittura abbassata al compimento del quarantacinquesimo anno d'età: in effetti nell'attuale mercato del lavoro i lavoratori già a quell'età risultano purtroppo difficilmente ricollocabili.

¹⁴⁴⁶ Corte cost., 15 giugno 2016, n. 174, con commento di D. GAROFALO, op.cit. Si veda anche P. SANDULLI, La Corte costituzionale orienta il legislatore delle pensioni. A proposito delle sentenze nn. 173, 174/2016, Riv. Dir. Sic. Soc., n. 4/2016, p. 687 ss.

¹⁴⁴⁷ Così D. GAROFALO, op. cit., p. 90.

¹⁴⁴⁸ D'altronde già Sir William BEVERIDGE, nel suo Report Social insurance and allied services, il cui testo originale è reperibile al sito http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf, scriveva: «social security must be achieved by co-operation between the State and the individual. (...) The State in organising security should not stifle incentive, opportunity, responsibility; in establishing a national minimum, it should leave room and encouragement for voluntary action by each individual to provide more than that minimum for himself and his family».

Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*

Pasquale Monda

1. Un breve <i>excursus</i> della disciplina.	495
2. I dubbi sul lavoro accessorio, la sentenza della Corte costituzionale e i problemi di disponibilità del tipo.	497
3. La natura del lavoro occasionale: il regime delle pause e dei riposi.	500
4. <i>Segue</i> . La conversione del rapporto e la durata massima della prestazione.	502
5. <i>Segue</i> . Conversione del rapporto e autonomia privata.	504
6. La nuova disciplina sul lavoro occasionale.	506
7. <i>Segue</i> . Struttura del lavoro occasionale, violazione delle soglie reddituali e oneri formali.	507
8. <i>Segue</i> . Costituzione del lavoro occasionale e determinazione del corrispettivo.	509
9. Lavoro occasionale, “disposizione” legale del tipo e ragionevolezza: lo scopo dell’intervento.	511
10. <i>Segue</i> . Proporzionalità dell’intervento e argomento consequenzialista.	513
11. <i>Segue</i> . Proporzionalità dell’intervento e “nucleo essenziale” dei diritti.	515
12. Il lavoro occasionale e la disciplina sul contratto a tempo determinato: ancora qualche dubbio.	517

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 346/2017

1. Un breve *excursus* della disciplina.

Esaminare la recente regolamentazione del lavoro occasionale introdotta dal d.l. 50/2017, conv. con modifiche dalla l. 96/2017, è tutt'altro che agevole; tale intervento, infatti, si colloca a valle di un'evoluzione normativa molto problematica, che ha profondamente modificato l'impianto giuridico dell'originario lavoro accessorio¹⁴⁴⁹. Sicché, per meglio comprendere le soluzioni legislative da ultimo varate, è opportuno ripercorrere gli snodi cruciali della suddetta evoluzione, culminata in una proposta di referendum abrogativo dichiarata ammissibile dalla Corte costituzionale¹⁴⁵⁰.

Al riguardo, con la sintesi consentita dalla notorietà delle vicende, è possibile ritenere come la disciplina sul lavoro accessorio abbia imboccato un percorso di progressiva e marcata liberalizzazione, sublimata dal d.lgs. 81/2015: è su questo punto che si incentra la citata sentenza della Corte ed è da questa prospettiva che conviene ripercorrere i vari interventi normativi.

Ebbene, il primo risale al d.lgs. 276/2003; ispirandosi a esperienze e modelli diffusi in altre realtà europee¹⁴⁵¹, il legislatore considera il lavoro accessorio un'attività "di natura meramente occasionale resa da soggetti a *rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne*" (mio il corsivo). L'intervento è significativo: si esplicitano le esigenze alla base del lavoro accessorio, che assume, così, una propria collocazione giuridica nel panorama degli "istituti giuslavoristici" già esistenti. Non a caso, in piena coerenza con le predette esigenze, viene definito un elenco tassativo dei prestatori di lavoro accessorio: disoccupati, da oltre un anno; casalinghe, studenti e pensionati; disabili e soggetti in comunità di recupero; lavoratori extracomunitari regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del posto di lavoro. Ai requisiti appena individuati - non è marginale evidenziarlo - il legislatore affianca pure la doverosa *accessorietà* della prestazione, rispetto al complesso delle attività svolte dal lavoratore, e la sua altrettanto necessaria *occasionalità*, declinata sia mediante il ricorso a soglie massime di compenso sia elencando le attività per le quali consentire il lavoro accessorio¹⁴⁵².

Dopo una prima serie di interventi, volti a rendere meno stringenti i requisiti del d.lgs. 276/2003¹⁴⁵³, importanti novità legislative sono introdotte dalla l. 133/2008, che, abrogando la prima parte dell'art. 70 d.lgs. 276/2003, elimina le originarie ragioni sostanziali alla base del lavoro

¹⁴⁴⁹ È opportuno chiarire subito che l'art. 54-bis d.l. 50/2017, conv. con modifiche dalla l. 96/2017 non discorre più di lavoro accessorio ma di "prestazioni di lavoro occasionale": una differenza, come verrà chiarito nel corso del contributo, non solo terminologica, essendo la precedente disciplina sul lavoro accessorio interamente abrogata e sostituita da un quadro normativo molto diverso.

¹⁴⁵⁰ La sentenza menzionata nel testo è la n. 28 del 27 gennaio 2017, su cui Zilli, Prestazioni di lavoro accessorio e organizzazione, in ADL, 2017, p. 86 ss.

¹⁴⁵¹ Il riferimento è alla cartolarizzazione dell'obbligazione retributivo-contributiva maturata in Francia e in Belgio, su cui v. Nogler, Borzaga, Ipotesi sulla disciplina legale del lavoro "accessorio": le virtù del modello belga, in IS, 2003, p. 68 ss.; Pinto, La disciplina del lavoro accessorio da misura di sostegno alle famiglie a forma comune del lavoro subordinato discontinuo ed intermittente, in Atti del Convegno di Studio su "Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?", Camera dei Deputati, 19 febbraio 2015, p. 113 ss.; Sansoni, Lavoro accessorio e buoni lavoro: le ragioni di un successo, in DRI, 2007, p. 311.

¹⁴⁵² È importante rimarcare che le soglie di compenso sono riferite al solo prestatore di lavoro e quest'impostazione rimarrà ferma fino all'art. 54-bis d.l. 50/2017, conv. con modifiche dalla l. 96/2017.

¹⁴⁵³ Tra i molteplici interventi normativi, meritano di essere segnalati l'art. 17 d.lgs. 251/2004 e l'art. 1-bis l. 80/2005, che modificano l'art. 72, co. 5, d.lgs. 76/2003, su cui v. Gambacciani, La complessa evoluzione del lavoro accessorio, in ADL, 2010, p. 401-402; Persico, Lavoro accessorio, in Digesto comm., Utet, 2008, p. 417 ss.

accessorio: le ragioni, cioè, che gli conferivano quell'esatta collocazione nel panorama giuslavoristico di cui prima si è detto. La legge consente di ricorrervi solo per svolgere un elenco tassativo, sebbene ampio, di attività, allo scopo di raggiungere - ed è questo il punto - anche finalità normalmente proprie degli "ordinari" modi di utilizzo del lavoro. Viene abrogato, pertanto, l'originario art. 71 d.lgs. 276/2003, con l'effetto di eliminare il catalogo di soggetti che, in funzione dei suoi originari scopi sociali, filtrava l'accesso al lavoro accessorio¹⁴⁵⁴.

Il processo di liberalizzazione, avviato nel 2008, viene proseguito dalla l. 33/2009: si espande l'ambito applicativo del lavoro accessorio, che, per i giovani e i pensionati, include tutti i settori produttivi. E, di conseguenza, cresce il quadro dei suoi potenziali fruitori, non più limitato alle famiglie, ai soggetti privati e alle associazioni di volontariato, ma esteso anche agli imprenditori: in definitiva, si consolida la già avviata sovrapposizione tra il lavoro accessorio e gli altri "istituti lavoristici".

A completare il processo di liberalizzazione è il d.lgs. 81/2015, il quale, chiudendo la breve parentesi della l. 92/2012¹⁴⁵⁵, amplia i margini di impiego del lavoro accessorio.

Negli artt. 48 ss. d.lgs. 81/2015 si consolida il suo potenziale svolgimento presso ogni committente, pur se imprenditore o professionista. E scompare ogni riferimento alla natura dell'attività svolta: un riferimento che, nel corso del tempo, è stato reso sempre più elastico, tanto da consentire l'utilizzo del lavoro accessorio pure per attività *lucrative*, ma comunque idoneo a svolgere una funzione selettiva. L'*accessorietà* della prestazione, sua unica caratteristica dopo il venir meno di ogni riferimento all'*occasionalità*, si identifica con la soglia massima del corrispettivo percepito dal dipendente, in un anno civile, da tutti i committenti: una soglia, tra l'altro, incrementata rispetto a quella già in vigore¹⁴⁵⁶. Maturano, così, i presupposti per superare l'orientamento che vagliava l'*accessorietà* della prestazione all'esito del suo confronto con le restanti attività svolte dal prestatore di lavoro¹⁴⁵⁷: l'unico vincolo da rispettare è l'ammontare massimo del compenso.

La riforma del 2015, dunque, porta a compimento il disegno legislativo avviato nel 2008: il lavoro accessorio, da strumento per conseguire peculiari finalità sociali, utilizzabile in ipotesi ristrette e in favore di un altrettanto ristretto novero di soggetti, diventa uno dei tanti strumenti a disposizione delle organizzazioni lucrative: è così che viene letta, in modo pressoché unanime, la scomparsa di ogni riferimento tanto all'attività quanto alla natura del committente¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁴ Sul punto v. Gambacciani, op. cit., p. 404-405.

¹⁴⁵⁵ L'incidenza della l. 92/2012 sulla disciplina del lavoro accessorio viene approfondita in Tullini, Il lavoro accessorio, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 263 ss.

¹⁴⁵⁶ Il compenso complessivamente erogabile su base annuale cresce, con il d.lgs. 81/2015, da 5 a 7 mila euro.

¹⁴⁵⁷ V., da ultimo, Pinto, Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi, in LD, 2015, p. 679 ss.

¹⁴⁵⁸ V., tra i tanti e per tutti, la puntuale analisi di Balletti, Lavoro accessorio, in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 48, Adapt University Press, 2015 e di Tullini, op. cit., p. 269-270.

Ben si capiscono, allora, le ragioni alla base del referendum abrogativo sul lavoro accessorio¹⁴⁵⁹, dichiarato - lo si accennava in precedenza - ammissibile dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 28/2017. A completamento della breve ricostruzione sugli eventi che hanno portato alla disciplina da esaminare, è di fondamentale rilievo aggiungere che, in un momento politico molto delicato, il Governo, tramite il d.l. n. 25/2017, conv. con l. n. 49/2017, sceglie di abrogare le “disposizioni in materia di lavoro accessorio”, inducendo la Cassazione a sospendere, con effetto immediato, le operazioni referendarie¹⁴⁶⁰. Salvo poi introdurre, in un clima di aspre polemiche, attraverso il d.l. 50/2017, conv. con modifiche dalla l. 96/2017 la “Disciplina sulle prestazioni occasionali. Libretto Famiglia. Contratto di prestazione occasionale”.

2. I dubbi sul lavoro accessorio, la sentenza della Corte costituzionale e i problemi di disponibilità del tipo.

Al centro dei problemi sul quadro giuridico del lavoro accessorio si è posta, quindi, la sua liberalizzazione: in molti hanno sostenuto che l'ampliamento del catalogo di attività legittimanti il suo utilizzo, prima, e la definitiva liberalizzazione, poi, non hanno escluso, ma anzi hanno confermato, la possibilità di ricorrervi anche per svolgere un lavoro nei *fatti* subordinato¹⁴⁶¹. Sicché, una decisa semplificazione delle forme di instaurazione, di gestione e di estinzione del rapporto di lavoro¹⁴⁶² ha segnato una netta divaricazione rispetto alle tutele operanti per i rapporti di lavoro subordinato c.d. standard. Con l'effetto che la disciplina sul lavoro accessorio ha incrociato in modo molto problematico il c.d. principio di indisponibilità del tipo.

Per comprendere l'esatta dimensione della questione, è opportuno procedere per gradi, ripercorrendo, nei limiti funzionali alla presente analisi, i principali approdi del dibattito sul principio in parola¹⁴⁶³.

¹⁴⁵⁹ Il quesito referendario prevedeva l'abrogazione degli articoli 48, 49 e 50 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, recante “Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183”.

¹⁴⁶⁰ V. Cass. ordinanza del 21 aprile 2017.

¹⁴⁶¹ In tal senso, v. Tribunale di Milano 26 maggio 2016 n. 429, in RIDL, 2017, II, p. 95 ss. con nota di Marchi, La qualificazione del lavoro accessorio “non più occasionale”. Al riguardo, v. anche Putignano, Il lavoro accessorio tramite voucher (nota a Trib. Milano, 1 aprile 2014), in ADL, 2014, p. 814 ss.

¹⁴⁶² V. Pinto, Il lavoro accessorio, cit., 679 ss.

¹⁴⁶³ Sull'indisponibilità del tipo, v. D'Antona, Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, in ADL, 1995, p. 63 ss.; Magnani, Diritto dei contratti di lavoro, Giuffrè, 2009, p. 3 ss.; Pedrazzoli, Sulla cosiddetta indisponibilità del tipo lavoro subordinato: ricognizione e spunti critici, in Studi in onore di Edoardo Ghera, II, 2008, p. 851 ss.; Romei, Tra politica e diritto: rileggendo «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro», in DLRI, 2009, p. 77 ss. È solo il caso di ricordare che il tema ha assunto notevole risalto dopo le ultime riforme legislative, al riguardo v., tra i tanti, Avondola, Legge, contratto e certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro, Jovene, 2013; Nogler, La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico», in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 267/2015, p. 25; Pallini, Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?, in RGL, 2016, I, p. 65 ss.; Pessi, Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis, in RIDL, 2011, I, p. 537 ss.; Santagata De Castro, Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015, in DRI, 2017, p. 397 ss.; Speciale, La certificazione e l'arbitrato dopo il “Collegato lavoro” (legge 4 novembre 2010, n. 183), in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 118/2011; Zoppoli A., La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 296/2016; Zoppoli L., Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le *liaisons dangereuses*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT – 102/2010.

È noto come un fondamentale apporto, alla stessa configurazione della c.d. indisponibilità del tipo, provenga dalla Corte costituzionale¹⁴⁶⁴, secondo cui il legislatore non può “*negare* la qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l’inapplicabilità delle norme *inderogabili* previste dall’ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato” (mio il corsivo). E ancora - prosegue la Corte - “i principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia ... debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei *fatti*, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto, allorquando il *contenuto concreto* del rapporto e le sue *effettive* modalità di svolgimento ... siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest’ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile” (mio il corsivo)¹⁴⁶⁵.

Numerosi sono gli autori che si sono confrontati con le sentenze in esame e variegata sono stata le opinioni in merito¹⁴⁶⁶. Ma nessuno nega che, sulla scorta di quanto afferma la Corte costituzionale, il fondamento della c.d. indisponibilità del tipo vada ricercato nella natura inderogabile della norma lavoristica¹⁴⁶⁷: ovvero, secondo la “nuova” impostazione della Costituzione, il tratto peculiare della medesima norma, che, nel disciplinare il rapporto di lavoro, deve garantire la piena eguaglianza sostanziale, al fine di rendere il medesimo lavoro una reale forma di espressione della persona oltre che il principale strumento di partecipazione alla vita e allo sviluppo del Paese¹⁴⁶⁸. Attraverso il lavoro, infatti, si contribuisce “al progresso materiale e spirituale della società” - tanto prevede l’art. 4 Cost. - e, ancor prima, si manifesta la più generale espressione della persona¹⁴⁶⁹.

Ebbene, se le considerazioni fatte presuppongono una nozione ampia di lavoro - inteso “in tutte le sue forme ed applicazioni” secondo l’art. 35 Cost. -, nemmeno si nega che il lavoro svolto in

¹⁴⁶⁴ Le sentenze cui ci si riferisce sono Corte costituzionale 29 marzo 1993 n. 121, Corte costituzionale 31 marzo 1994 n. 115 e Corte costituzionale 7 maggio 2015 n. 76.

¹⁴⁶⁵ Così si esprime Corte costituzionale n. 115/94.

¹⁴⁶⁶ Per una ricostruzione del dibattito, v. la letteratura citata in nota 15.

¹⁴⁶⁷ In tal senso, Romei, op. cit., p. 85.

¹⁴⁶⁸ Il dibattito sull’inderogabilità della norma è molto ampio, v., per tutti, Cester, La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro, in DLRI, 2008, p. 341 ss.; De Luca Tamajo, La norma inderogabile nel diritto del lavoro, Jovene, 1976; Fontana, Dall’inderogabilità alla ragionevolezza, Giappichelli, 2010; Gragnoli, L’attività sindacale e la derogabilità assistita, in RIDL, 2005, I, p. 103 ss.; Grandi, Rapporto di lavoro, in ED, XXXVIII, Giuffrè, 1989, p. 313 ss.; Novella, L’inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale, Giuffrè, 2009; Occhino, La norma inderogabile nel diritto del lavoro, in RGL, 2008, I, p. 185 ss.; Sciarra, Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - 44/2011; Tullini, Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno, in DLRI, 2008, p. 425 ss.; Voza, L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro, Cacucci, 2007; Zoppoli A., Il declino dell’inderogabilità?, in DLM, 2013, p. 53 ss.

¹⁴⁶⁹ Tra i più recenti interventi, v. Chieco, “Riforme strutturali” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in DLRI, 2015, p. 359 ss.; Del Punta, I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 333/2017; Mancini, Principi fondamentali. Art. 4, in Branca (a cura di), Commentario della Costituzione, Zanichelli-Foro italiano, 1975, p. 199 ss.; Mazziotti, Diritti Sociali, in ED, XII, Giuffrè, 1964, p. 804 ss.; Mengoni, Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà, in Jus, 1998, p. 45 ss.; Nogler, Cosa significa che l’Italia è una Repubblica “fondata sul lavoro”?, in LD, 2009, p. 437 ss.; Rodotà, Il diritto di avere diritti, Laterza, 2013; Zagrebelsky, Fondata sul lavoro. La solitudine dell’art. 1, Einaudi, 2013; Zoppoli A., Costituzione, legge e contratto nella disciplina del rapporto di lavoro, in Esposito, Gaeta, Santucci, Viscomi, Zoppoli A., Zoppoli L., Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale, I, Introduzione, Giappichelli, 2015, p. 59 ss.; Zoppoli L., Contratto, contrattazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro, in RIDL, 2011, I, p. 175 ss.

condizioni di *dipendenza* economico-sociale sia, più di ogni altro, al centro delle attenzioni del Costituente, in quanto principale destinatario del principio di eguaglianza sostanziale: il fondamento dei diritti sociali, che, essendo legati ai diritti di libertà, costituiscono il preminente strumento per fare del lavoro una componente essenziale della cittadinanza¹⁴⁷⁰.

Tuttavia, se la condizione di dipendenza è un tratto tipico del contratto di lavoro subordinato¹⁴⁷¹, va condivisa l'autorevole opinione secondo cui la subordinazione, in base alle sentenze della Corte costituzionale, ha una valenza sia classificatoria sia assiologica: la prima esprime il suo essere "porta di accesso al sistema normativo" volto a concretizzare le garanzie costituzionali; la seconda, invece, esprime la sua idoneità a "situare il cittadino nella sfera sociale", fissandone la posizione nel rapporto di lavoro e giustificando, in funzione "dei valori della tutela della persona e della solidarietà sociale, un accurato bilanciamento di interessi"¹⁴⁷².

Certo, la "crisi della subordinazione come categoria unificante" costituisce un dato noto¹⁴⁷³; un processo, del resto, già in essere quando la Corte si pronunciò sulla c.d. indisponibilità del tipo¹⁴⁷⁴. Ma, considerati i fondamentali principi implicati, il primato delle modalità effettive di svolgimento del rapporto sulla stessa qualificazione legale è ancora ineludibile, tanto da vincolare il legislatore a non alterare la natura dei rapporti che, nella loro effettiva sostanza, sono subordinati.

Naturalmente, ciò non impedisce al legislatore di realizzare ulteriori articolazioni delle figure contrattuali di lavoro subordinato o di modularne flessibilmente la disciplina; una modulazione che può anche indurre a *differenziare* le tutele del lavoro subordinato, purché sussista un fondamento *ragionevole*. Si tratta di un profilo rilevante e sul quale bisogna essere molto cauti: il principio di ragionevolezza - la cui valenza intrinsecamente "conformativa"¹⁴⁷⁵ si esprime nel definire l'ambito applicativo di ogni altro parametro costituzionale - consente la suddetta diversificazione, purché ricorrano, però, fattori interni o esterni al contratto che la giustificano. Più precisamente, mediante i suddetti fattori, il legislatore deve ambire a uno scopo legittimo, ossia dotato di un fondamento costituzionale, e deve, altresì, garantire la proporzionalità del medesimo scopo: un criterio, quest'ultimo, da appurare considerando sia la sussistenza di una "connessione razionale tra i mezzi predisposti dalla legge e i fini che essa intende perseguire" sia il "conseguimento dell'obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti"¹⁴⁷⁶. È attraverso tale schema, quindi, che i fattori interni o esterni al contratto di lavoro, su cui si basano le differenze in esame, rilevano nel giudizio di ragionevolezza.

¹⁴⁷⁰ Sul punto v., per tutti, Azzariti, Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?, Laterza, 2013; Del Punta, Diritti della persona e contratto di lavoro, in DLRI, 2006, p. 195 ss.; De Sancits, Dignità della persona e costituzionalismo oltre lo Stato, in DLM, 2013, p. 1 ss.; Giubboni, Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea, in RDSS, 2013, p. 491 ss.; Rusciano, Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea, in RGL, 2006, I, p. 891 ss.; Zoppoli A., Costituzione, legge e contratto, cit., p. 59-63.

¹⁴⁷¹ V. Zoppoli L., Contratto, contrattazione, contrattualismo, cit., p. 179.

¹⁴⁷² Sulla valenza classificatoria e assiologica della subordinazione, v. D'Antona, op. cit., p. 67 ss.

¹⁴⁷³ Per una recente ricostruzione del dibattito, v. Santagata De Castro, op. cit., p. 397 ss.

¹⁴⁷⁴ A evidenziarlo è lo stesso D'Antona, op. cit., p. 82 ss.

¹⁴⁷⁵ V. Cartabia, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁴⁷⁶ Sui contenuti del giudizio di ragionevolezza, v. Bin, Ragionevolezza e divisione dei poteri, in DQP, 2002, p. 122 ss.; Cartabia, op. cit.; Fontana, op. cit.; Morrone, Bilanciamento (Giustizia Costituzionale), in ED, Annali, 2008, II, p. 185 ss.; Santagata De Castro, op. cit., p. 397 ss.; Saracini, Contratto a termine e stabilità del lavoro, Editoriale Scientifica, 2013, p. 61-74.

Tornando al lavoro accessorio, la facoltà di utilizzarlo per “semplificare” (*rectius* differenziare) le tutele connesse al tipo standard non è mai stata di per sé preclusa: il problema, piuttosto, è stata la ragionevolezza della predetta semplificazione. Infatti, la liberalizzazione del lavoro accessorio, conclusa nel 2015, ha determinato il venir meno delle ragioni sociali che, come sarà osservato in seguito, avrebbero potuto giustificare la “semplificazione” in parola. Il lavoro accessorio - lo si è già detto - è diventato uno strumento al servizio delle organizzazioni con finalità lucrative, che, rispettando le soglie reddituali, se ne sono avvalse in piena libertà: ossia senza alcuna restrizione collegata alla natura dell’attività svolta.

Di questo problema, tra l’altro, pare consapevole anche la Corte costituzionale quando, nel dichiarare ammissibile il referendum abrogativo, evidenzia che, a valle delle ultime riforme, il lavoro accessorio trascende “i caratteri di *occasionalità* dell’esigenza lavorativa cui era originariamente chiamato ad assolvere”, il che lo ha reso “*alternativo* a tipologie regolate da altri istituti giuslavoristici” (mio il corsivo)¹⁴⁷⁷. Per poi aggiungere che l’originaria “disciplina del lavoro accessorio quale attività lavorativa di natura meramente occasionale, limitata, sotto il profilo soggettivo, a particolari categorie di prestatori, e, sotto il profilo oggettivo, a specifiche attività, ha modificato la sua funzione di strumento destinato, per le sue caratteristiche, a corrispondere ad esigenze *marginali e residuali* del mercato del lavoro” (mio il corsivo)¹⁴⁷⁸. Ed è proprio l’assenza dei limiti soggettivi e oggettivi che riporta alla mancanza dei fattori, interni o esterni al contratto, su cui innestare il controllo di ragionevolezza.

Dunque, una sentenza significativa, che lascia trasparire tutta la difficoltà di definire un virtuoso equilibrio tra la previgente disciplina sul lavoro accessorio e il principio di indisponibilità del tipo; una sentenza che impone di procedere con grande attenzione nell’esame della nuova normativa e che, soprattutto, impone di verificare la coerenza sistematica dei nuovi assetti giuridici.

3. La natura del lavoro occasionale: il regime delle pause e dei riposi.

A questo fine, giova appurare, anzitutto, se il legislatore chiarisca la natura del lavoro occasionale¹⁴⁷⁹; un aspetto non marginale, poiché, volendo affrontare i dubbi collegati alla c.d. indisponibilità del tipo, una prima strada, tutto sommato la più semplice, potrebbe consistere nell’escludere ogni possibile sovrapposizione tra lavoro occasionale e lavoro subordinato. Ciò con l’effetto

¹⁴⁷⁷ V. Corte costituzionale n. 28/2017.

¹⁴⁷⁸ V. ancora Corte costituzionale n. 28/2017.

¹⁴⁷⁹ La qualificazione del rapporto è stata - come noto - al centro di ampie discussioni in letteratura; diversi sono stati gli autori che ne hanno sostenuto la natura subordinata, tra questi v. Pinto, Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali, Cacucci, 2013, p. 67 ss.; Valente, Lavoro accessorio nelle recenti riforme e lavoro subordinato “a requisiti ridotti”, in RGL, 2009, I, p. 636 ss. Contra Borzaga, Le prestazioni occasionali all’indomani delle l. 30 e del D.leg. n. 276/2003, in RIDL, 2004, I, p. 91 ss. Sul problema della qualificazione, v. anche Lamberti, Il lavoro occasionale accessorio: dalle vendemmie autunnali alla manovra d’estate, in DRI, 2008, p. 799 ss., secondo cui il lavoro accessorio costituisce una fattispecie di incerta qualificazione non costituendo né lavoro subordinato né lavoro autonomo; Pedrazzoli, Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti (Articoli 70-73), in Montuschi, Liso, Pedrazzoli (coordinatore), Ichino, Maresca, Zoli, Romei, Del Punta, Tullini, Nogler, Bellocchi, Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Zanichelli, 2004, p. 841 ss., che considera il lavoro accessorio «una ipotesi speciale di contratto d’opera»; Vallebona, La riforma del lavoro 2012, Giappichelli, 2012, p. 30 ss., il quale afferma che il lavoro accessorio è provvisto di una disciplina speciale esaustiva, con il conseguente accantonamento di ogni problema “di distinzione tra lavoro subordinato, autonomo e parasubordinato”. Sulla qualificazione del lavoro accessorio, v. pure Campanella, I voucher: abrogarli o riformarli? in Quaderni di DLM, in corso di pubblicazione.

di imporre l'impiego del lavoro occasionale nella sola forma del lavoro autonomo: eventualità plausibile tanto che, per il precedente lavoro accessorio, numerosi sono stati gli autori che l'hanno sostenuta, fondandola, però, su scelte normative poi abbandonate già dal d.lgs. 81/2015¹⁴⁸⁰.

A ogni modo, il d.l. 50/2017, conv. con modifiche dalla l. 96/2017, contiene diversi elementi normativi, dal contenuto particolarmente innovativo, che inducono a propendere per una diversa soluzione.

Prima di tutto, merita particolare attenzione il comma 3 dell'art. 54-*bis*, che regola il diritto del prestatore di lavoro a fruire del riposo giornaliero, delle pause e dei riposi settimanali secondo quanto previsto agli artt. 7, 8 e 9 del d.lgs. 66/2003¹⁴⁸¹.

La scelta di ritenere applicabili gli artt. 7 e 8 è significativa, poiché, secondo l'art. 17, co. 5, d.lgs. 66/03, tali norme sono inoperanti nei casi di "persone aventi un potere decisionale autonomo". È l'autonomia decisionale che giustifica, rendendola ragionevole¹⁴⁸², l'inapplicabilità delle garanzie in questione, costituendo il discrimine tra il personale soggetto al regime su pause e riposi e chi vi è sottratto.

Ebbene, il ricorso al regime normativo in parola presuppone che l'autore della prestazione di lavoro occasionale sia privo di autonomia decisionale. In caso contrario, ne deriverebbe una palese antinomia sistematica: la prestazione, pur essendo eseguita in autonomia e pur ammettendo interruzioni e discontinuità, sarebbe soggetta a vincoli di orario, senza considerare che la loro configurabilità dipende dalla soggezione della medesima prestazione alle direttive datoriali¹⁴⁸³. L'autonomia decisionale, pertanto, non può che mancare nell'esecuzione del lavoro occasionale e l'estensione delle garanzie su pause e riposi giornalieri non può che manifestare l'intento legislativo di razionalizzare le decisioni organizzative del soggetto datoriale: il fondamento assiologico del comma 3, quindi, sembrerebbe dover essere individuato nel riequilibrio di un rapporto eterodiretto.

D'altronde, l'integrazione organizzativa della prestazione, non svolgendosi in forma autonoma, può essere garantita solo con lo schema della subordinazione. L'assenza di autonomia decisionale, cioè, esige un'interfaccia tra prestazione e organizzazione rinvenibile unicamente nel potere direttivo, mediante il quale inserire funzionalmente la prestazione nel contesto dove essa va svolta. In definitiva, mancando l'autonomia decisionale, solo il potere direttivo consente di realizzare quell'integrazione organizzativa che, diversamente, verrebbe affidata alla responsabilità nel conseguire l'*opus* dell'obbligazione¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸⁰ Le argomentazioni a sostegno di questa ricostruzione sono state di recente sintetizzate in Marchi, op. cit., p. 98 ss.

¹⁴⁸¹ Da ultimo v. Amato, Riposi e deroghe nel d.lgs. n. 66/2003: dalle direttive comunitarie alle prassi amministrative, in DRI, 2009, p. 174 ss.

¹⁴⁸² In tali termini argomenta la Corte costituzionale con sentenza n. 101/75.

¹⁴⁸³ A supporto di quanto detto, v. ancora Corte costituzionale n. 101/75, secondo cui l'autonomia dalle direttive datoriali rende la prestazione non soggetta a "vincoli normali e costanti di orario, perché la sua durata ... legata alla speciale natura delle funzioni e alle connesse responsabilità ... [è] necessariamente variabile".

¹⁴⁸⁴ Sulla responsabilità del lavoratore autonomo, v. Perulli, Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali, Giuffrè, 1996, p. 256 ss.

4. Segue. La conversione del rapporto e la durata massima della prestazione.

A confermare la propensione legislativa verso la subordinazione, è la conversione in “rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato” prevista per l'inosservanza di specifici parametri quantitativi, tra cui particolare interesse merita la durata massima del lavoro occasionale.

Per comprenderlo, è opportuna una breve digressione, mirata a chiarire alcune questioni collegate alla durata del contratto di lavoro autonomo e della relativa prestazione: di essa l'analisi sicuramente si gioverà, poiché solo affrontando tali aspetti è possibile approfondire i risvolti collegati alle opzioni normative prima indicate.

Al riguardo, secondo una tradizionale classificazione, il contratto di lavoro autonomo rientra nel *genus* dei contratti a esecuzione istantanea¹⁴⁸⁵. Non a caso, qualora una prestazione d'opera o di servizio si prolungasse nel tempo, l'*opus*, ovvero il risultato atteso dal lavoro autonomo, rischierebbe di sfumare in *operae*, ossia nella messa a disposizione delle energie lavorative, considerate oggetto del contratto di lavoro subordinato: non stupisce, allora, la tesi giurisprudenziale secondo cui “si configura un rapporto di lavoro subordinato, anche se alla base c'è un accordo di prestazioni autonome, quando il lavoratore ha di fatto lavorato *ininterrottamente* e con *stabile* inserimento nell'organizzazione aziendale”¹⁴⁸⁶.

Certo, a fronte dei classici paradigmi, la realtà delle relazioni di lavoro è diventata molto complessa e non è infrequente instaurare contratti di lavoro autonomo destinati a prolungarsi nel tempo: significativa è l'ipotesi delle collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 c.p.c., di recente rivalorizzate dal d.lgs. 81/2015¹⁴⁸⁷. La continuità della prestazione, tuttavia, rimane ben distinta da quella che è propria del lavoro subordinato: mentre in quest'ultimo il requisito temporale costituisce un connotato intrinseco dell'obbligazione, nel lavoro autonomo esso esprime il protrarsi dell'attività auto-organizzata dal prestatore in relazione all'interesse creditizio. Sicché, unicamente nel lavoro subordinato il requisito temporale, in sé considerato, potrebbe realizzare l'adempimento, poiché il tempo della prestazione, mediante la soggezione al potere direttivo, è messo a *disposizione* dell'organizzazione e non del prestatore¹⁴⁸⁸. Del resto, solo la seconda delle indicate concezioni di tempo è compatibile con l'autonomia del prestatore d'opera e, quindi, con la centralità sistematica dell'*opus*. Come pure è per questo che il solo tempo, inteso

¹⁴⁸⁵ A conferma della difficoltà di ricondurre il contratto di lavoro autonomo nei contratti di durata, si evidenzia come l'art. 2227 c.c. “attribuisca al solo committente il diritto di recedere dal contratto, in qualsiasi momento e qualora sia iniziata l'esecuzione dell'opera, senza dover addurre alcuna motivazione” (V. Santoro Passarelli, Lavoro autonomo, in ED, Annali, 2012, V, Giuffrè, p. 719.). E - si aggiunge - tale recesso, “implicando la corresponsione di un'indennità corrispondente alle spese sostenute, al lavoro eseguito e al mancato guadagno, ha gli stessi effetti dell'inadempimento e non quelli propri del recesso dai rapporti di durata” (V. ancora Santoro Passarelli, op. cit., p. 719).

¹⁴⁸⁶ V. Cass. 27 gennaio 2009 n. 1897.

¹⁴⁸⁷ Il d.lgs. 81/2015 abroga il lavoro a progetto, lasciando intatta la possibilità di stipulare collaborazioni coordinate e continuative ai sensi dell'art. 409 c.p.c. (v. art. 52, co. 2, d.lgs. 81/2015). Al riguardo, v., per tutti, Perulli, Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 272/2015. Mentre, sulle modifiche apportate dalla l. 81/2017 all'art. 409 c.p.c., v. Voza, La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 318/2017.

¹⁴⁸⁸ V., per tutti, Bavaro, Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica alla de-oggettivazione del tempo lavoro, Cacucci, 2008, p. 188; Martelloni, Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto, Buonomia University Press, 2012, p. 87-88. Della stessa opinione è Zoppoli A., La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 296/2016, p. 15.

non come *tempo a disposizione*, non costituisce un elemento di per sé sufficiente a ricondurre la collaborazione organizzata, al di là di come viene costruita, nella subordinazione.

Più precisamente, mentre per il lavoro subordinato, la mancanza di autonomia nell'organizzare la prestazione e il relativo tempo sono coerenti con la titolarità datoriale sia della "funzione attiva di organizzazione" sia della "funzione passiva di sopportazione del rischio"¹⁴⁸⁹: nel senso che, se le modalità esecutive della prestazione costituiscono la traduzione contrattuale - affidata al potere direttivo - delle scelte organizzative più utili a raggiungere il risultato, il *tempo di lavoro*¹⁴⁹⁰ rappresenta il periodo nel quale il datore *dispone* del prestatore per produrre un bene o un servizio. Per il lavoro autonomo, tali assetti sono inoperanti: la connessione tra "funzione attiva di organizzazione" e "funzione passiva di sopportazione del rischio" non è riproponibile in capo al committente, poiché il prestatore d'opera si obbliga a organizzare da sé la propria prestazione e questo esclude in radice la possibilità stessa di alienare al creditore il *tempo di lavoro*¹⁴⁹¹.

Ebbene, tornando all'art. 54-bis, la conversione disciplinata dal comma 20 non menziona esplicitamente il lavoro subordinato, limitandosi a discorre di lavoro a tempo pieno e indeterminato. Tuttavia - si è cercato di evidenziarlo - tali caratteristiche mal si conciliano con il lavoro autonomo, che, essendo "generalmente contraddistinto dall'istantaneità dell'adempimento"¹⁴⁹² e dall'autonomia gestione del lavoro, non può rientrare tra i contratti a tempo pieno e indeterminato. Una conclusione, tra l'altro, perfettamente in linea con quanto dispone l'art. 4 d.lgs. 81/2015, che limita alla sola area della subordinazione l'alternativa tra assunzione a tempo pieno e a tempo ridotto.

Il riferimento al "tempo pieno e indeterminato" presuppone, pertanto, la subordinazione tecnico-funzionale del rapporto di lavoro ed è proprio questo a offrire indicazioni importanti sulla natura del lavoro occasionale. Per comprenderlo, è sufficiente considerare che la conversione in parola, diversamente dalle altre ipotesi in cui il legislatore utilizza tale tecnica, non dipende dalla carenza dei requisiti che strutturano la fattispecie astratta del rapporto di lavoro e ne giustificano l'estraneità alla sfera del lavoro subordinato. E prescinde pure da un accertamento sulle reali modalità di esecuzione della prestazione, volto a svelare l'intento simulatorio delle parti, che, pur dichiarando di costituire un rapporto escluso dall'area della subordinazione, svolgono una prestazione nei *fatti* etero-diretta. Sicché, il comma 20 pare collegare al superamento del limite di durata o del limite di importo non un mutamento della natura del rapporto, bensì il passaggio da un rapporto in sé già subordinato, ma non a tempo pieno e indeterminato, a uno dotato di queste caratteristiche: è sul tempo pieno e indeterminato che la norma pone l'accento, non sulla trasformazione della natura del rapporto¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ V. Mengoni, Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa, in RS, 1958, p. 700 ss.

¹⁴⁹⁰ L'espressione "tempo di lavoro" viene utilizzata in letteratura per identificare il tempo che il prestatore mette a disposizione del proprio datore di lavoro: a questa formula, di recente, si è preferita l'espressione "tempo-lavoro" (Bavaro, op. cit., p. 188), che "enfatica al massimo grado la identificazione onto-giuridica fra il tempo ed il lavoro come oggetti di un contratto; una formula - il tempo-lavoro - identificativa del lavoro subordinato".

¹⁴⁹¹ In tali termini, v. anche Ghera, La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano, in DL, 2004, p. 84.

¹⁴⁹² V. Santoro Passarelli, op. cit., p. 717.

¹⁴⁹³ V. Zoppoli A., L'eloquente (ancorché circoscritta) vicenda referendaria su responsabilità negli appalti e lavoro accessorio, in Quaderni di DLM, in corso di pubblicazione.

Tra l'altro, la scelta di stabilire la durata massima della prestazione - individuata in 280 ore -, superata la quale il rapporto si considera a tempo pieno, poco si confà al lavoro autonomo, poiché implicherebbe un utilizzo del tempo tutt'altro che limitato a stabilire l'ambito in cui svolgere una prestazione auto-organizzata. La tecnica usata dal comma 20 dell'art. 54-*bis*, invece, sembra valorizzare la "dimensione temporale" del lavoro¹⁴⁹⁴: la specificazione delle ore massime di lavoro, oltre la quale il rapporto diventa a tempo pieno, più che tracciare il perimetro cronologico della prestazione, sembra individuare un connotato intrinseco dell'obbligazione di lavoro, volto a incidere sul modo di eseguire la prestazione e sulla determinazione quantitativa della stessa. In definitiva, la lettera del comma 20 pare celare la scelta di ricorrere al tempo massimo per stabilire entro quali limiti il lavoro occasionale può essere messo a disposizione diretta dell'organizzazione.

Tale esito, però, si porrebbe in aperta collisione con gli assetti sistematici del lavoro autonomo, giacché, per tale fattispecie, il tempo non rileva mai come *tempo messo a disposizione dell'organizzazione*, bensì come *tempo di acquisizione*. Nel senso, cioè, che attraverso il tempo si delinea il periodo nel quale il committente può acquisire l'attività in forma auto-organizzata del prestatore, il quale, per l'appunto, si obbliga a svolgere un'"opera o un servizio" *in un dato tempo* e senza vincolo di subordinazione: l'organizzazione del lavoro, infatti, rientra nella competenza *esclusiva* del soggetto obbligato a svolgerlo¹⁴⁹⁵.

5. Segue. Conversione del rapporto e autonomia privata.

Infine, nel discorrere sulla natura del lavoro occasionale, nemmeno va trascurato, sulla scia di ampia dottrina, che il legislatore, come non può negare la qualifica di lavoro subordinato a rapporti oggettivamente dotati di tale natura, nemmeno può imporre questa qualificazione a rapporti che nei fatti non lo sono. Un'ipotesi, quella da ultimo indicata, foriera di asimmetrie sistematiche degne della massima attenzione: le regole per attuare i principi e le garanzie costituzionali a tutela del lavoro subordinato verrebbero applicate a un rapporto che subordinato non è ed è privo, quindi, della condizione di debolezza socio-economica alla base del riequilibrio attuato in via eteronoma. Sicché, applicando il regime della subordinazione anche a rapporti realmente e genuinamente autonomi, si finirebbe con il comprimere ciò che essi costituiscono: espressione non di precarietà ma della "(più o meno) piena soggettività negoziale del lavoratore, anzitutto sul piano della sua forza economico-sociale"¹⁴⁹⁶. Senza poi trascurare che, sempre nell'ipotesi del lavoro genuinamente autonomo, anche il committente vedrebbe compromessa la propria soggettività negoziale, essendogli imposto un tipo di lavoro strutturalmente diverso da quello originariamente e legittimamente scelto.

Per meglio comprendere il problema, giova osservare che non sono mancate ipotesi di lavoro autonomo dove il legislatore ha disposto, a fronte della carenza di taluni requisiti estrinseci alla

¹⁴⁹⁴ Di "dimensione temporale" parla Zoppoli A. in L'eloquente (ancorché circoscritta) vicenda referendaria, cit. Sulla diversa incidenza del fattore temporale nel lavoro subordinato e nel lavoro autonomo, il dibattito è ampio, per tutti v. Martelloni, op. cit., p. 87-89; Perulli, Il lavoro autonomo. Contratto d'opera, cit., 1996, p. 220; Santoro Passarelli, op. cit., p. 711 ss.

¹⁴⁹⁵ Naturalmente, non è escluso il potere del committente di indirizzare l'attività del lavoratore autonomo: un potere ben diverso da quello direttivo e mirato a garantire la connessione funzionale tra l'attività auto-organizzata e le più ampie finalità dell'organizzazione.

¹⁴⁹⁶ V. Zoppoli A., Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 260/2015, p. 24.

prestazione, il ricorso al regime della subordinazione¹⁴⁹⁷. E questo - si badi - trascurando completamente le concrete modalità di esecuzione dell'attività lavorativa: unico riferimento, nella logica binaria del vigente ordinamento, per differenziare il lavoro subordinato da quello autonomo. Ne deriverebbe una forma di conversione del rapporto dal carattere sanzionatorio: così definita in letteratura, per evocare il suo prescindere da un'indagine sui tratti intrinseci all'attività svolta. Tali ipotesi, però, oltre a dover essere previste espressamente dal legislatore, hanno alimentato aspre critiche.

La conversione c.d. sanzionatoria - è stato evidenziato - costituirebbe "una violenta e inutile compressione dell'autonomia privata", alla base del lavoro autonomo, non giustificabile nemmeno da finalità antifraudolente, ossia volte "ad evitare il mascheramento di rapporti di lavoro subordinato sotto apparenti rapporti di lavoro autonomo"¹⁴⁹⁸. Ciò perché, riconducendo a un tipo contrattuale rapporti che effettivamente corrispondono a un altro tipo, si determinerebbe una coercizione del modello negoziale "tanto smaccata, da far pensare che alle parti sia sostanzialmente interdetto l'uso della libertà contrattuale"¹⁴⁹⁹. È pur vero - si osserva - che l'autonomia contrattuale non riceve immediata protezione costituzionale, ma essa trova comunque sostegno indiretto negli artt. 2 Cost. e 41 Cost.¹⁵⁰⁰. Secondo un'opinione diffusa, infatti, la libertà di iniziativa economica include anche la scelta dei mezzi per realizzarla, tra cui fondamentale è l'individuazione del tipo contrattuale attraverso il quale disporre dei propri interessi¹⁵⁰¹. Pertanto, l'imposizione del contratto di lavoro subordinato in chiave sanzionatoria, prescindendo dalla verifica sull'esecuzione della prestazione, interferisce con il diritto di iniziativa economica, privando chi offre e chi chiede lavoro della possibilità di esprimere, genuinamente e in funzione dei rispettivi interessi, la propria soggettività negoziale.

Dunque, tornando al lavoro occasionale, il comma 20 dell'art. 54-*bis* fonda la conversione del rapporto su connotati puramente estrinseci alla prestazione. Sicché, qualificare il lavoro occasionale, svolto in condizioni fisiologiche, come autonomo imporrebbe di conferire alla conversione in parola una valenza sanzionatoria che non può dispiegare: tale interpretazione, non solo è priva di ogni fondamento normativo, ma arrecherebbe un grave *vulnus* ai valori prima indicati. Dovendo l'interprete ricercare la soluzione più coerente ai richiamati vincoli di sistema, la conversione di cui discorre il comma 20 non può che esprimere quanto prima già indicato: il passaggio da un rapporto in sé già subordinato, sebbene non a tempo pieno e indeterminato, a un rapporto, sempre subordinato, dotato di queste caratteristiche: solo così si eviterebbero gli squilibri della conversione c.d. sanzionatoria.

¹⁴⁹⁷ Eloquente è l'esempio dell'art. 69 d.lgs. 276/2003, nel quale si affermava che "i contratti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto". Per una ricostruzione dell'ampio dibattito su tale disposizione e delle modifiche ad essa apportate dalla l. 92/2012, v. Avondola, op. cit., p. 37-55.

¹⁴⁹⁸ Con riferimento al lavoro a progetto, così si esprime Vallebona, Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento, in ADL, 2004, p. 294.

¹⁴⁹⁹ V. Pedrazzoli, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 13/2004, p. 143.

¹⁵⁰⁰ Ancora attuali sono le considerazioni espresse da Mengoni in Autonomia privata e costituzione, in BBTC, 1997, I, p. 10.

¹⁵⁰¹ Da ultimo e per tutti, Nivarra, Ricciuto, Scognamiglio, Autonomia privata ed ordinamento giuridico, in Id., Diritto privato, I, Giappichelli, 2016, p. 255 ss.

6. La nuova disciplina sul lavoro occasionale.

Le considerazioni svolte permettono di proseguire nell'indagine, per confrontarsi con il regime normativo del lavoro occasionale.

La nuova disciplina distingue l'ipotesi in cui gli utilizzatori sono persone fisiche che non svolgono attività professionali o di impresa, nel qual caso il ricorso al lavoro occasionale avviene mediante il "Libretto Famiglia", dall'ipotesi degli "altri utilizzatori", che si avvalgono del lavoro occasionale attraverso il "contratto di prestazione occasionale". Ambedue rientrano nell'area della subordinazione, poiché a entrambe si applica sia la trasformazione del comma 20 sia la disciplina su pause e riposi. Evidenziarlo non è marginale e consente, senza ulteriori indugi, di concentrare la riflessione sul principale problema del lavoro occasionale: la ragionevolezza della semplificazione normativa con esso realizzata.

A tal fine, occorre ricostruire i termini effettivi della suddetta semplificazione; e, non c'è dubbio, un primo dato significativo proviene dal comma 20 dell'art. 54-*bis*: se le citate ipotesi patologiche rendono il lavoro occasionale un rapporto a tempo pieno e indeterminato, ne deriva che lo stesso, nella fase di svolgimento fisiologico, non può che essere privo di entrambe le caratteristiche, poiché, diversamente, la misura varata dal comma 20 non avrebbe senso. L'osservazione, in sé agevole, impone di considerare il lavoro occasionale come lavoro subordinato a tempo determinato e parziale: le parti, quindi, possono liberamente definire tanto la durata del contratto quanto l'orario parziale della prestazione e la sua relativa collocazione temporale.

Lo stesso comma 20, inoltre, pone un limite massimo alla durata della prestazione, decorso il quale opera la conversione più volte richiamata. Nulla, invece, stabilisce sulla durata massima del contratto; più precisamente, l'art. 54-*bis* non contiene alcuna indicazione sulla durata complessiva dei contratti a termine successivi o sul numero di proroghe: alcune tra le misure indicate dalla clausola 5 della direttiva 99/70. Non è irrilevante evidenziarlo già adesso, poiché il vuoto che ne deriva impone - nei termini che saranno chiariti - di approfondire i possibili dubbi di compatibilità con la direttiva in questione.

Né quanto detto è messo in crisi dalle tesi che hanno escluso la natura contrattuale del precedente lavoro accessorio: queste ricostruzioni - pure sostenute in passato¹⁵⁰² - sono destinate a infrangersi definitivamente su sopraggiunti elementi normativi, che, proprio sulla natura contrattuale del rapporto, sono estremamente chiari. Quando a fruire del lavoro occasionale è uno dei "diversi utilizzatori", la legge si avvale del contratto per acquisire le relative prestazioni. Mentre, nella diversa circostanza della persona fisica che non svolge attività di impresa o professionale, la natura contrattuale del rapporto è confermata dal riferimento alle "pattuzioni tra le parti", ovvero il metodo per determinare alcune condizioni del medesimo rapporto lavorativo¹⁵⁰³.

¹⁵⁰² Per tutti v. Bellocchi, Il lavoro occasionale di tipo accessorio tra politiche previdenziali e riforma dei "lavori", in Carinci F. (coordinato da), Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, IV, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX - Artt. 61-86, a cura di Bellocchi, Lunardon, Speciale, Ipsoa, 2004, p. 124 ss.

¹⁵⁰³ In tal senso si esprime il comma 12 dell'art. 54-*bis*, che affida alla pattuizione tra le parti il compito di stabilire il corrispettivo dovuto al prestatore di lavoro accessorio.

7. *Segue. Struttura del lavoro occasionale, violazione delle soglie reddituali e oneri formali.*

Particolare attenzione va ora dedicata alla disciplina sui connotati strutturali del lavoro occasionale.

Concentrando l'attenzione su questi ultimi, il comma 1 dell'art. 54-*bis* precisa che il lavoro occasionale è tale se genera un compenso inferiore alle soglie reddituali massime concernenti: a) ciascun prestatore con riferimento alla totalità degli utilizzatori; b) ciascun utilizzatore con riferimento alla totalità dei prestatori; c) ciascun prestatore con riferimento allo stesso utilizzatore.

A fronte di una tale articolazione delle soglie reddituali, c'è da chiedersi, considerato il tradizionale silenzio legislativo sul punto, quale sia la sanzione operante per la loro violazione¹⁵⁰⁴. Ebbene, prima della vigente disciplina, ha provato a colmare il vuoto legislativo una rilevante circolare ministeriale¹⁵⁰⁵, secondo cui la violazione delle soglie reddituali, compromettendo gli elementi strutturali del lavoro accessorio, ne determina la conversione in un rapporto a tempo *pieno e indeterminato*.

La soluzione ministeriale viene recepita, almeno in parte, dal legislatore, che, se per un verso ricorre alla conversione, per altro verso la utilizza solo quando a essere violato è il compenso stabilito "per ogni prestatore con riferimento ad uno stesso utilizzatore" (v. il comma 20 dell'art. 54-*bis*): quanto alle soglie reddituali indicate nelle lett. a) e b), invece, nessuna misura è prevista. Tuttavia, il comma 1 dell'art. 54-*bis* qualifica il lavoro occasionale anche mediante tali soglie, che, esprimendo il carattere circoscritto della fattispecie in parola, concorrono a tracciare, nell'area della subordinazione, il perimetro della riduzione di tutele rispetto al modello c.d. standard. Pertanto, considerato il vuoto di regole conseguente ai richiamati limiti della conversione, non pare peregrino ritenere che, se anche le soglie reddituali della lett. a) e b) strutturano la fattispecie, in loro assenza il regime ordinario si espande e include anche la prestazione di cui si tratta: una prestazione - giova ricordarlo - pur sempre subordinata. Sicché, se il lavoro occasionale rientra tra i rapporti a termine¹⁵⁰⁶, la soluzione per colmare il vuoto normativo non può che essere, in chiave sistematica, il ricorso al regime ordinario del lavoro a tempo determinato: una soluzione, quella prospettata, che sembrerebbe imposta dallo stretto dato di diritto positivo.

Ciò induce a verificare gli effetti dell'art. 19, co. 4, d.lgs. 81/2015 - che esige la forma scritta nel definire il termine - sul rapporto cui va applicato il regime ordinario del contratto a tempo determinato.

Al riguardo, giova evidenziare che, nel caso del contratto di prestazione occasionale, l'art. 54-*bis*, co. 17, impone di trasmettere "almeno un'ora prima" dell'inizio della prestazione, attraverso il portale INPS, una dichiarazione contenente, tra l'altro, l'indicazione dei giorni di lavoro, l'ora di inizio e l'ora di conclusione della prestazione: si istituzionalizza una formalizzazione degli elementi

¹⁵⁰⁴ Su tale problema si è discusso a lungo, v. tra i tanti Miscione, Lavoro accessorio, "partite iva", contratto di inserimento e stage, in Miscione, Carinci F. (a cura di), Commentario alla Riforma Fornero, in DPL, Suppl. n. 33, 2012, p. 108 ss.; Valente, op. cit., p. 636 ss.; Vallebona, La riforma del lavoro, cit., p. 30 ss.

¹⁵⁰⁵ Il riferimento è alla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4 del 2013.

¹⁵⁰⁶ Giova ricordare che il lavoro occasionale deve essere dotato, fin dalla sua instaurazione, di un termine di durata, la cui presenza è imposta dall'obbligo di comunicarlo alla piattaforma INPS. Se tale termine dovesse mancare, difficilmente potrebbe configurarsi un lavoro occasionale, con l'effetto di dover poi qualificare il rapporto instaurato per individuarne la relativa disciplina.

costituenti il regolamento contrattuale, incluso il termine di durata, che pare soddisfare gli oneri formali richiesti dall'art. 19, co. 4, d.lgs. 81/2015. Tra l'altro, trasmessa la dichiarazione, il prestatore ne riceve *contestuale notifica* attraverso *short message service* o posta elettronica: si istituzionalizzano, così, anche le modalità per comunicare a chi svolge lavoro a tempo determinato copia dell'atto da cui emerge l'apposizione del termine, che, secondo l'art. 19, co. 4, d.lgs. 81/2015, deve avvenire nei successivi cinque giorni dall'inizio della prestazione¹⁵⁰⁷.

Nell'ipotesi del Libretto Famiglia, invece, l'art. 54-*bis* prevede una formalizzazione simile a quella poc'anzi esaminata, con una differenza importante, però, sui tempi. Il comma 12 dispone che la comunicazione alla piattaforma INPS, contenente pure la durata del lavoro occasionale e ogni altra informazione utile alla sua gestione, avvenga *entro* il "giorno 3 del mese successivo allo svolgimento della prestazione". Questo non significa escludere l'esistenza di una pattuizione tra le parti già prima della comunicazione al portale informatico: il lavoro occasionale - lo si è detto in precedenza - ha sempre un'origine contrattuale. Il comma 12, piuttosto, consente di perfezionare la pattuizione anche in forma orale, posticipando gli oneri formali al momento della successiva comunicazione, in chiave antifrode, presso la piattaforma INPS. Né l'oralità della pattuizione deve destare particolari preoccupazioni: con essa, data la natura del soggetto utilizzatore¹⁵⁰⁸, il legislatore intende ulteriormente semplificare l'instaurazione del contratto, rinviando i vincoli formali al momento della più volte indicata comunicazione. Insomma, fin quando si rimane nella considerata fattispecie del lavoro occasionale, il legislatore ritiene che tale dinamica soddisfi le esigenze di certezza.

Tuttavia, violate le soglie reddituali e applicato il regime ordinario del contratto a tempo determinato, sembrerebbe delinearsi la possibilità di contravvenire all'art. 19, co. 4, che impone la forma scritta *contestualmente* all'apposizione del termine¹⁵⁰⁹. Tale violazione, se confermata, implicherebbe la conversione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato: un'eventualità tutt'altro che marginale, da ponderare, perciò, con estrema attenzione e, soprattutto, avendo ben chiare le logiche legislative.

Più precisamente, giunti a questo punto dell'indagine, non dovrebbero esserci dubbi sul fatto che il lavoro occasionale nasca per esigenze circoscritte. Certo, si potrebbe obiettare che tale esigenza, pur avendo caratterizzato l'originaria disciplina sul lavoro accessorio, si presenta nel vigente quadro giuridico decisamente sfumata, ma, per quanto attenuata, la natura circoscritta del lavoro occasionale non è del tutto scomparsa. A dimostrarlo sono proprio le soglie reddituali, che esprimono l'intrinseca necessità, pur se non esplicitata, di utilizzare il lavoro occasionale per attività di ridotta entità: non è un caso se esse, vincolando pure l'utilizzatore, sono state rese dal legislatore più stringenti¹⁵¹⁰. Appare, dunque, più che ragionevole semplificare - nei termini indicati - la forma del contratto alla base del lavoro occasionale, pur se provvisto, fin dalla sua costituzione, di un termine di durata. E appare altrettanto ragionevole la scelta legislativa di *prospettare* un irrigidimento del requisito formale, fino a sanzionare la mancanza della forma scritta,

¹⁵⁰⁷ Secondo alcuni giudici di merito "l'sms è un documento informatico, sottoscritto con firma elettronica. Tale modalità di firma elettronica, pur non consentendo l'identificazione del firmatario del documento, è idonea a soddisfare i requisiti di forma scritta richiesti dalla legge". In tal senso, v. Tribunale di Genova ordinanza n. 223 del 5 aprile 2016.

¹⁵⁰⁸ Gli utilizzatori in questione - è opportuno averlo presente - sono persone fisiche che si avvalgono del lavoro occasionale al di fuori dell'esercizio di attività professionali o d'impresa.

¹⁵⁰⁹ V. Cass. 1 agosto 2014 n. 17540, in FI, 2014, I, 3139.

¹⁵¹⁰ Su tali aspetti v. *infra*.

qualora, violate le soglie reddituali, il lavoro occasionale dimostri di aver perso la sua ridotta dimensione quantitativa.

Sia chiaro, superata la soglia reddituale, il vincolo sulla forma scritta non è automatico, ma solo potenziale: esso - si diceva - viene unicamente *prospettato*. Ancor prima di spiegarne le ragioni, è significativo rimarcare l'assenza di un automatismo: si tratta di un elemento di primo piano nella ricostruzione delle logiche sottese al quadro giuridico sul lavoro occasionale in parola.

Maturata l'applicabilità del regime ordinario del contratto a termine, l'art. 19, co. 4, opera nella sua interezza, escludendo la forma scritta per i contratti inferiori a dieci giorni. Non è marginale evidenziarlo, poiché la natura intrinsecamente circoscritta del lavoro occasionale, esprimendosi pure attraverso la sua durata, giustifica un massimo di ore annue, stabilito dalla legge, in rapporto al quale i dieci giorni dell'art. 19, co. 4, d.lgs. 81/2017 possono essere un periodo considerevole

Si scorge, così, una coerenza di fondo nel quadro giuridico che viene delineandosi; la conversione per mancanza di forma scritta è collegata al venir meno di un doppio requisito: quello reddituale e quello connesso alla durata. Si tratta di requisiti molto diversi: il primo è destinato al lavoro occasionale in quanto tale, esprimendo il venir meno di un suo connotato strutturale; il secondo riguarda il lavoro occasionale solo quando, violate le soglie reddituali, si applica l'ordinaria disciplina del contratto a termine. Sicché, il requisito da ultimo indicato non rende affatto peregrino ritenere che il legislatore consenta, pur con le ambiguità esaminate, di adoperare il regime ordinario del contratto a termine proprio sul presupposto della remota possibilità di instaurare un lavoro occasionale superiore a dieci giorni. La conversione per violazione dei vincoli formali è limitata alla circostanza in cui il lavoro occasionale si proietta verso una dimensione che poco gli confà sia perché perde un suo elemento strutturale - il requisito economico - sia perché perdura per un tempo potenzialmente prossimo al suo limite orario annuo. Insomma, il fine cui punta il legislatore, ricorrendo al regime ordinario del contratto a tempo determinato, va rinvenuto, più che nella rimozione dell'originario termine risolutivo, nel consentire a chi presta lavoro occasionale di accedere, superate le soglie reddituali, alle tutele operanti per il lavoratore a termine quanto a proroghe, rinnovi, durata massima del contratto e divieto di discriminazione: tutele su cui - giova ricordarlo - il legislatore nulla dice.

8. Segue. Costituzione del lavoro occasionale e determinazione del corrispettivo.

Sulla costituzione del rapporto, l'art. 54-*bis*, per scongiurare i noti abusi, impone di servirsi del lavoro occasionale previa registrazione, lo si è appena detto, presso la piattaforma elettronica INPS. Tale onere è diretto sia a consentire le operazioni di "accreditamento dei compensi" e di "valorizzazione della posizione contributiva" sia ad acquisire un ampio novero di informazioni utili

per gestire il rapporto¹⁵¹¹: simili misure, considerata la connessione funzionale tra lavoro occasionale e lotta al lavoro sommerso¹⁵¹², sono degne della massima attenzione.

Nell'ottica della "semplificazione", l'aspetto più interessante del lavoro occasionale va rinvenuto, in ogni caso, nei suoi costi e nella corresponsione del corrispettivo.

Anzitutto, i compensi percepiti sono totalmente esenti da imposizione fiscale e non condizionano lo stato di disoccupato¹⁵¹³. Inoltre, se a essere assunti sono soggetti socialmente deboli, l'incidenza dei compensi loro versati sul calcolo degli importi massimi erogabili dal committente, in un anno, alla totalità dei prestatori di lavoro occasionale si riduce¹⁵¹⁴: una chiara agevolazione, che ne amplia i margini di impiego.

Venendo, più specificamente, alla quantificazione del corrispettivo, l'art. 54-*bis* differenzia la disciplina in base alla natura del soggetto che fruisce del lavoro occasionale. Sicché, nel caso di persone fisiche, purché non svolgano attività professionale o di impresa, si impone l'acquisto, attraverso la piattaforma elettronica INPS¹⁵¹⁵, di un libretto nominativo - il più volte citato "Libretto Famiglia" - contenente titoli di pagamento dal valore nominale fissato *ex lege*¹⁵¹⁶ e utilizzabili per compensare prestazioni di durata non superiore a un'ora. Invece, quando a utilizzare il lavoro occasionale sono gli "altri utilizzatori", le somme dovute al prestatore di lavoro vanno versate mediante la piattaforma elettronica INPS, rispettando un compenso stabilito, anche in questa ipotesi, dalla legge¹⁵¹⁷. Il corrispettivo dovuto, a ogni modo, non varia con il mutare dell'attività svolta: aspetto non marginale se si intende comprendere i reali vantaggi economici del lavoro occasionale.

Prima di proseguire nell'indagine, va osservato che il legislatore conferma la scelta di parametrare il valore del compenso dovuto alla durata oraria dell'attività lavorativa: in tal senso si esprimono il comma 11 e il comma 16 dell'art. 54-*bis*. Da tali disposizioni, a ben vedere, è consentito ricavare pure ulteriori e preziose indicazioni sul corrispettivo da versare a chi presta lavoro occasionale: sia il comma 11 sia il comma 16, nel determinare l'entità del compenso, individuano un ammontare qualificato dal legislatore come "misura minima" e, analogamente, il comma 17, lett. e), quando impone di comunicare il compenso pattuito al portale INPS, ribadisce che la sua misura non sia "inferiore" all'importo "minimo" legale. Insomma, le disposizioni indicate, scorrendo di importo "minimo" del corrispettivo, permettono di ritenere che la sua determinazione non sia integralmente rimessa alle parti, le quali non potranno derogare *in pejus* la soglia "minima" stabilita dal legislatore. Alle medesime parti, invece, sarà consentito, stando alle norme indicate,

¹⁵¹¹ Più precisamente, nel caso del Libretto Famiglia, il comma 12 dell'art. 54-*bis* considera: a) i dati identificativi del prestatore; b) il compenso pattuito; c) il luogo di svolgimento; d) la durata della prestazione; e) ogni altra informazione necessaria ai fini della gestione del rapporto. Mentre il comma 17 dell'art. 54-*bis*, per il contratto di prestazione occasionale, contempla: a) i dati anagrafici e identificativi del prestatore; b) il luogo di svolgimento della prestazione; c) l'oggetto della prestazione; d) la data e l'ora di inizio e di termine della prestazione ovvero, se imprenditore agricolo, la durata della prestazione con riferimento a un arco temporale non superiore a tre giorni; e) il compenso pattuito per la prestazione, in misura non inferiore a 36 euro, per prestazioni di durata non superiore a quattro ore continuative nell'arco della giornata, fatto salvo quanto stabilito per il settore agricolo ai sensi del comma 16.

¹⁵¹² Su tale connessione v. *infra*.

¹⁵¹³ V. il comma 4 dell'art. 54-*bis*.

¹⁵¹⁴ V. il comma 8 dell'art. 54-*bis*.

¹⁵¹⁵ Le modalità sono stabilite nel comma 9 dell'art. 54-*bis*.

¹⁵¹⁶ Il valore nominale del titolo di pagamento è fissato a 10 euro.

¹⁵¹⁷ L'ammontare della misura oraria del compenso è pari a 9 euro, tranne che per il lavoro agricolo dove esso corrisponde "all'importo della retribuzione oraria delle prestazioni di natura subordinata individuata dal contratto collettivo di lavoro stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

derogare *in melius* la suddetta misura “minima”, prevedendo sia la corresponsione di più titoli di pagamento per una singola ora di prestazione sia un compenso orario più elevato rispetto a quanto stabilito dalla legge.

9. Lavoro occasionale, “disposizione” legale del tipo e ragionevolezza: lo scopo dell’intervento.

Al lavoro occasionale, quindi, è destinata una disciplina che si conferma fortemente semplificata rispetto a quella del lavoro subordinato c.d. standard; sicché, giunti a questo punto dell’indagine, sono maturi i presupposti per vagliarne la ragionevolezza.

Tale aspetto, dalla rilevanza assolutamente cruciale, va esaminato gradualmente, ripercorrendo lo schema destinato, secondo una letteratura pacifica e una giurisprudenza altrettanto consolidata, ad accertare la ragionevole differenziazione di tutele disposta dalla legge nell’area del lavoro subordinato. Ciò induce a verificare, anzitutto, se lo scopo della disciplina sul lavoro occasionale sia legittimo secondo i principi costituzionali: il che significa appurare la possibilità di fondare la semplificazione (*rectius* differenziazione) di tutele, disposta dall’art. 54-*bis*, su precisi valori costituzionali, idonei a giustificarla in una logica di prudente bilanciamento.

A tal fine, occorre esaminare la nuova disciplina, differenziando il caso in cui l’utente sia una persona fisica, che non svolge attività professionali o d’impresa, da quello in cui a fruire del lavoro occasionale siano gli “altri utilizzatori”.

Nella prima ipotesi, il legislatore autorizza il ricorso al lavoro occasionale solo se l’oggetto dell’attività consiste: in piccoli lavori domestici; in assistenza domiciliare a bambini e a persone anziane, ammalate o disabili; nell’insegnamento privato supplementare. Ne deriva un quadro molto articolato, che rende estremamente variegati gli scopi conseguiti con la semplificazione.

Concentrando l’attenzione sulla lettera b) del comma 10, il lavoro occasionale sembra costituire uno strumento aggiuntivo alle altre misure varate dalla legge per tutelare i diritti degli ammalati e dei disabili¹⁵¹⁸; sicché - è lecito sostenere - il legislatore intende perseguire una finalità sociale di sicura rilevanza costituzionale, tanto da essere stata più volte valorizzata dalla stessa Corte costituzionale. Pertanto, la lettera b) del comma 10 pare utilizzare il lavoro occasionale quale “strumento socio-assistenziale, riconducibile nel novero degli interventi di sostegno alle famiglie, volto a tutelare la salute psico-fisica sia degli ammalati sia dei disabili, al fine di realizzare un diritto fondamentale dell’individuo rientrante tra i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce all’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”¹⁵¹⁹.

Più articolato, invece, è l’indagine sulle lettere a) e c) del comma 10, che difficilmente possono ritenersi ispirate alle medesime finalità sociali prima indicate: la disposizione, non a caso, prescinde completamente dallo stato di malattia o di disabilità. A essere valorizzati sono altri profili: in particolare, una non precisata ridotta entità del lavoro domestico - la norma discorre di “piccoli” lavori domestici - e una altrettanto imprecisa natura “supplementare” del lavoro di insegnamento. La lettera della norma è generica e fa diventare piuttosto arduo individuare lo scopo della semplificazione.

¹⁵¹⁸ Il riferimento è, principalmente, alla l. n. 104/92.

¹⁵¹⁹ V. Corte costituzionale n. 213/2016.

Tale difficoltà cresce ulteriormente nel caso degli “altri utilizzatori”, poiché il comma 13 dell’art. 54-*bis* non contiene alcuna indicazione sulle attività che consentono di svolgere lavoro occasionale: a permetterne l’impiego è unicamente il rispetto dei parametri economici stabiliti dal comma 1.

Dunque, nei casi da ultimo indicati, lo scopo del lavoro occasionale non viene precisato dalla norma, ma ciò non può indurre l’interprete a reputarla irragionevole. Occorre, invece, confrontarsi con gli autori che individuano lo scopo del lavoro occasionale proprio nella scelta legislativa di estenderne il perimetro applicativo: più ampio è tale perimetro - si sostiene - maggiori sono le opportunità di favorire un’occupazione regolare per una specifica porzione di lavoratori. Più precisamente, seguendo un approccio di *law and economics*, si afferma che “l’intero ordinamento giuslavoristico costituisce essenzialmente un diaframma tra domanda e offerta: un muro nel quale, al fine di costringere l’incontro fra domanda e offerta nel canale di correttezza voluto dal legislatore, si aprono porte più o meno strette. E l’apertura di ciascuna di queste porte comporta comunque sempre un rilevante “costo di transazione” costituito da adempimenti burocratici complessi. Mentre, in linea generale, questo *costo di transazione* ha soltanto qualche effetto modestamente depressivo sulla domanda di lavoro, ma non di più, invece per i rapporti destinati a durare soltanto poche ore o pochi giorni la componente fissa del costo diventa *ostativa*, cioè *azzerla la domanda, o la spinge verso l’economia sommersa*” (mio il corsivo)¹⁵²⁰.

Fatta eccezione per la fattispecie di cui alla lettera b) del comma 10, quindi, attraverso il lavoro occasionale si intende migliorare la qualità dell’occupazione ed evitare il lavoro sommerso. Né tale connessione può essere messa in dubbio, essendo giustificata da un’argomentazione di tipo *conseguenzialista* o, se si preferisce, da un’argomentazione *orientata alle conseguenze*; un argomento che, nella metodologia postpositivistica, dà rilievo “alle conseguenze pratiche mediate (di secondo grado) esterne al sistema giuridico”, rendendole utilizzabili “anche per l’interpretazione di testi normativi”¹⁵²¹. Nemmeno si può dubitare, inoltre, della rilevanza assunta dalla lotta al sommerso e, con essa, dell’importanza rivestita dall’occupazione di qualità. Basti solo considerare che il lavoro sommerso pregiudica: “libertà e dignità della persona, solidarietà fiscale ed economico-finanziaria, leale concorrenza tra imprese, ordine pubblico, socialità e trasparenza del mercato del lavoro”¹⁵²².

Ed è proprio la suddetta rilevanza del sommerso che rende poco comprensibile la scelta di limitare il contratto di prestazione occasionale alle sole imprese con meno di cinque dipendenti¹⁵²³. Tali soggetti esprimono una domanda di lavoro importante ed escluderli dai fruitori del lavoro occasionale significa precludere, per ragioni tutt’altro che esplicitate, il ricorso a uno strumento di lotta al sommerso utilizzabile, invece, dalle altre imprese: si configurerebbe, così, un’estromissione non proprio in linea con gli scopi dell’art. 54-*bis*.

¹⁵²⁰ V. Ichino, Lavoro occasionale, addio alla semplificazione burocratica, 18 luglio 2017, in www.lavoce.info.

¹⁵²¹ Tutte le citazioni sono di Mengoni, L’argomento consequenzialista, in *Id.*, *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 95.

¹⁵²² V. Esposito, La fuga dal mercato regolare del lavoro e i controlli, in Esposito, Gaeta, Santucci, Viscomi, Zoppoli A., Zoppoli L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, III, Mercato, contratto e rapporti di lavoro, Giappichelli, 2015, p. 46.

¹⁵²³ V. art. 54-*bis*, co. 14.

In definitiva, ragionando secondo i criteri del giudizio di ragionevolezza, non sembrano sussistere, a eccezione dell'esclusione appena indicata, dubbi particolari sul piano dello scopo perseguito: le limitazioni ai principi o ai diritti costituzionali, articolati dallo statuto normativo del lavoro subordinato, sono giustificate dall'intento di attuare principi e diritti di pari rango¹⁵²⁴.

Anzi, la nuova disciplina contiene una novità interessante sul piano delle finalità normative; una novità che scongiura il pericolo di alterare il senso della semplificazione attuata mediante il lavoro occasionale. Il riferimento è ai requisiti economici che rendono occasionale la prestazione: essi non operano più nei confronti del solo prestatore di lavoro, essendo estesi anche all'imprenditore. Il punto è significativo: polarizzando l'attenzione sul solo prestatore di lavoro, la precedente disciplina rischiava di compromettere lo scopo del lavoro accessorio, poiché non impediva il suo impiego pure nel caso di domande di lavoro dalla dimensione economica tutt'altro che ridotta. Infatti, riferendo le soglie reddituali del lavoro accessorio unicamente a chi lo svolgeva, si consentiva al soggetto utilizzatore di far ruotare più prestatori rispetto a un medesimo impiego, con l'effetto di eludere l'intento di limitare la semplificazione normativa alle sole occupazioni dalla ridotta entità economica: una finalità che lasciava il posto al reclutamento di mano d'opera a basso costo senza alcuna restrizione¹⁵²⁵. Invece, il nuovo 54-bis, nel qualificare la fattispecie di lavoro occasionale, riferisce il limite massimo di compenso conseguibile anche al datore di lavoro e, così facendo, preclude la degenerazione indicata.

10. *Segue. Proporzionalità dell'intervento e argomento consequenzialista.*

Il quadro analitico diventa più complesso quando si esamina la proporzionalità dell'intervento normativo: un criterio ulteriore del giudizio di ragionevolezza, con il quale appurare se la compressione del sacrificio sia eccessiva o perché manca una "connessione razionale tra i mezzi predisposti dalla legge e i fini che essa intende perseguire" o perché "l'obiettivo prefissato non è ottenuto con il minor sacrificio possibile per gli altri diritti". Ed è proprio quest'ultima accezione della proporzionalità ad assumere rilievo, soprattutto nell'esame del comma 13.

Se attraverso il lavoro occasionale si intende migliorare la qualità dell'occupazione ed evitare il sommerso, sarebbe stato opportuno, considerata la delicatezza del bilanciamento, prestare maggiore cautela alle modalità per conseguire le predette finalità. Per essere più precisi, la strada tracciata dal legislatore avrebbe consigliato di individuare e avere piena contezza degli ambiti per i quali ricorrere al lavoro occasionale e nemmeno sarebbe stato peregrino estendere la medesima contezza agli ambiti dove il sommerso non viene tradizionalmente considerato un problema. Il punto non è marginale, poiché, liberalizzando il lavoro occasionale, si interviene - salvo quanto verrà detto in seguito - su diritti di primo piano per il prestatore di lavoro. Né tale considerazione può apparire inappropriata sul versante metodologico, poiché, se il rapporto tra lavoro occasionale e occupazione di qualità è basato sull'argomento consequenzialista, la medesima tecnica argomentativa ben consente di adoperare le "conseguenze pratiche mediate (di secondo grado) esterne al sistema giuridico", per appurare se "l'obiettivo prefissato [dalla legge] è conseguito con il minor sacrificio possibile per gli altri diritti". Tra l'altro, i dati sul lavoro sommerso sono,

¹⁵²⁴ Il problema, piuttosto, è la misura della limitazione, ma su questo profilo v. infra.

¹⁵²⁵ Sulla possibilità degli abusi indicati nel testo, v. anche Pinto, *Il lavoro accessorio*, cit., p. 679 ss.

oramai, oggetto di accurate indagini, che permettono di ricostruire in modo preciso gli andamenti del fenomeno¹⁵²⁶.

Sia chiaro, i problemi, almeno in parte, si pongono pure per le ipotesi di cui alla lettera a) e c).

Le attività in questione - come si accennava - sono individuate in modo alquanto approssimativo - non è agevole definire il contenuto dei *“piccoli lavori domestici”* o dell’*“insegnamento privato supplementare”* - con effetti non trascurabili sul piano della ragionevolezza: l'approssimazione di cui si discorre, rendendo incerto il perimetro del legittimo impiego del lavoro occasionale, non permette una precisa individuazione dell'entità del sacrificio occorrente a raggiungere gli obiettivi normativi.

Va aggiunto, infine, che la legge non istituzionalizza alcun raccordo tra la disciplina sul lavoro occasionale e un sistema per verificarne l'impatto sugli andamenti del sommerso nei settori dove esso viene utilizzato. Il profilo non è marginale, dal momento che il richiamato sistema di verifica, nel ricostruire i risvolti empirici delle scelte normative, contribuirebbe, e non poco, a garantire la proporzionalità della disciplina sul lavoro occasionale e, in particolare, ad assicurare gli obiettivi legislativi con il minor sacrificio dei diritti normalmente garantiti al lavoratore subordinato: il suo impiego, monitorando gli andamenti del sommerso, offrirebbe l'opportunità di individuare i settori per i quali il ricorso al lavoro occasionale può continuare a essere utile e i settori, magari non considerati originariamente, per i quali tale utilità dovesse presentarsi in forma del tutto nuova¹⁵²⁷.

Né si può confutare l'utilità di quanto appena detto, ritenendo che i sistemi di monitoraggio costituiscano esempi sporadici nel panorama normativo, derivanti *“dall'adesione a questa o quella scelta metodologica”*¹⁵²⁸. Al contrario, numerosi sono gli esempi legislativi che ricorrono a metodi di verifica, anche quantitativa, per controllare l'efficacia delle misure normative destinate al mercato e al rapporto di lavoro.

Concentrando l'attenzione sulle norme nazionali, significativo è l'esempio, tratto dalla legislazione dell'ultimo lustro, della l. 92/2012, il cui art. 1, co. 2, prevede che *“al fine di monitorare lo stato di attuazione degli interventi e delle misure di cui alla presente legge e di valutarne gli effetti sull'efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini, sulle modalità di entrata e di uscita nell'impiego, è istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in collaborazione con le altre istituzioni competenti, un sistema permanente di monitoraggio e valutazione basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan). Al sistema concorrono altresì le parti sociali attraverso la partecipazione*

¹⁵²⁶ V., da ultimo, il Rapporto annuale dell'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, dalla cui rilevazione dati per l'anno 2016 emerge che il numero dei lavoratori in nero è risultato particolarmente elevato nei seguenti ambiti merceologici: i servizi di alloggio e ristorazione per un totale di 11.919; il commercio per un totale di 6.560; l'edilizia per un totale di n. 6.170; le attività manifatturiere per un totale di 5.793. Mentre, secondo il medesimo rapporto, tra i settori con un numero di lavoratori in nero inferiori a 20 è possibile annoverare: l'estrazione di minerali da cave e miniere, dove i lavoratori in nero corrispondono a 11; le organizzazioni e gli organismi extraterritoriali dove i lavoratori in nero corrispondono a 0.

¹⁵²⁷ Naturalmente, questo presupporrebbe che i sistemi di monitoraggio escludano ogni possibile *“incertezza legata alla prognosi di conseguenze future”*, in tal senso v. Zoppoli A., *Legittimità costituzionale*, cit., p. 17.

¹⁵²⁸ V. Zoppoli L., *Il diritto del lavoro dalle ideologie alla numerologia? L'insostenibile pesantezza delle politiche del diritto e dei tecnici del diritto*, in Brollo, Marazza (a cura di), *Quaderni di ADL*, n. 12, 2015, p. 137.

delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori". E sulla medesima scia si pone il d.lgs. 23/2015, che estende il sistema di verifica della l. 92/2012 all'offerta di conciliazione.

Ancora più eloquenti sono gli sviluppi ordinamentali dell'Unione europea, tanto noti da consentire di limitarsi a osservare, sulla scia di autorevole dottrina, che "l'Unione impone una vera e propria macchina per la misurazione delle *performance* degli Stati membri, soprattutto in relazione alle leggi adottate dai parlamenti nazionali e non semplicemente promesse nelle prospettazioni dei governi"¹⁵²⁹.

11. *Segue. Proporzionalità dell'intervento e "nucleo essenziale" dei diritti.*

Ultimo aspetto da considerare, nell'indagine sulla proporzionalità, riguarda la scelta di conseguire gli obiettivi della disciplina sul lavoro occasionale sacrificando interamente una articolata serie di diritti. Sul punto è opportuno essere chiari: in più occasioni, la Corte costituzionale ha ribadito che, nel giudizio di ragionevolezza, la "minor limitazione possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti" - vale a dire uno dei criteri per sondare la proporzionalità dell'intervento normativo - non permette alla medesima limitazione, pur se funzionale a perseguire scopi di interesse generale, di essere "tanto invasiva da compromettere il contenuto essenziale" dei diritti o degli interessi in questione¹⁵³⁰. Ciò poichè, mancando una gerarchia rigida e formalmente determinata di valori, "come nessun diritto costituzionale è protetto in termini assoluti dalla Costituzione, allo stesso modo nessun diritto" può farsi "tiranno e portare all'*annientamento* degli altri" (mio il corsivo)¹⁵³¹: eventualità che si configura qualora il legislatore intacchi il "contenuto essenziale" del diritto fondamentale¹⁵³².

Ebbene, a prescindere da chi ne usufruisca, la vigente disciplina sul lavoro occasionale sembra operare proprio in questa direzione. Più volte è stato accennato che la sua inclusione nell'area della subordinazione non implica l'automatico operare dell'intero regime normativo disposto per il lavoro c.d. standard, che, al contrario, è applicato solo in parte. Basti considerare che l'art. 54-*bis*, quando interviene sull'orario di lavoro, richiama la disciplina generale in tema di pause, riposi giornalieri e riposi settimanali, ma nulla dice sul diritto alle ferie. L'omissione non è marginale: se in essa va letta la scelta di non applicare il relativo regime giuridico, ne deriva che per il lavoro occasionale, nonostante la sua natura subordinata, il legislatore comprime interamente un diritto di rango costituzionale. Un esito in sé molto discutibile: il diritto alle ferie trova il suo fondamento nell'art. 36, co. 3, Cost., che lo rende - afferma la Corte costituzionale - un diritto irrinunciabile "affinché egli [*il lavoratore*] possa ritemperare le energie psico-fisiche usurate dal lavoro e possa altresì soddisfare le sue esigenze ricreativo-culturali e più incisivamente partecipare alla vita familiare e sociale".

¹⁵²⁹ V. Sciarra, Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee, in Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, p. 39.

¹⁵³⁰ Sul contenuto essenziale dei diritti costituzionali, come limite invalicabile alla possibilità di limitazioni, v., per tutti, Morrone, op. cit., p. 185 ss.

¹⁵³¹ V. Cartabia, op. cit., p. 10.

¹⁵³² Le osservazioni fatte nel testo trovano conferma in Corte costituzionale n. 85/2013.

Quanto appena detto sul diritto alle ferie può essere, naturalmente, esteso agli altri diritti fondamentali che, mediante un'articolata disciplina di dettaglio, fanno del contratto di lavoro subordinato lo strumento per consentire a chi lavora in "condizioni di debolezza socio-economica e giuridica" di esprimere la propria identità e di "integrarsi come persona nella società"¹⁵³³. La semplificazione normativa operata con il lavoro occasionale, rendendo inoperanti le regole protettive del lavoratore subordinato, esautora molti dei diritti fondamentali che, attraverso le medesime regole, sono declinati e resi effettivi. Si pensi per tutti alla tutela della maternità, della malattia, della professionalità e ai diritti sindacali in generale. Ebbene, in tutte le ipotesi considerate, il divieto di "annientare totalmente" il "contenuto essenziale dei diritti o dei principi costituzionali", nel cui alveo ricondurre le situazioni giuridiche elencate, verrebbe irrimediabilmente compromesso, con esiti fortemente pregiudizievoli sulla ragionevolezza della semplificazione disposta dall'art. 54-bis. Insomma, il pericolo è che il lavoro occasionale possa realizzare uno squilibrio sistematico estremamente grave, indice dell'ennesima valutazione sulla disposizione protettiva limitata alla sola congruenza con l'efficienza del mercato: il lavoro occasionale, cioè, offrirebbe al soggetto datoriale l'opportunità per assicurarsi una prestazione di tipo subordinato, aggirando le regole mediante cui bilanciare le logiche del mercato e il dovere di fare del lavoro il principale strumento di integrazione sociale e di espressione della persona.

Lo scenario prospettato impone di considerare che, se i diritti in parola hanno la loro radice nella Costituzione - la "più alta manifestazione del diritto positivo"¹⁵³⁴ - non ci si può esimere dal tentare una lettura dell'art. 54-bis conforme alla Costituzione stessa: un piano di certo scivoloso, date le ampie possibilità di interpretazione che si prospettano, ma imposto dal suo essere fondamento condizionante e legittimante del sistema normativo¹⁵³⁵. Del resto, la stessa Corte costituzionale ritiene la verifica sulla realizzabilità di un'interpretazione conforme alla Costituzione un momento obbligato ogni volta che la medesima conformità è dubbia: le leggi - afferma la Corte - "non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è consentito darne interpretazioni incostituzionali, ma perché sono precluse interpretazioni costituzionali"¹⁵³⁶.

Pertanto, orientando la lettura della disciplina sul lavoro occasionale al rispetto dei valori costituzionali, pare corretto ritenere che il silenzio dell'art. 54-bis difficilmente possa esprimere la volontà di privare chi svolge lavoro occasionale dei diritti garantiti dalla Costituzione a ogni altro lavoratore subordinato. Tale volontà, proprio perché inespressa, non può essere desunta in via interpretativa: si tratterebbe di un'opzione metodologica molto discutibile, poiché porterebbe a violare la Costituzione trascurando completamente un'alternativa percorribile e dagli esiti opposti. Il silenzio legislativo, quindi, non esclude la titolarità dei diritti in parola, che, al contrario, trova il suo diretto fondamento nella Costituzione: questa, oltre a essere *fonte sulla produzione*, è anche *fonte di produzione*, data la sua idoneità a disciplinare pure i rapporti tra privati¹⁵³⁷. Certo, in

¹⁵³³ Per gli approfondimenti bibliografici, si rinvia alla nota 20.

¹⁵³⁴ V. Mengoni, L'argomentazione nel diritto costituzionale, in Id., Ermeneutica e dogmatica giuridica, Giuffrè, 1996, p. 118.

¹⁵³⁵ V. Crisafulli, Lezioni di diritto costituzionale, Cedam, 1993, p. 70.

¹⁵³⁶ V. Corte costituzionale n. 356 del 1996.

¹⁵³⁷ Tra i costituzionalisti che hanno contribuito all'ampio dibattito, v. da ultimo e per tutti, Azzariti, op. cit., in particolare cap. IV e V; Barbera A., "Ordinamento costituzionale" e Carte costituzionali, in QC, 2010, p. 311 ss.; Bin, Pitruzzella, Le fonti del diritto, Giappichelli, 2010, p. 41 ss.; Dogliani, Pinto, Elementi di diritto costituzionale, Giappichelli, 2015, p. 268 ss.; Parodi, Le fonti del diritto - Linee evolutive, Giuffrè, 2012, in particolare cap. I; Sorrentino, Le fonti del diritto italiano, II ed., Wolters Kluwer-Cedam, 2015, p. 60 ss.

funzione di un bilanciamento tanto delicato quanto legittimo nelle sue finalità, i diritti in parola possono subire limitazioni, che non devono, però, mai escludere la salvaguardia del loro “contenuto essenziale”: è il “contenuto essenziale”, quindi, a costituire la soglia di protezione minima del diritto fondamentale invocabile dal lavoratore occasionale verso il proprio utilizzatore.

Per individuare, poi, quale sia in concreto il contenuto essenziale del diritto occorre, come già accennato, una puntuale e più specifica analisi in relazione alle singole situazioni soggettive; un'analisi qui non necessaria ma neanche opportuna, giacché essa condurrebbe ad ampliare ulteriormente i confini della riflessione.

12. Il lavoro occasionale e la disciplina sul contratto a tempo determinato: ancora qualche dubbio.

Merita di essere segnalata, infine, un'ultima questione, frutto della scelta di configurare il lavoro occasionale come contratto a termine. Il legislatore - è utile averlo presente - propende, sebbene indirettamente, per tale soluzione, ma si astiene dall'affrontare aspetti rilevanti nella sua disciplina: aspetti, tra l'altro, costituenti il fulcro della direttiva europea sul lavoro a tempo determinato.

Significativa è la “durata massima totale dei contratti a termine successivi” e il “numero delle proroghe”: ossia le “misure di prevenzione degli abusi” disciplinate, in coerenza alla direttiva 99/70, dal d.lgs. 81/2015, ma su cui, per il lavoro occasionale, nulla è precisato e ogni scelta sembra rimessa all'autonomia delle parti. Altrettanto significativo è il rischio di compromettere il principio di non discriminazione: al lavoratore occasionale, infatti, sono applicate «condizioni di impiego» meno favorevoli rispetto al lavoratore assunto a tempo indeterminato «appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze»¹⁵³⁸.

Per comprendere l'esatta dimensione del problema e i suoi possibili riflessi, è opportuno considerare, nei limiti funzionali all'analisi, che già in altre occasioni il legislatore non ha specificato le misure necessarie ad attuare taluni contenuti della direttiva: il riferimento è alla nota vicenda del personale docente e ATA.

Di essa interessa evidenziare che a valle di una rilevante pronuncia della Corte di Giustizia¹⁵³⁹, in cui si riteneva violata la clausola 5 della direttiva 99/70¹⁵⁴⁰, la Corte costituzionale ha dichiarato

Mentre, con riferimento più specifico al dibattito giuslavoristico, v. da ultimo e per tutti Ales, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in DLRI, 2015, p. 455 ss.; Chieco, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro*, cit., p. 359 ss.; Del Punta, *I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro*, cit., p. 2 ss.; Mazzotta, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in RIDL, 2013, p. 235 ss.; Montuschi, *Il sistema generale delle fonti giuslavoristiche*, in Persiani (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, I, Cedam, 2010, p. 395 ss.; Zoppoli L., *Il lavoro e i diritti fondamentali*, cit., p. 95 ss.

¹⁵³⁸ Analogamente, v. Pinto, *Il lavoro accessorio*, cit., p. 693.

¹⁵³⁹ V. Corte di Giustizia 26 novembre 2014, Mascolo, C-22/13, C-61/13, C-63/13 e C-418/13.

¹⁵⁴⁰ La l. 124/99, secondo la Corte di Giustizia, “in assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza e, pertanto, del limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante, è tale da consentire, in violazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di

l'incostituzionalità della l. 124/99 per violazione - ed è questo il punto - dell'art. 117, co. 1, in relazione alla medesima clausola 5 della direttiva 99/70¹⁵⁴¹. Pertanto, secondo la Corte, l'obbligo di esercitare la potestà legislativa nel rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dall'"ordinamento comunitario" viene compromesso anche se a essere violate siano singole clausole o articoli di una direttiva¹⁵⁴². Ciò in quanto - afferma la Corte - "con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione"¹⁵⁴³.

Al pari della vicenda riguardante il personale docente, pure nel caso del lavoro occasionale, mancando indicazioni precise sulla durata massima dei contratti a termine successivi, si potrebbe osservare che il loro rinnovo è consentito - mutuando le parole della Corte di Giustizia - "al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole". Anzi, diversamente dalla vicenda alla base della sentenza *Mascolo*, nell'ipotesi del lavoro occasionale non si pone solo un problema di durata massima dei contratti a termine. Ma si aggiunge pure la mancanza di precise indicazioni sul numero delle proroghe e una semplificazione normativa che rischia di tradursi in condizioni di impiego meno favorevoli rispetto al lavoratore a tempo indeterminato comparabile.

In definitiva, occorre verificare se per i lavoratori occasionali sia configurabile la lesione delle clausole 4 e 5 contenute nella direttiva sul contratto a termine: una lesione, è bene averlo presente, che implicherebbe l'automatica violazione dell'art. 117, co. 1, Cost.

Quanto alla clausola 5, essa dispone che ciascuno Stato Membro è tenuto ad adottare "una o più misure" relative ai punti di cui "alle lettere a, b e c", qualora manchino "norme equivalenti per la prevenzione degli abusi" che tengano conto "delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori". Al riguardo, secondo un orientamento diffuso della Corte di Giustizia, gli Stati membri sono investiti di un'ampia discrezionalità: a essi - aggiunge la Corte - si "asigna un obiettivo generale, che consiste nella prevenzione degli abusi, lasciando loro nel contempo la scelta dei *mezzi* per conseguire tale obiettivo" (mio il corsivo)¹⁵⁴⁴. La "norma equivalente", dunque, deve costituire il "mezzo" per scongiurare, considerate le specificità delle singole categorie di lavoratori, gli abusi nella successione dei contratti a termine.

ruolo nello Stato membro considerato. Una siffatta constatazione risulta suffragata, non solo dalla situazione dei ricorrenti nei procedimenti principali, come descritta ai punti 23 e 37 della presente sentenza, ma anche, in maniera più generale, dai dati forniti alla Corte nell'ambito delle presenti cause. Così, a seconda degli anni e delle fonti, risulta che circa il 30%, o addirittura, secondo il Tribunale di Napoli, il 61%, del personale amministrativo, tecnico e ausiliario delle scuole statali sia impiegato con contratti di lavoro a tempo determinato e che, tra il 2006 e il 2011, il personale docente di tali scuole vincolato da siffatti contratti abbia rappresentato tra il 13% e il 18% di tutto il personale docente di dette scuole".

¹⁵⁴¹ V. Corte costituzionale n. 187/2016.

¹⁵⁴² V. ancora Corte costituzionale n. 187/2016.

¹⁵⁴³ In tal senso v. Corte costituzionale n. 348/2007, cui rinvia la sentenza n. 187/2016.

¹⁵⁴⁴ In tali termini v. Corte di Giustizia 14 settembre 2016, López, C-16/15; Corte di Giustizia 3 luglio 2014, Fiamingo, C-362/13, C-363/13 e C-407/13; Corte di Giustizia 26 novembre 2014, Mascolo, C-22/13, C-61/13, C-63/13 e C-418/13.

Pertanto, se la stessa Corte di Giustizia individua la sostanza dell'abuso in parola nella violazione del principio della forma comune¹⁵⁴⁵, non è peregrino ritenere che l'art. 54-*bis* scongiuri il pericolo prospettato.

Giova ricordare, infatti, che i limiti reddituali destinati al lavoro occasionale non sono più circoscritti al solo prestatore di lavoro, investendo anche l'utilizzatore. Sicché, il rischio di ledere il principio della forma comune pare evitato da un articolato sistema di vincoli che investono: il lavoro reso dalla totalità dei prestatori verso uno stesso utilizzatore; il lavoro reso da ciascun prestatore verso la totalità degli utilizzatori; il lavoro complessivamente reso da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore. Un quadro cui va aggiunta la soglia oraria massima, con l'effetto ultimo di delimitare il lavoro occasionale a prestazioni dall'entità molto ridotta e non sufficiente, in presenza di esigenze "permanenti e durevoli", a surrogare il contratto a tempo indeterminato.

Né la lesione dei richiamati vincoli può riproporre i problemi di compatibilità con la clausola 5: se fosse violato il limite orario o la soglia reddituale del comma 1, lett. c), la trasformazione in rapporto a tempo pieno e indeterminato escluderebbe alla radice ogni problema. Mentre, se la violazione riguardasse i restanti limiti reddituali, al lavoro occasionale si applicherebbe il regime ordinario del rapporto a termine, con l'effetto di garantire il rispetto della clausola 5 mediante le comuni regole del d.lgs. 81/2015 sulla durata massima del contratto a termine e sul numero di proroghe.

Più articolata, invece, sembra essere la questione concernente la clausola 4 della direttiva, che esclude il trattamento meno favorevole dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, salvo "sussistano ragioni oggettive". Sulle ragioni oggettive è consolidato l'orientamento della Corte di Giustizia, secondo cui esse consistono in elementi *precisi e concreti* volti a caratterizzare la "condizione di lavoro" nel contesto "in cui essa si colloca"¹⁵⁴⁶.

A destare preoccupazione non è tanto il riferimento agli *elementi precisi e concreti*, che, secondo la Corte, possono "risultare" anche "da una legittima finalità di politica sociale": né può dubitarsi che gli obiettivi di politica sociale dell'Unione, espressi dall'art. 151 TFUE, siano sufficientemente

¹⁵⁴⁵ V. Corte di Giustizia 26 gennaio 2012, causa C-586/10, Küçük, la quale, al punto 36, stabilisce che "a tal proposito, si deve ricordare che la Corte ha già dichiarato che il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro CTD" e, al punto 37, stabilisce che "infatti, un tale utilizzo dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato sarebbe incompatibile con la premessa sulla quale si fonda l'accordo quadro CTD, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (v. sentenza Adeneler e a., cit., punto 61)".

¹⁵⁴⁶ Più precisamente, la Corte di Giustizia ritiene che "la disparità di trattamento constatata è giustificata dall'esistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono la condizione di lavoro in questione, nel particolare contesto in cui essa si colloca e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se detta disparità risponda ad un reale bisogno, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessaria a tal fine. I suddetti elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti alle mansioni stesse o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro". In tal senso, v. Corte di Giustizia 18 ottobre 2012, Valenza, Altavista, Marsella, Schettini, Tomassini c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cause riunite C-302/11, C-304/11, C-303/11, C-305/11. Ma analogamente v. sentenza Del Cerro Alonso, punti 53 e 58, e sentenza Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, punto 55; ordinanza Montoya Medina, punto 41; sentenza Rosado Santana, punto 73, nonché ordinanza Lorenzo Martínez, punto 48.

ampi da includere buona parte delle finalità perseguite con il lavoro occasionale. Il problema, piuttosto, riguarda il richiamo, operato dalla medesima Corte, all'“idoneità nel conseguire l'obiettivo perseguito”, che, se inteso in termini di proporzionalità, implica una ponderazione tra opposti diritti tale da escludere il prevalere assoluto di uno di essi sugli altri¹⁵⁴⁷: lo stesso art. 151 TFUE, d'altronde, presuppone tale ponderazione, affermando che, nel conseguire gli obiettivi di politica sociale, vanno “tenuti presenti i diritti sociali fondamentali”. Tutto questo rimanda a quanto già detto sul bilanciamento dei diritti fondamentali e sulla complessa individuazione del loro “contenuto essenziale”.

¹⁵⁴⁷ V. Galletta, Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria, in RIDPC, 1993, p. 837 ss.

Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*

Giovanni Gaudio

1. Trasferimento d'azienda, ordinamento multilivello, tutela del lavoro nell'ambito della crisi di impresa, certezza del diritto: le ragioni di un'analisi. 522
2. La complessa evoluzione della disciplina europea: il dialogo tra il legislatore europeo e la Corte di Giustizia. 527
3. Il punto sulla disciplina italiana: dalle censure della Corte di Giustizia alla versione oggi vigente dell'art. 47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990. 534
4. La giurisprudenza di merito italiana alla prova dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Il caso Alitalia-Ethiad. 537
5. Procedure non liquidatorie e «crisi aziendale»: gli angusti confini della possibile deroga alla disciplina protettiva di cui all'art. 2112 Cod. Civ. 540
6. Una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano? 542

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 347/2017

1. Trasferimento d'azienda, ordinamento multilivello, tutela del lavoro nell'ambito della crisi di impresa, certezza del diritto: le ragioni di un'analisi.

Questo elaborato si propone di comprendere quale sia, in concreto, la portata attuale della disciplina italiana relativa al trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi, soprattutto mediante l'analisi della giurisprudenza nazionale ed europea in materia.

Come noto, il trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi è disciplinato, dal diritto del lavoro italiano, anche sulla scorta di quanto previsto dal diritto europeo, secondo logiche a sé stanti rispetto a quelle previste nel caso di circolazione dell'azienda facente capo ad un datore di lavoro *in bonis*¹⁵⁴⁸.

Infatti, da un lato, la disciplina generale del trasferimento d'azienda ha trovato tradizionalmente il suo fulcro - perlomeno a livello europeo, in un'ottica di tutela dei lavoratori ivi coinvolti¹⁵⁴⁹ - nel principio della prosecuzione automatica del rapporto di lavoro dei dipendenti afferenti all'azienda con il soggetto cessionario. Il paradigma di tutela, dunque, è quello della tutela del posto di lavoro dei dipendenti coinvolti nel trasferimento. Essi non solo continuano a lavorare presso il cessionario, ma i termini e le condizioni del loro rapporto di lavoro restano, per lo più, immutati.

Dall'altro, la disciplina speciale, riguardante le vicende circolatorie di un'azienda di titolarità di un datore di lavoro in crisi, ha invece ammesso la possibilità di derogare alla suddetta disciplina protettiva. Tale possibilità di deroga è giustificata sull'assunto per cui, di fronte ad una più o meno probabile prospettiva di cessazione dell'attività di impresa, possa essere ammessa una rimodulazione delle garanzie previste a favore dei lavoratori, soprattutto in termini di deroghe al principio dell'automatica prosecuzione del rapporto di lavoro con il soggetto cessionario, per favorire la

¹⁵⁴⁸ Tali questioni hanno suscitato un ampio dibattito in dottrina, in ragione della complessa evoluzione della disciplina europea in materia, così come di alcuni contrasti che della normativa italiana con i dettami della direttiva europea e dell'interpretazione che ne è stata data da parte della Corte di Giustizia. Tra i contributi più recenti, che analizzano la vigente disciplina italiana in materia, si vedano V. ANIBALLI e M. MARAZZA, Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente, in M. MARAZZA (a cura di), Contratto di lavoro e organizzazione, in F. CARINCI e M. PERSIANI (diretto da), Trattato di diritto del lavoro, Padova, 2012, vol. IV, tomo 2, 2012, pag. 2280 e segg.; M.L. VALLAURI, Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi, in M. AIMO e D. IZZI (a cura di), Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori, in W. BIGIARI (fondato da), Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale, Torino, 2014, pagg. 342 e segg.; più recentemente, sempre M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, in M. MARAZZA e D. GAROFALO, Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore, Torino, 2015, pag. 43 e segg.

Per quanto concerne, invece, il tema, di più ampio respiro ma comunque correlato a quello di questo saggio, della cessazione dell'impresa, si rimanda alla monografia di M. DEL CONTE, Cessazione dell'impresa e responsabilità del datore di lavoro, Milano, 2003 e al saggio critico di M. PERSIANI, Riflessioni sulle conseguenze della cessazione dell'impresa in bonis, in Arg. Dir. Lav., 2003, 3, pag. 637 e segg.

¹⁵⁴⁹ La disciplina del trasferimento d'azienda nelle imprese in bonis, che, a livello europeo, è nata e si è sviluppata in un'ottica garantista nei confronti dei lavoratori, ha avuto, in Italia, un'applicazione pratica controversa. Come sottolineato da L. CORAZZA, L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in Riv. It. Dir. Lav., 2014, 3, II, pag. 685, a commento della ormai nota sentenza Amatori, Corte di Giustizia, 6 marzo 2014, causa C-458/12, infatti, «il contenzioso sulla tutela dei lavoratori nelle ipotesi di esternalizzazione ha preso in Italia una piega tutta propria, nella quale si è assistito ad un curioso capovolgimento di interessi, in cui una disciplina pensata per tutelare i lavoratori di fronte ai mutamenti del datore di lavoro è stata utilizzata in funzione "espulsiva" dal datore di lavoro, tanto da indurre i lavoratori ad impostare la propria strategia difensiva nel senso del rigetto dell'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda ai fenomeni di esternalizzazione. In Italia si assiste pertanto ad una inversione delle posizioni classiche, con datori di lavoro che chiedono l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda e lavoratori che la rifiutano».

commerciabilità dell'azienda¹⁵⁵⁰. Il paradigma di tutela, dunque, muta: dalla tutela del posto di lavoro, si passa alla tutela, seppur parziale, dei livelli occupazionali.

La suddetta disciplina derogatoria lascia, quindi, una certa discrezionalità ai datori di lavoro, anche e soprattutto con riguardo alla possibilità di perimetrare la forza lavoro afferente al ramo o all'azienda ceduta. In termini di costi, la possibilità di applicare tale disciplina speciale costituisce una variabile di assoluta importanza per un imprenditore. Qualora sia possibile beneficiare *in toto* di tale regime derogatorio, infatti, il soggetto cessionario potrà ottenere una serie di vantaggi, poiché potrà non dover riconoscere ai lavoratori trasferiti tutti i loro diritti pregressi, non essere solidalmente responsabile con il cedente, non applicare sino a scadenza i contratti collettivi applicati da quest'ultimo ed ereditare un complesso aziendale, magari anche in continuità, a cui afferiscono solo quei dipendenti che egli ha ritenuto esser necessari per l'esercizio dell'attività di impresa¹⁵⁵¹. Soprattutto, tale disciplina derogatoria gli permetterà di evitare di farsi carico di gestire un esubero eventualmente incombente in capo al soggetto cedente, grazie al combinato disposto delle possibili deroghe all'automatica continuazione dei rapporti di lavoro e al divieto di licenziamento per il solo motivo del trasferimento. Infatti, cedente e cessionario ben potranno accordarsi per trasferire solo una parte dei lavoratori afferenti al ramo o all'azienda ceduta. In tal modo, il soggetto cedente potrà, immediatamente prima o dopo il trasferimento, procedere al licenziamento dei lavoratori eccedenti, potendo potenzialmente motivarlo anche sulla base dello stesso trasferimento.

Pertanto, la possibilità di derogare alla disciplina ordinaria realizza una sintesi tra il sacrificio dei diritti individuali dei dipendenti coinvolti nel trasferimento e l'interesse superindividuale al salvataggio dell'impresa mediante la conservazione del complesso di beni, magari anche in continuità aziendale¹⁵⁵². Infatti, la permanenza sul mercato di un complesso di beni funzionale all'esercizio di un'attività di impresa comporta benefici nei confronti dei soggetti che con essa si rapportano, primi fra tutti quella parte di lavoratori che, nel caso di mancata cessione della stessa e di conseguente più o meno probabile cessazione dell'attività da parte del potenziale cedente, sarebbero verosimilmente andati incontro alla perdita del posto di lavoro.

Sul punto, occorre comunque precisare che esiste un rischio per i dipendenti del cedente. Infatti, una disciplina che permetta ampie ed automatiche deroghe alla disciplina protettiva potrebbe incentivare i datori di lavoro a ristrutturare la propria azienda estraendo dei benefici privati a discapito dei lavoratori coinvolti, soprattutto quando tali deroghe vengano previste nell'ambito di quelle procedure concorsuali che non mirano alla liquidazione, bensì alla continuazione dell'attività da parte del cedente. Tant'è che, anche per evitare tale rischio, l'ordinamento italiano ha

¹⁵⁵⁰ In tal senso, R. ROMEI, Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda, in P. SCHLESINGER (diretto da), Il Codice Civile. Commentario, Milano, 1993, pagg. 210-213 che, peraltro, sulla scorta di tali riflessioni, ritiene che tale disciplina sia caratterizzata da una propria autonomia e tipicità normativa rispetto a quella generale; sul punto, si vedano anche G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, in Dir. Lav. Rel. Ind., 2004, 4, n. 108, pag. 598; M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, in Riv. Giur. Lav., 2010, 3, pag. 330; V. ANIBALLI, Trasferimento di ramo d'azienda e procedure concorsuali, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 2, I, pagg. 350-351.

¹⁵⁵¹ G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 595; più recentemente, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 45.

¹⁵⁵² Sul punto, si rimanda, per tutti, alle considerazioni di G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pagg. 595 e 598.

previsto che sia necessario concludere un accordo con il sindacato per poter accedere alla disciplina derogatoria, per contemperare l'interesse del datore di lavoro a ristrutturare la propria azienda per mezzo di un trasferimento e quello dei lavoratori a che ciò non accada al prezzo di un sacrificio unilaterale dei propri diritti¹⁵⁵³.

Al di là delle scelte di politica del diritto sottostanti ad una più o meno ampia possibilità di deroga alla disciplina di tutela prevista in materia di trasferimento di un'azienda facente capo ad un imprenditore *in bonis*, resta un punto fermo: gli operatori economici necessitano di regole chiare con riguardo ai presupposti necessari per poter beneficiare di tale disciplina speciale.

Dal lato del cessionario, infatti, una disciplina che lasci dei coni d'ombra sui presupposti di accesso a tale regime di favore esporrebbe l'imprenditore cessionario al rischio, tra gli altri, che un gruppo di lavoratori si veda riconosciuto *ex post* il diritto a proseguire il rapporto di lavoro nell'ambito dell'impresa che gli fa capo. Ciò comporterebbe per il cessionario dei costi maggiori rispetto a quelli preventivati, con il rischio che, a trasferimento avvenuto, il tutto non costituisca più un'operazione economicamente conveniente. Peraltro, egli si troverebbe di fronte alla necessità di dover gestire un'eccedenza di personale, dovendo eventualmente attivare anche una procedura di licenziamento collettivo per riportare il numero dei dipendenti trasferiti a quello da egli inizialmente previsto.

Dal lato del cedente, invece, la fase di individuazione del cessionario può divenire cruciale ai fini del successo di una procedura concorsuale volta a garantire il risanamento dell'impresa debitrice mediante la cessione di un ramo d'azienda. Nella specie, eventuali incertezze interpretative che alterino le valutazioni degli operatori economici potrebbero essere decisive in termini negativi per la scelta del soggetto cessionario di non voler procedere al trasferimento, con il rischio che, in assenza delle risorse derivanti dalla programmata cessione, il cedente sia inesorabilmente condannato alla chiusura. Peraltro, ciò realizzerebbe proprio quello scenario che la disciplina derogatoria si propone di scongiurare, ossia la mancata conservazione di un livello, anche minimo, di occupazione.

La disciplina italiana ad oggi vigente¹⁵⁵⁴ sembra sollevare alcune delle criticità sopra evidenziate in tema di certezza del diritto. La ragione principale consiste nel fatto che tali disposizioni sono figlie di un difficile dialogo tra il legislatore italiano, da un lato, e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dall'altro¹⁵⁵⁵. La diversità di impostazione tra le due discipline ha infatti portato l'art. 47 l. n. 428 del 1990 ad essere più volte oggetto di censure da parte dei giudici di Lussemburgo, che

¹⁵⁵³ Sostanzialmente nel senso, già G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 595.

¹⁵⁵⁴ Cfr. co. 4-bis e 5 dell'art. 47 della l. 29 dicembre 1990, n. 428 (in attuazione dell'art. 5 della dir. 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001), che disciplinano i presupposti e la portata delle possibili deroghe alla disciplina generale in tema di trasferimento d'azienda, dettata invece dall'art. 2112 Cod. Civ. (in attuazione dei restanti articoli della medesima direttiva).

¹⁵⁵⁵ Tant'è che proprio la materia dei trasferimenti d'azienda, in generale, e quella dei trasferimenti d'azienda nell'impresa in crisi, in particolare, sono stati ritenuti uno degli osservatori privilegiati attraverso cui valutare il rapporto tra l'ordinamento europeo e nazionale, così come le modalità di dialogo tra Corte di Giustizia e corti nazionali: sul punto, si veda l'approfondita analisi di V. LECCESE, Giudici italiani e Corte di Giustizia: un dialogo a più velocità?, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1999, 1, n. 81, pag. 65 e segg.

hanno negli anni rilevato come l'Italia non avesse diligentemente recepito quanto previsto dalle direttive europee succedutesi nel tempo¹⁵⁵⁶.

Il legislatore italiano, però, pur avendo formalmente tenuto conto, con le novelle del 2009 e del 2012, delle censure della Corte di Giustizia, sembra avere, nei fatti, persistito in una latente inadempienza nei confronti delle cogenti indicazioni dei giudici europei¹⁵⁵⁷. Tale circostanza, come poc'anzi sottolineato, genera incertezze interpretative sull'effettiva portata applicativa della possibile deroga che, a seconda della tipologia di incompatibilità della disciplina italiana con quella europea, comporta due ordini di risultati.

Il primo è che le maglie dell'effettiva portata derogatoria di alcune disposizioni nostrane sembrano essere più ampie di quelle che dovrebbero essere *post* interpretazione conforme delle stesse alla luce del diritto europeo. In tali casi, il giudice nazionale ha il compito di selezionare, tra le varie opzioni interpretative, quella più coerente con il dettato della direttiva¹⁵⁵⁸.

Il secondo è che alcune disposizioni sembrano essere tuttora incompatibili con la disciplina dettata dalla dir. 2001/23/CE. In tali casi, non essendo percorribile la strada dell'interpretazione conforme al diritto europeo, le disposizioni italiane potrebbero essere passibili di censura mediante l'apertura di una procedura di infrazione da parte delle competenti autorità europee. In tale eventualità, non vi dovrebbero essere problemi di incertezza del diritto per gli operatori economici. Il giudice nazionale, infatti, dovrebbe limitarsi ad applicare la normativa interna, seppur contrastante con quella europea, mentre al privato che abbia subito un pregiudizio dal recepimento scorretto della direttiva resterebbe solo la possibilità di agire contro lo Stato italiano per ottenere un risarcimento del danno per violazione della stessa^{1559,1560}.

¹⁵⁵⁶ Le censure della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che hanno riguardato, in particolare, l'ipotesi di «crisi aziendale», sono giunte sia a fronte di rinvio pregiudiziale promosso dal giudice italiano, cfr. sentenza Spano, Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, in Riv. It. Dir. Lav., 1996, II, pag. 261 e segg., che, da ultimo, a conclusione di una procedura di infrazione attivata dalla Commissione Europea, Corte di Giustizia 11 giugno 2009, causa C-561/07, in Lav. Giur., 2009, 11, pag. 1125 e segg., con nota di R. COSIO, La Corte di Giustizia censura la normativa nazionale in materia di trasferimento d'impresa in crisi, spec. punti 38, 39 e 47.

¹⁵⁵⁷ P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, in Riv. It. Dir. Lav., 2014, 2, pagg. 224; R. COSIO, Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009, in Lav. Giur., 2010, 11S, pt. 1, pag. 76; M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pagg. 336 e 351-354.

¹⁵⁵⁸ In generale, si rimanda a M. ROCCELLA e T. TREU, (con la collaborazione di) M. AIMO e D. IZZI, Diritto del lavoro dell'Unione Europea, Padova, 2016, pagg. 63-64 e 67 e R. COSIO, Le fonti nel diritto dell'Unione Europea, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), Diritto del lavoro, Milano, 2013, vol. 1, 4° ed., pagg. 1296-1298.

Con specifico riguardo alle questioni oggetto di questo contributo, si rimanda invece a R. COSIO, Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009, in Lav. Giur., 2010, 11S, pt. 1, pagg. 77-78.

¹⁵⁵⁹ In generale, si veda M. ROCCELLA e T. TREU, (con la collaborazione di) M. AIMO e D. IZZI, Diritto del lavoro dell'Unione Europea, Padova, 2016, pagg. 64-65.

Con specifico riguardo alle questioni oggetto di questo contributo, si rimanda invece a R. COSIO, Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009, in Lav. Giur., 2010, 11S, pt. 1, pag. 76 e C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale, in Riv. It. Dir. Lav., 2010, 1, pag. 236.

¹⁵⁶⁰ Occorre comunque segnalare che, secondo la sentenza Küçükdeveci, Corte di Giustizia 19 gennaio 2010, causa C-555/07, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2009, 4, pag. 932 e segg., con nota di S. BORELLI, La Corte di Giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell'età, punti 44-56, anche nel caso in cui vi sia totale incompatibilità tra la disciplina interna e quella europea dettata da una direttiva, il giudice nazionale potrebbe comunque decidere di disapplicare, ove necessario, ogni disposizione di legge contraria ai dettami dei principi del diritto europeo che regolano la materia oggetto della specifica controversia tra privati pendente dinanzi a quel giudice,

Per di più, la disciplina italiana impone la necessità di raggiungere un accordo con il sindacato sia con riguardo all'*an* che al *quomodo* della deroga¹⁵⁶¹. Tale previsione, non imposta, in generale, dalla direttiva¹⁵⁶², sembra porre ulteriori problemi di certezza del diritto, posto che non è affatto scontato che tale contratto collettivo, sul piano del diritto interno, possa effettivamente vincolare, con efficacia *erga omnes*, tutti i lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda¹⁵⁶³.

Il risultato, di fronte a tali plurime incertezze interpretative, è che gli operatori economici, pur disponendo di un apparato normativo (perlomeno teoricamente) funzionale a facilitare la commercializzazione di un'azienda di titolarità di un imprenditore in crisi, spesso vengono disincentivati dal farlo, preferendo, nella pratica degli affari, derogare all'art. 2112 Cod. Civ., mediante altri strumenti¹⁵⁶⁴, che però impongono loro dei costi ulteriori. Ad esempio, al fine di ottenere una perimetrazione della forza lavoro afferente ad un ramo d'azienda da trasferire, gli imprenditori ricorrono spesso all'espedito delle conciliazioni individuali plurime ex art. 2113 Cod. Civ., patteggiando con tutti i lavoratori interessati, dietro adeguato corrispettivo in denaro, la rinuncia a far

qualora risulti per lui impossibile ricorrere allo strumento dell'interpretazione conforme. Il rischio, nell'ipotesi in cui un giudice italiano decida di applicare in concreto i principi enunciati da tale giurisprudenza, è che i privati, all'atto di assumere la decisione relativa all'attuazione o meno del trasferimento d'azienda di titolarità di un imprenditore in crisi, potrebbero non sapere, se non a conclusione di un procedimento giudiziario, quale sia, in concreto, la disciplina effettivamente vigente in Italia. Sul punto, prova ad argomentare per la possibilità di un'applicazione concreta di tale orientamento al caso di specie, sostenendo che possa essere considerato un principio generale del diritto europeo quello che assicura il diritto alla continuità dei rapporti di lavoro nelle ipotesi di vicende circolatorie dell'impresa, R. COSIO, Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009, op. cit., pagg. 78-79 e, più diffusamente, sempre R. COSIO, La Corte di giustizia e i diritti fondamentali, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 2, I, pagg. 331-336.

¹⁵⁶¹ Sorgono dei dubbi su quale sia l'accordo da concludere con il sindacato al fine di accedere alla disciplina derogatoria di cui all'art. 47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990.

Secondo una recente opzione interpretativa, «tale accordo normalmente potrà essere perfezionato nell'ambito della procedura di informazione e consultazione di cui all'art. 47, co. 1 e 2, della legge n. 428/1990 ma nel caso in cui la cessione riguardi compendi aziendali che occupano meno di quindici dipendenti, per i quali quella procedura non è dovuta, l'intesa potrà essere comunque definita al di fuori di un percorso tipizzato di informazione e consultazione sindacale»: sul punto, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pagg. 51-52 ma anche pagg. 59 e 66. Si badi che l'Autore arriva a tale conclusione sul presupposto che i co. 4-bis e 5 del summenzionato art. 47 si applichino a tutte le imprese, a prescindere da ogni tipo di requisito dimensionale.

Occorre comunque precisare che, secondo la lettura tradizionale che è stata data di tali disposizioni, comunque oggi maggioritaria, i commi 4-bis e 5 della l. n. 428 del 1990 dovrebbero essere letti unitamente ai commi 1 e 2 della medesima l. n. 428 del 1990, cosicché, da un lato, il loro ambito di applicazione sarebbe limitato a quei trasferimenti d'azienda che riguardano compendi aziendali che occupano più di quindici lavoratori e, dall'altro, la deroga all'art. 2112 Cod. Civ. sarebbe dunque consentita solo da quegli accordi stipulati dalle strutture aziendali o esterne dei sindacati maggiormente rappresentativi: sul punto, si vedano, tra i tanti, U. CARABELLI, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in Riv. It. Dir. Lav., 1995, 1, I, pag. 67 e, più recentemente, F. FIMMANÒ, Sub art. 105 l. fall., in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), Il nuovo diritto fallimentare, tomo 2, 2007, Bologna, pagg. 1750-1751.

¹⁵⁶² Perlomeno con riferimento alla disciplina di cui all'art. 5, par. 1, dir. 2001/23/CE (recepita dall'art. 47, co. 5, l. n. 428 del 1990), e dell'art. 5, par. 2, lett. a), dir. 2001/23/CE (recepita, invece, dall'art. 47, co. 4-bis, l. 29 dicembre 1990, n. 428). L'unica disposizione che richiede la necessità di un accordo sindacale è quella prevista dall'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE, funzionale ad ammettere una mera modifica delle «condizioni di lavoro».

¹⁵⁶³ Infatti, come ribadito da P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, op. cit., pagg. 224-225, «restano irrisolti anche i problemi relativi all'efficacia dell'accordo collettivo e ai soggetti legittimati ad incidere sulle garanzie dei lavoratori». Sul punto, manifestava già perplessità sui limiti di tale disposizione in un sistema come quello italiano, che ha garantito poche certezze sull'efficacia dei contratti collettivi, anche U. CARABELLI, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in op. cit., pag. 66. La questione dell'efficacia soggettiva di tali accordi collettivi resta, infatti, dibattuta in dottrina. Per un'analisi delle diverse posizioni sul punto, si rimanda, per tutti, a M.L. VALLAURI, Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi, op. cit., pagg. 349-352.

¹⁵⁶⁴ C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 238.

valere i diritti di cui all'art. 2112 Cod. Civ.¹⁵⁶⁵ nei confronti di una o di entrambe le parti coinvolte nel trasferimento¹⁵⁶⁶.

Il fatto che tali decisioni, mediante le quali si deroga artificialmente a quanto previsto dall'art. 2112 Cod. Civ., comportino dei costi ulteriori per gli operatori economici potrebbe, dunque, incidere negativamente sulla stessa decisione di procedere al trasferimento. E ciò finirebbe per costituire, nei fatti, un potenziale *vulnus* dell'interesse dell'ordinamento a tutelare, a fronte della potenziale scomparsa dal mercato di un'azienda o di un ramo idonei all'esercizio di un'attività economica d'impresa, la salvaguardia, seppur parziale, dei livelli occupazionali.

Il presente contributo è strutturato come segue.

Inizialmente, si procederà ad analizzare la disciplina dettata dalla dir. 2001/23/CE, così come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Successivamente, dopo una breve analisi della disciplina italiana in materia, si cercherà di comprenderne la portata attuale, prendendo atto delle prime reazioni della giurisprudenza di merito, per capire se e quanto essa sia stata sensibile alle problematiche relative alle dubbie modalità di recepimento della direttiva da parte del legislatore italiano.

A conclusione del contributo, dopo aver sottolineato come la disciplina europea e quella italiana siano state, di fatto, disegnate sulla base di linee di politica del diritto differenti e, sotto certi aspetti, incompatibili, si evidenzierà come il persistere del legislatore italiano nella difesa della propria impostazione normativa, più che perseguire l'effetto voluto, cioè quello di garanzia di un maggiore margine di manovra agli operatori economici in materia di vicende circolatorie dell'impresa, possa avere prodotto, in concreto, l'effetto opposto.

2. La complessa evoluzione della disciplina europea: il dialogo tra il legislatore europeo e la Corte di Giustizia.

Occorre dar conto, innanzitutto, dell'evoluzione della disciplina europea in materia di trasferimento d'azienda nell'ambito dell'impresa in crisi¹⁵⁶⁷.

Inizialmente, la dir. 77/187/CEE non prevedeva espressamente una disciplina derogatoria qualora l'impresa cedente si trovasse in una situazione di crisi.

¹⁵⁶⁵ In particolare, quello di essere o non essere stati trasferiti in ragione del principio di automatica continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario, perché appartenenti all'azienda o al ramo ceduto.

¹⁵⁶⁶ P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, op. cit., pagg. 226-227; C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 238; in una prospettiva più di ampio respiro in merito a diverse vie alternative utilizzate dai privati per soddisfare le proprie esigenze di facilitare la commercializzazione dell'azienda o del ramo di titolarità di un imprenditore in crisi, seppur in un contesto normativo parzialmente difforme rispetto a quello coevo, si veda anche G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 604.

¹⁵⁶⁷ Sul punto, si rimanda ai contributi, seppur un po' datati, ma comunque attuali nelle loro linee generali, di V. LECCESE, Giudici italiani e Corte di Giustizia: un dialogo a più velocità?, op. cit., pag. 65 e segg. e L. MENGHINI, L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99, in Riv. Giur. Lav., 1999, 2, pag. 209 e segg.; più recentemente, si veda M. NOVELLA, Il trasferimento di imprese, in F. CARINCI (diretto da), Diritto del Lavoro. Commentario, vol. IX, F. CARINCI e A. PIZZOFERRATO (a cura di), Diritto del lavoro dell'Unione Europea, 2010, Torino, pag. 709.

Fu quindi la Corte di Giustizia, nel corso degli anni '80, con la sentenza *Abels*¹⁵⁶⁸, a riconoscere la possibilità per gli Stati membri di disapplicare la medesima direttiva. Ciò, però, solo qualora il trasferimento fosse avvenuto «nell'ambito di un procedimento fallimentare mirante, sotto il controllo della competente autorità giudiziaria, alla liquidazione dei beni del cedente»¹⁵⁶⁹.

Tale conclusione sarebbe giustificata, secondo la Corte, dalla specificità del diritto fallimentare¹⁵⁷⁰, che ha come obiettivo quello di giungere al contemperamento di vari interessi, in particolare di quelli di diverse categorie di creditori¹⁵⁷¹. Tant'è che, proprio per tale loro specificità, disposizioni di matrice fallimentare derogano spesso, anche a livello europeo, a previsioni normative poste a tutela dei diritti dei lavoratori¹⁵⁷². Proprio per tale ragione, dunque, gli Stati membri sarebbero giustificati a dettare delle regole in ragione delle quali il paradigma di tutela passa dalla protezione del posto di lavoro alla tutela, seppur parziale, dei livelli occupazionali.

Nella stessa decisione, in ogni caso, la Corte di Giustizia poneva due limiti alla sua stessa statuzione di principio. In primo luogo, secondo tale pronuncia, gli Stati membri restavano comunque liberi di applicare la direttiva anche nell'ambito di una procedura con le caratteristiche di cui sopra¹⁵⁷³. In seconda battuta, la direttiva continuava a trovare piena applicazione qualora il trasferimento riguardasse una procedura concorsuale non liquidatoria, ma che mirasse, invece, alla continuazione dell'attività da parte del cedente¹⁵⁷⁴.

Tale conclusione peccava, forse, di eccessiva rigidità. La Corte di Giustizia, di fatto, ammetteva la disapplicazione della direttiva sull'assunto per cui, di fronte alla difficoltà di un'impresa a far fronte ai propri impegni nei confronti dei creditori, fosse ragionevole trovare una soluzione di compromesso, che traslasse il paradigma di tutela dei lavoratori dalla protezione del posto di lavoro alla tutela dei livelli occupazionali. Ma, a ben vedere, la ragione per cui molti imprenditori ricorrono ad una procedura concorsuale non direttamente liquidatoria consiste proprio nel fatto che esse consentono maggiori probabilità di risanare la propria impresa mediante la cessione di un ramo d'azienda ancora in continuità aziendale, così assicurando, seppur indirettamente, anche la tutela parziale dei livelli occupazionali.

Il legislatore comunitario ha quindi recepito i dettami della sentenza *Abels*, dapprima con l'introduzione dell'art. 4-*bis* della dir. 98/50/CE e, in seguito, con l'art. 5 della dir. 2001/23/CE oggi vigente. Peraltro, tali disposizioni sembrano tener conto delle perplessità sopra manifestate con riferimento alla possibile disapplicazione della disciplina protettiva nell'ambito di procedure non liquidatorie. Tant'è che oggi si ammette espressamente la possibilità di avere maggiori margini di

¹⁵⁶⁸ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-135/83, in Foro It., 1986, IV, 111, col. 111 e segg.

¹⁵⁶⁹ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 23.

¹⁵⁷⁰ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 16.

¹⁵⁷¹ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 15.

¹⁵⁷² Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 16.

¹⁵⁷³ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 24.

¹⁵⁷⁴ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punti 27-30. Il punto è stato confermato anche da altri tre casi decisi nello stesso giorno, Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-186/83, disponibile in EurLex, punti 8-10; Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-19/83, disponibile in EurLex, punti 10-11; Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-179/83, disponibile in EurLex, punti 6-8, così come da una decisione immediatamente successiva, Corte di Giustizia 11 luglio 1985, causa C-105/84, disponibile in EurLex, punti 9-10.

manovra, in termini di rimodulazione della disciplina protettiva di cui agli artt. 3 (mantenimento dei diritti del lavoratori) e 4 (divieto di licenziamento per il solo motivo del trasferimento) della dir. 2001/23/CE, anche nell'ambito di procedure non liquidatorie, purché esse siano sottoposte a controllo da parte della autorità pubblica. Pertanto, a differenza di quanto deciso dalla Corte di Giustizia nella sopracitata *Abels*, la disciplina europea sembra ammettere oggi che gli Stati membri possano riconoscere nel trasferimento d'azienda una via preferenziale d'uscita dalla crisi¹⁵⁷⁵, anche se, come si vedrà in seguito, le deroghe ammissibili, in tale situazione, sono comunque di minore portata rispetto a quelle permesse nel caso di procedure squisitamente liquidatorie. Inoltre, al fine di evitare che la ristrutturazione aziendale sia portata avanti dal datore di lavoro al solo scopo di estrarre benefici privati dal sacrificio dei diritti individuali dei dipendenti coinvolti, il legislatore europeo ha altresì previsto che alcune di queste deroghe possano essere disposte solo previo accordo con i rappresentanti dei lavoratori. Pertanto, nel caso di procedure non liquidatorie, la direttiva mira a tutelare il posto di lavoro dei dipendenti coinvolti, consentendo comunque che alcuni loro diritti vengano sacrificati per consentire al datore di lavoro maggiore flessibilità nell'approntare strategie finalizzate all'uscita dalla crisi.

L'art. 5 dir. 2001/23/CE distingue, oggi, tra tre diverse fattispecie, dettate rispettivamente dai primi tre commi del suddetto articolo. Al di là di tale terza ipotesi, che riguarda dei casi abbastanza particolari di crisi terze rispetto ad una procedura concorsuale, la direttiva detta, dunque, due discipline differenziate a seconda che la procedura sia o meno finalizzata alla liquidazione dei beni del soggetto cedente.

Il paragrafo 1 del suddetto articolo dispone che la disciplina protettiva della direttiva non trovi applicazione, a meno che gli Stati membri non dispongano diversamente, qualora ricorrano congiuntamente due requisiti. In primo luogo, il soggetto cedente deve essere soggetto ad una «procedura fallimentare o [ad] una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso». In aggiunta a ciò, tali procedure devono svolgersi «sotto il controllo di un'autorità pubblica competente».

Il paragrafo 2, invece, dispone che gli Stati membri possano prevedere che i datori di lavoro abbiano ulteriori margini di manovra, ma solo al ricorrere di due specifiche condizioni. In prima battuta, in ciò discostandosi da quanto previsto dal paragrafo 1, il soggetto cedente deve essere soggetto ad una procedura di insolvenza «indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso». In secondo luogo, tali procedure devono svolgersi, in ciò conformandosi al dettato del primo paragrafo, «sotto il controllo di un'autorità pubblica competente». Al ricorrere di tali condizioni, gli Stati membri possono disporre che:

a) nonostante l'art. 3, par. 1, dir. 2001/23/CE, «gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro e pagabili prima del trasferimento o prima dell'apertura della

¹⁵⁷⁵ Come precisato da S. LIEBMAN, La tutela differenziata dei creditori nelle procedure concorsuali. La tutela dei crediti di lavoro, Relazione al Convegno SISCO, 13 novembre 2004.

procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario», compresi quelli relativi al regime legale della previdenza sociale¹⁵⁷⁶, a condizione che sia garantita ai lavoratori una protezione «almeno equivalente» a quella della dir. 80/987/CE del Consiglio del 20 ottobre 1980 in tema di tutela dei lavoratori subordinati nelle procedure di insolvenza del datore di lavoro¹⁵⁷⁷; e/o

b) mediante un accordo collettivo tra il cedente e il cessionario, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, questi ultimi possano convenire «modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori» che siano funzionali a salvaguardare i livelli occupazionali garantendo, al contempo, la sopravvivenza dell'impresa¹⁵⁷⁸.

Infine, il paragrafo 3 del medesimo articolo 5 dispone che gli Stati membri possono applicare la disciplina descritta al precedente paragrafo *sub b)* anche a tutti quei trasferimenti in cui il cedente si trovi in una situazione di «grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale», a condizione che essa sia «dichiarata da un'autorità pubblica competente» e sia «aperta al controllo giudiziario», ma solo nel caso in cui tali disposizioni fossero già in vigore, nel diritto dello Stato membro in questione, alla data del 17 luglio 1998. Tale ipotesi riguarda, come già anticipato, situazioni di crisi terze rispetto ad una procedura concorsuale, ma che siano state ritenute, da parte del singolo Stato membro, come meritevoli di beneficiare di una disciplina derogatoria¹⁵⁷⁹.

Ciò premesso, diviene essenziale comprendere quale siano le implicazioni della complessa struttura prevista dal legislatore europeo.

Al fine di comprendere quale sia l'effettiva portata dei criteri per distinguere tra le tre fattispecie, come oggi identificate dai par. 1, 2 e 3 dell'art. 5 dir. 2001/23/CE, è necessario procedere all'analisi delle decisioni della Corte di Giustizia in materia.

Sul punto, occorre precisare che gran parte della giurisprudenza della Corte si è formata prima dell'introduzione della dir. 98/50/CE, che poi ha in parte recepito i criteri già delineati da parte dei giudici di Lussemburgo. Ai tempi, non esisteva una disciplina che distingueva tra l'ipotesi di

¹⁵⁷⁶ La questione è stata recentemente affrontata dalla sentenza *Gimnasio Deportivo*, Corte di Giustizia 28 gennaio 2015, causa C-688/2013, disponibile in EurLex, punti 53, 55 e spec. 59.

¹⁵⁷⁷ Essa prevede un meccanismo di garanzia per i lavoratori, con riguardo al pagamento delle retribuzioni maturate e non percepite in un determinato arco temporale a ridosso della manifestazione dell'insolvenza del datore di lavoro, così come definita dalla medesima direttiva. Si badi che la suddetta disciplina è oggi stata sostituita dalla dir. 2008/94/CE. Per una recente trattazione della disciplina sia europea che italiana in materia, si rimanda a D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in M. MARAZZA e D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, 2015, Torino, pag. 123 e segg.

¹⁵⁷⁸ Occorre precisare che la sentenza della Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 46, ha statuito, anche se con riferimento ad un caso avente ad oggetto una ipotesi che ricadeva nell'ambito dell'art. 5, par. 3, dir. 2001/23/CE, che la possibilità di procedere ad una modifica delle condizioni di lavoro «presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo». Tale precisazione pare ugualmente applicabile in generale a tutte le ipotesi previste nell'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE, posto che non riguarda specificamente le ipotesi di crisi individuate al par. 3 della direttiva - bensì l'opportunità di procedere, in generale, a qualsivoglia modifica delle condizioni di lavoro dei dipendenti coinvolti nel trasferimento. Le conseguenze di tale statuizione della Corte di Giustizia verranno affrontate infra ai paragrafi 4 e 5. Si badi che tale posizione dei giudici di Lussemburgo ha comunque sollevato critiche in dottrina: sul punto, si rimanda alla nota 77.

¹⁵⁷⁹ Tale eccezione sembrava esser stata introdotta ad hoc proprio per sanare le persistenti incompatibilità della disciplina italiana: sul punto, si vedano P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 2, pag. 403; M.L. SERRANO, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, op. cit., pag. 340 e L. MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, op. cit., pag. 299.

totale e parziale disapplicazione della relativa disciplina di tutela. Pertanto, il problema ermeneutico consisteva soltanto nel capire in quali circostanze si potesse o meno derogare *in toto* alla direttiva. Per risolvere i dubbi interpretativi relativi alla versione attualmente vigente della direttiva, cioè la 2001/23/CE, sembra in ogni caso fondamentale partire dall'analisi delle prime sentenze in materia, pur nella consapevolezza che esse sono state pronunciate sulla base di un quadro normativo parzialmente difforme rispetto a quello coevo.

A tal fine, le conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven presentate con riferimento alla sentenza *D'Urso*¹⁵⁸⁰, costituiscono, dal punto di vista analitico, un buon punto di partenza. Egli ha, infatti, delineato tre possibili criteri distintivi tra i casi di necessaria applicazione e di possibile disapplicazione delle regole della direttiva, che sono stati poi utilizzati a più riprese anche da successive pronunce della Corte di Giustizia.

Il primo guarda alla finalità della procedura¹⁵⁸¹. La direttiva può dunque essere disapplicata solo qualora il trasferimento d'azienda sia avvenuto nell'ambito di una procedura volta alla liquidazione dei beni del cedente. Per converso, ciò non è invece possibile in procedimenti che hanno come scopo quello di risolvere delle difficoltà temporanee del potenziale datore di lavoro cedente, posto che essi mirano al proseguimento dell'attività e il trasferimento costituisce soltanto un mezzo per ottenere le risorse necessarie per uscire dalla crisi. Tale criterio distintivo, cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha costantemente delegato il ruolo di criterio principe ai fini dell'ammissibilità o meno di qualsivoglia deroga alla suddetta disciplina protettiva¹⁵⁸², è oggi, peraltro, espressamente utilizzato dal testo della dir. 2001/23/CE per distinguere tra la possibilità di disapplicazione totale (par. 1 dell'art. 5) e parziale (par. 2 dell'art. 5) delle regole dettata dalla stessa direttiva a tutela dei lavoratori coinvolti nel trasferimento.

Il secondo criterio distintivo, invece, guarda alla tipologia di controllo esercitato dall'autorità pubblica. Secondo la lettura dell'avvocato generale, la disciplina protettiva può essere disapplicata solo qualora il controllo della competente autorità pubblica individuata dallo Stato membro sia esercitato in modo capillare, tanto sull'apertura quanto sullo svolgimento della procedura¹⁵⁸³. Sul

¹⁵⁸⁰ Nello specifico, si rimanda ai punti 22-24 delle Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, presentate il 30 maggio 1991, con riferimento alla sentenza *D'Urso*, cfr. Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89, in *Orient. Giur. Lav.*, 1992, I, pag. 178 e segg. L'avvocato generale razionalizza, nei fatti, il ragionamento della sentenza *Abels*, Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punti 23 e 28, estrapolando dal precedente della Corte di Giustizia una serie di criteri generali utili a distinguere i casi di possibile disapplicazione della direttiva da quelli in cui essa debba essere per forza applicata.

Per una recentissima analisi ragionata della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si rimanda, inoltre, ai punti 41-64 delle Conclusioni dell'avvocato generale P. Mengozzi, presentate il 29 marzo 2017, con riferimento alla sentenza *Federatie Nederlandse Vakvereniging*, cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017, causa C-126/16, disponibile in *EurLex*.

¹⁵⁸¹ Sul punto, si vedano le Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punto 22.

¹⁵⁸² Sul punto, si rimanda alle già citate Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punti 23 e 28 e Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., punti 24 e 26; ma anche alle successive Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, cit., punti 24-25; Corte di Giustizia 12 marzo 1998, causa C-319/94, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 621 e segg., punti 22-25 e 31; Corte di Giustizia 12 novembre 1998, causa C-399/96, in *Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 106 e segg., punto 28; Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punti 47-48.

¹⁵⁸³ Sul punto, si vedano le Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punto 23. Tale impostazione, già adottata da Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 28, è stata successivamente confermata da Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., punto 24. Escludono che tale requisito possa considerarsi soddisfatto con riferimento alla procedura di accertamento dello stato di «crisi aziendale» di cui alla normativa italiana, proprio perché esso non implica alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa, Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, cit., punto 29, ma soprattutto Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., spec. punti 38 e 39.

punto, occorre precisare che non è necessario che tale controllo da parte dell'autorità pubblica competente abbia natura giurisdizionale. Pertanto, la disciplina protettiva può ben essere disapplicata anche quando esso sia esercitato da un'autorità amministrativa¹⁵⁸⁴. Tale elemento, già peraltro evidenziato dalla sentenza *Abels*¹⁵⁸⁵ e ribadito dalla Corte di Giustizia in *D'Urso*¹⁵⁸⁶, è anch'esso oggi espressamente previsto dalla dir. 2001/23/CE. Sul punto, occorre comunque notare che esso ricorre, seppur con toni diversi, perlomeno dal punto di vista letterale, nelle ipotesi delineate dai paragrafi 1 e 2, da un lato, e 3, dall'altro, dell'art. 5 dir. 2001/23/CE: tale questione sarà smarcata al termine di questo paragrafo.

Il terzo criterio distintivo, non espressamente valorizzato dalla sentenza *Abels*¹⁵⁸⁷, guarda, invece, alle forme e alle modalità di svolgimento della procedura¹⁵⁸⁸. Tale criterio assume, a ben vedere, un ruolo residuale: secondo la Corte di Giustizia, infatti, occorre utilizzarlo, solo qualora il criterio dello scopo perseguito dalla procedura non sia concludente¹⁵⁸⁹. Ciò accade, in particolare, nell'ambito di quelle procedure che, a seconda delle circostanze, possano essere utilizzate dai privati sia per perseguire l'obiettivo della liquidazione del patrimonio aziendale che quello della continuazione dell'attività. In tali casi, non vi sarebbero, dunque, degli elementi per determinare, sin dal principio della procedura e in maniera univoca, quale sia la finalità effettiva del singolo procedimento in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, se non, appunto, il riferimento alle modalità di svolgimento della procedura¹⁵⁹⁰. Tale criterio non sembra assumere un ruolo determinante, invece, quando la finalità liquidatoria o meno di una procedura, pur astrattamente compatibile con entrambe, sia comunque oggettivamente riscontrabile nel provvedi-

Una conclusione analoga è stata raggiunta dalla recente Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punti 53-57, che ha escluso che il requisito del controllo dell'autorità pubblica potesse considerarsi soddisfatto nell'ambito di un c.d. "pre-pack", procedura sviluppatasi nella prassi dei Paesi Bassi, caratterizzata da elementi informali (una fase stragiudiziale preliminare) e da elementi formali (una fase che si svolge nell'ambito di una vera e propria procedura di insolvenza), che offre alle imprese uno strumento flessibile per la gestione di una situazione di crisi - per una spiegazione esaustiva del funzionamento di tale procedura, si rimanda alle Conclusioni dell'avvocato generale P. Mengozzi, cit., punti 2-5 e, soprattutto, 66-86. Sul punto, la Corte di Giustizia ha escluso che il requisito del controllo dell'autorità pubblica potesse ritenersi soddisfatto in ragione del fatto che, tra le altre cose, l'operazione di pre-pack fosse gestita non sotto il controllo del tribunale, bensì direttamente dall'organo amministrativo dell'impresa, cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punto 54.

¹⁵⁸⁴ Sul punto, si veda quanto argomentato nelle conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punto 27, con riguardo alla procedura di amministrazione straordinaria italiana. Secondo tale lettura, qualora le peculiarità di una specifica procedura richiedano scelte di gestione che non sono compatibili con la funzione giudiziaria, la circostanza per cui il controllo sia di natura amministrativa non rileva ai fini della possibile disapplicazione di quanto previsto dalla dir. 2001/23/CE. Tale impostazione è stata implicitamente confermata dalla stessa Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., che ha ammesso che la disapplicazione disciplina di tutela dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda operante nell'ambito della procedura italiana di amministrazione straordinaria, a condizione che essa abbia una finalità liquidatoria.

¹⁵⁸⁵ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 28.

¹⁵⁸⁶ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., punto 24.

¹⁵⁸⁷ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit.

¹⁵⁸⁸ Sul punto, si vedano sempre le Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punti 24 e 28.

Più recentemente, con riferimento ad una procedura di pre-pack portata avanti nei Paesi Bassi, si rimanda alle Conclusioni dell'avvocato generale P. Mengozzi, cit., punti 79-84. Si badi che tali conclusioni non sono poi state espressamente valorizzate dalla successiva sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., che ha però utilizzato parte di tali argomentazioni per concludere che, nell'ambito di tale operazione, non possa invece ritenersi soddisfatto il requisito, espressamente previsto dalla dir. 2001/23/CE, del controllo da parte dell'autorità pubblica.

¹⁵⁸⁹ Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 28.

¹⁵⁹⁰ Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punti 24-28 e Corte di Giustizia 12 novembre 1998, cit., punti 28-35.

mento che ammette una determinata impresa alla relativa procedura. Tale conclusione è giustificata dalle stesse statuizioni della Corte di Giustizia che, nelle sentenze *D'Urso* e *Spano*, ha chiarito che non sorgono dubbi sulla classificazione di una procedura in base alla sua finalità quando emerge sin dall'inizio se tale procedura mira alla liquidazione o alla continuazione dell'attività di impresa, come accade, appunto, nell'ambito dell'ordinamento italiano, nel caso del decreto che dispone l'amministrazione straordinaria¹⁵⁹¹. Qualora questo non sia il caso, dalle modalità di svolgimento della procedura possono essere ricavati degli indici che siano funzionali ad accertare se le sue regole comportino o meno la prosecuzione dell'attività di impresa nelle more del trasferimento d'azienda¹⁵⁹². In tali circostanze, la disciplina di tutela dei lavoratori in materia di trasferimento d'azienda può essere disapplicata solo qualora, in base ad una sorta di giudizio di assimilazione, la procedura presenti, con riferimento alle sue modalità di svolgimento, delle analogie con il fallimento, procedura con finalità liquidatorie per eccellenza. Nel portare avanti tale giudizio, l'avvocato generale, prima, e la Corte di Giustizia, poi, hanno valorizzato la circostanza che il debitore abbia o meno poteri di amministrazione e disposizione dei beni¹⁵⁹³, le caratteristiche della persona del liquidatore¹⁵⁹⁴, il fatto che esista una procedura di accertamento del passivo sotto il controllo del tribunale¹⁵⁹⁵, la possibilità che un creditore sia titolato, in linea di principio, a procedere individualmente all'esecuzione forzata contro l'imprenditore¹⁵⁹⁶. Tale criterio, non menzionato espressamente nel testo dell'art. 5 della dir. 2001/23/CE, costituisce, pertanto, soltanto un parametro interpretativo ancillare a quello della finalità della procedura.

Al termine di tale analisi giurisprudenziale, possono trarsi le seguenti conclusioni con riguardo al distinguo tra la disciplina del primo e del secondo paragrafo di cui all'art. 5 della dir. 2001/23/CE oggi vigente.

In entrambi i casi, la direttiva richiede che la procedura si sia svolta «sotto il controllo di un'autorità pubblica competente». Pertanto, tale criterio non assume alcun rilievo ai fini di tale distinguo.

La partita, dunque, si gioca sulla sussistenza o meno della finalità liquidatoria della procedura, ora espressamente prevista dall'art. 5 della dir. 2001/23/CE, posto che anche il terzo criterio, cioè quello delle modalità di svolgimento, costituisce, di fatto, un criterio interpretativo ausiliario rispetto a quello dell'obiettivo della procedura.

¹⁵⁹¹ Sul punto, Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., punti 27-30 e Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, cit., punto 25.

¹⁵⁹² Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 31 e Corte di Giustizia 12 novembre 1998, cit., punti 28 e 32.

¹⁵⁹³ In tal senso, conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punti 24 e 28, secondo cui sarebbe necessario, ai fini della disapplicazione della direttiva, l'introduzione di una certa forma di amministrazione o di curatela per la determinazione della massa e la monetizzazione dell'attivo e il saldo del passivo, cui corrisponde la circostanza per cui il debitore venga privato di ogni potere di disponibilità e amministrazione.

¹⁵⁹⁴ Se il liquidatore è un organo della società e non un soggetto terzo, ovvero se la nomina dello stesso spetta agli organi dell'impresa e non ad un giudice, tendenzialmente la disciplina protettiva si applica, come precisato da Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 29 e Corte di Giustizia 12 novembre 1998, cit., punto 33.

¹⁵⁹⁵ Se non esiste una siffatta procedura, tendenzialmente la disciplina protettiva si applica: sul punto, Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 29.

¹⁵⁹⁶ Se ciò è possibile, tendenzialmente la disciplina protettiva si applica, come sottolineato da Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 29.

Concludendo sul punto, sembra che il richiamo al carattere liquidatorio della procedura debba essere letto, nell'interpretazione fattane dalle sentenze della Corte di Giustizia in materia, in termini funzionali¹⁵⁹⁷. Ciò significa che la disciplina protettiva dei lavoratori, di cui agli artt. 3 e 4 della dir. 2001/23/CE, potrà essere disapplicata anche *in toto* solo quando la procedura in oggetto esprima l'obiettivo di destinare il patrimonio aziendale a fungere da risorsa patrimoniale per la soddisfazione del ceto creditorio. Quando, invece, la procedura miri a utilizzare il patrimonio aziendale del cedente come risorsa patrimoniale per la continuazione dell'esercizio dell'attività imprenditoriale da parte dello stesso, allora saranno ammissibili soltanto le più timide deroghe previste dalla disciplina dell'art. 5, par. 2, della dir. 2001/23/CE.

Per quanto concerne, invece, i criteri di accesso alla disciplina di cui al par. 3 del medesimo articolo, la finalità e le modalità di svolgimento della procedura non assumono alcun rilievo. Sul punto, è necessario che il cedente si trovi in una situazione di «grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale» dichiarata da un'autorità pubblica competente e che essa sia «aperta al controllo giudiziario». Dall'analisi del dato letterale, sembra che la direttiva si accontenti, in tali casi, di un controllo meno stringente rispetto a quello previsto dai primi due commi dell'art. 5 della medesima, posto che in tali casi si richiede che la procedura si sia svolta «sotto il controllo di un'autorità pubblica competente». In realtà, la Corte di Giustizia ha interpretato anche l'espressione contenuta nel par. 3 nel senso di ritenere necessaria la sussistenza di un «controllo costante»¹⁵⁹⁸. Ciò ha comportato che, nei fatti, il controllo richiesto in tale ipotesi sia praticamente analogo a quello cui fanno riferimento i primi due commi dell'art. 5 dir. 2001/23/CE¹⁵⁹⁹.

Concludendo sul punto, la Corte di Giustizia ritiene, dunque, che il criterio del controllo, esercitato in modo capillare, tanto sull'apertura quanto sullo svolgimento della procedura, costituisca un requisito imprescindibile di accesso a tutte le fattispecie derogatorie previste dall'art. 5 dir. 2001/23/CE, nessuna esclusa.

3. Il punto sulla disciplina italiana: dalle censure della Corte di Giustizia alla versione oggi vigente dell'art. 47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990.

Come già anticipato in apertura, l'art. 47 l. n. 428 del 1990 detta la disciplina italiana, in attuazione di quella europea, relativa al trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁷ Sul punto, si veda già U. CARABELLI, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in op. cit., pag. 71.

¹⁵⁹⁸ La Corte di Giustizia ha infatti precisato che la disposizione in questione «presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente», cfr. Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 47.

¹⁵⁹⁹ Tale soluzione interpretativa sembra, in ogni caso, sollevare qualche dubbio. Si fa fatica a comprendere, infatti, in assenza di ulteriori argomentazioni a favore di tale conclusione, come due espressioni che hanno una portata letterale evidentemente diversa possano essere interpretate nello stesso senso. Tant'è che, sulla scorta di tali perplessità, ritiene che il requisito della mera apertura al controllo giudiziario si sarebbe potuto «ritener[e] probabilmente soddisfatto ove il provvedimento di accertamento dello stato di crisi sia suscettibile di impugnazione davanti all'autorità giudiziaria», come accade per l'ipotesi di «stato di crisi» prevista dalla legge italiana, C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 242; condiziona tali obiezioni anche M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pagg. 345 e 353-354.

¹⁶⁰⁰ Per una ricostruzione diacronica dell'evoluzione della disciplina italiana sino al 2010 si rimanda all'attento excursus di M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pag. 325 e segg.

Nella sua originaria formulazione, tale disposizione prevedeva, al co. 5, una serie di fattispecie, tra cui quella all'accertamento dello stato «crisi aziendale» ai fini della concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale¹⁶⁰¹, che consentivano, previo accordo tra cedente, cessionario e rappresentanti dei lavoratori, la disapplicazione dell'art. 2112 Cod. Civ.

Tale disposizione è stata più volte censurata dai giudici di Lussemburgo, nella misura in cui essa estendeva le possibili deroghe alla disciplina protettiva oltre il dovuto con riferimento all'ipotesi di «crisi aziendale». In particolare, tra i vari profili di incompatibilità rilevati, la Corte di Giustizia ha statuito che il procedimento di accertamento dello stato di crisi non presuppone quel controllo necessario e costante da parte della pubblica autorità in linea con quanto previsto dalla disciplina europea¹⁶⁰².

Il legislatore è quindi intervenuto, prima nel 2009 e poi nel 2012¹⁶⁰³, a modificare l'art. 47 l. n. 428 del 1990 che oggi distingue, almeno teoricamente in linea con quanto previsto dall'art. 5 dir. 2001/23/CE, tra due diverse fattispecie, idonee a derogare totalmente (co. 5) o parzialmente (co. 4-*bis*) alla disciplina protettiva dei lavoratori nell'ambito di trasferimenti d'azienda dettata, in Italia, dall'art. 2112 Cod. Civ.

Ciò premesso, è ora opportuno procedere all'analisi della disciplina oggi vigente in Italia, cioè quella prevista dai commi 4-*bis* e 5 della l. n. 428 del 1990.

Il co. 5 prevede, formalmente in linea con quanto previsto dall'art. 5, par. 1, dir. 2001/23/CE, che la suddetta disciplina protettiva non trova applicazione, «salvo che dall'accordo [si veda *infra*] risultino condizioni di miglior favore» qualora ricorrano congiuntamente due requisiti. Il primo consiste nel fatto che il soggetto cedente debba essere soggetto ad una delle seguenti procedure concorsuali: a) fallimento, a condizione che vi sia stata la dichiarazione di fallimento; b) concordato preventivo, già omologato e consistente nella cessione dei beni; c) liquidazione coatta amministrativa, qualora sia già stato emanato il relativo provvedimento; o d) amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata. Il secondo è che, nell'ambito della consultazione con le organizzazioni sindacali di cui ai precedenti commi dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, «sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione».

¹⁶⁰¹ La disposizione rimanda all'art. 2, co. 5, lettera c), della l. 12 agosto 1977, n. 675, secondo cui la competenza ad adottare tale provvedimento era del CIPI. Tale organismo non esiste più e la relativa competenza è passata al Ministero del Lavoro. Sul punto, si rimanda a G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 594. Il procedimento da seguire per la concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale per le causali di crisi aziendale è oggi disciplinato dall'art. 25 d.lgs. n. 148 del 2015, mentre i criteri da seguire per l'accertamento dello stato di crisi aziendale sono enucleati dal d.m. 18 dicembre 2002 del Ministero del Lavoro, come modificato dal d.m. 15 dicembre 2004 dello stesso Ministero del Lavoro, che riporta, peraltro, tutti i riferimenti normativi relativi all'attribuzione di tale competenza al Ministero del Lavoro.

¹⁶⁰² Si vedano, sul punto, Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, cit., spec. punti 29 e 36, pronuncia giunta al termine di un rinvio pregiudiziale da parte del pretore di Lecce, e Corte di Giustizia 11 giugno 2009, C-561/07, cit., spec. punti 38, 39 e 47, sentenza arrivata a conclusione di una procedura d'infrazione aperta contro lo Stato italiano da parte della Commissione: per un'analisi dettagliata delle motivazioni di questa decisione si rimanda, ancora, a M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pag. 342 e segg.

¹⁶⁰³ La nuova versione dell'art. 47 l. n. 428 del 1990 è stata introdotta con l'art. 19-quater, co. 1, lett. a), d.l. n. 135/2009, convertito con modificazioni con l. n. 166 del 2009, di recedente modificata dall'art. 46, co. 2, d.l. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134 del 2012.

Pertanto, la disciplina italiana, richiedendo la necessità di tale accordo collettivo, impone un requisito ulteriore, rispetto a quanto previsto dall'art. 5, par. 1, dir. 2001/23/CE, per poter attivare l'effetto derogatorio della relativa disciplina di tutela. La disposizione prevede, inoltre, che tale accordo può comunque disporre che «il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante»¹⁶⁰⁴.

Il co. 4-*bis*, invece, prevede, formalmente in linea con quanto previsto dall'art. 5, co. 2 e 3, dir. 2001/23/CE, che la disciplina protettiva trova applicazione «nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo [vedi *infra*]», a due condizioni. La prima è che il cedente debba essere soggetto ad una delle seguenti procedure concorsuali: a) amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività; b) concordato preventivo, qualora vi sia già stata la dichiarazione di apertura; o c) accordo di ristrutturazione dei debiti, con riferimento al quale vi sia già stata l'omologazione - ovvero d) nel caso in cui sia stato accertato lo stato di «crisi aziendale» ai fini della concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale¹⁶⁰⁵. La seconda è che deve esser stato raggiunto un «accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione».

In merito all'analisi della normativa italiana, sorgono due diverse questioni.

La prima, relativa alla scelta, relativa all'individuazione delle diverse fattispecie derogatorie previste dal co. 5 e dal co. 4-*bis*, dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, la cui correttezza deve essere valutata ammettendo le più ampie deroghe solo per quelle procedure funzionali a destinare il patrimonio aziendale a fungere da risorsa patrimoniale per la soddisfazione del ceto creditorio. Non è questa la sede per adempiere appieno a questo compito, posto che ciò richiederebbe un'attenta analisi delle caratteristiche di ciascuna procedura, di specifiche disposizioni fallimentari rilevanti in materia¹⁶⁰⁶ e ai loro rapporti con l'art. 47 l. n. 428 del 1990¹⁶⁰⁷, cosa che, dopo questa lunga analisi normativa e giurisprudenziale, probabilmente finirebbe per annoiare il lettore. In ogni caso, si ritornerà brevemente sul punto al termine di questo contributo, per evidenziare come, anche a seguito delle più recenti novelle, la disciplina italiana sia tuttora suscettibile di possibile non conformità rispetto a quanto previsto in materia dal legislatore europeo e dalla Corte di Giustizia con riferimenti all'accordo di ristrutturazione dei debiti e all'ipotesi della «crisi aziendale».

Ciò non toglie che resta spazio sufficiente per affrontare l'interessante questione relativa al distinguo tra l'ampiezza della deroghe ammesse dal co. 5 e dal co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1990. Sul punto, in ragione della poco chiara formulazione del dato normativo, sono sorti interessanti dilemmi interpretativi, che hanno portato la giurisprudenza di merito ad interrogarsi sull'effettiva portata applicativa delle due disposizioni e sulla loro compatibilità rispetto al quadro normativo europeo sopra delineato. La questione sembra, peraltro, interessante, anche perché ha riguardato una vicenda che ha avuto vasta eco, anche mediatica, nel panorama dell'economia

¹⁶⁰⁴ Tale assunto non sembra avere carattere effettivamente precettivo rispetto alla prima parte della disposizione normativa. La circostanza per cui il personale eccedentario possa rimanere alle dipendenze del cedente è implicita nella possibilità per le parti dell'accordo di disapplicare l'art. 2112 Cod. Civ.

¹⁶⁰⁵ Sebbene tutte le ipotesi menzionate siano previste in attuazione di quanto previsto dal par. 2 dell'art. 5 dir. 2001/23/CE, lo stato di crisi aziendale costituisce una delle ipotesi in applicazione di quanto previsto al par. 3 del medesimo articolo.

¹⁶⁰⁶ Dettate dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267 con riferimento al fallimento al concordato preventivo e, perlomeno, dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 con riguardo all'amministrazione straordinaria.

¹⁶⁰⁷ Per una analisi approfondita di tali questioni, si rimanda a M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 43 e segg.

e delle relazioni industriali italiane, che evidenzia chiaramente le problematiche sollevate nella prima parte di quest'elaborato. Ma procediamo con ordine.

4. La giurisprudenza di merito italiana alla prova dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Il caso Alitalia-Ethiad.

L'art. 47, co. 5, l. n. 428 del 1990, in linea con quanto disposto dal par. 1 dell'art. 5 dir. 2001/23/CE, prevede che «ai lavoratori il cui rapporto continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile». Per converso, l'art. 4-*bis* dispone che quest'ultimo trova applicazione «nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo» collettivo.

La portata della disposizione italiana pare, dunque, particolarmente ampia, tant'è che il suo tenore letterale sembrerebbe ammettere finanche la totale disapplicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., ivi compresa, dunque, la deroga al principio di automatica continuazione dei rapporti di lavoro in capo al cessionario e di divieto di licenziamento motivato dal trasferimento, anche nelle ipotesi enumerate dal co. 4-*bis* del suddetto art. 47, sempre a condizione che ciò sia espressamente previsto dall'accordo collettivo¹⁶⁰⁸.

Tant'è che, sul punto, perlomeno inizialmente, si sono registrati nella giurisprudenza di merito due orientamenti. Peraltro, tale diversità di vedute si è palesata con riferimento alla medesima operazione di ristrutturazione aziendale, avvenuta nel corso del 2014, cioè quella relativa alla nota vicenda del "salvataggio" di Alitalia nell'ambito della *partnership* con Ethiad Airways.

Sembra interessante, dunque, procedere all'analisi della vicenda, che ha sollecitato la giurisprudenza di merito italiana a dare una serie di risposte alle problematiche interpretative sopra individuate.

Nel maggio del 2014, la società Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.A. (Alitalia CAI) concludeva un accordo quadro con la società Ethiad Airways (Ethiad), nel contesto di una *partnership* internazionale con quest'ultima, con l'obiettivo di porre fine ad una situazione di grave difficoltà della compagnia di bandiera. Tale accordo prevedeva, come condizione per la riuscita dell'operazione, la costituzione di una nuova società, la Alitalia - Società Aerea Italiana S.p.A. (Alitalia SAI). In ragione di ciò, Alitalia CAI si obbligava a trasferire l'intero complesso aziendale riguardante il trasporto aereo ad Alitalia SAI, ma solo dopo aver licenziato un certo numero di lavoratori considerati in esubero.

Alitalia CAI, che versava in uno stato di «crisi aziendale» che permette di accedere alla disciplina derogatoria di cui all'art. 47, co. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990, attivava, dunque, una serie di procedure di licenziamento collettivo volte al licenziamento dei dipendenti considerati in esubero.

¹⁶⁰⁸ La conferma della possibile correttezza di una siffatta interpretazione trova ulteriore riscontro anche in quella parte del co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1990 che dispone che, per accedere alla disciplina derogatoria ivi prevista, occorra raggiungere un «accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione».

La circostanza per cui il testo del co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1998 possa ammettere, nella sua portata letterale, la possibilità, per le parti dell'accordo collettivo, di disporre deroghe amplissime è stata già puntualmente sottolineata in dottrina. Sul punto, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 65; P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, op. cit., pag. 224; V. ANIBALLI, Trasferimento di ramo d'azienda e procedure concorsuali, op. cit., pagg. 358-359; C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 243; P. LAMBERTUCCI, Il trasferimento di azienda in crisi, in Lav. Giur., 2010, 11S, pt. 1, pagg. 70-71.

Successivamente, Alitalia CAI avviava la procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47 l. n. 428 del 1990, comunicando alle OO. SS. l'intenzione di procedere alla cessione alla neo costituita Alitalia SAI dell'intero complesso aziendale riguardante il trasporto aereo. Esperita tale procedura obbligatoria e raggiunto un accordo con i sindacati per il mantenimento parziale dei livelli occupazionali, il trasferimento d'azienda aveva quindi luogo.

A seguito di tali vicende, alcuni dipendenti licenziati da Alitalia CAI nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo hanno depositato, innanzi ai Tribunali di Roma e Milano, una serie di ricorsi, sostenendo che tali licenziamenti fossero nulli ex artt. 2112, co. 4, Cod. Civ. e 4 dir. 2001/23/CE, perché motivati dal trasferimento d'azienda.

La difesa di Alitalia CAI e SAI, dal canto suo, eccepiva che tali licenziamenti fossero perfettamente validi alla luce del tenore letterale dell'art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990. Secondo le società resistenti, infatti, il divieto di licenziamento motivato dal trasferimento d'azienda non poteva operare nel caso di specie, in quanto era stato dichiarato lo stato di «crisi aziendale» di Alitalia CAI ed era stato concluso un accordo sindacale che aveva previsto espressamente la possibilità di licenziare i dipendenti in esubero al fine di facilitare la cessione dell'azienda e il mantenimento parziale dell'occupazione. In ragione di ciò, Alitalia CAI non avrebbe fatto altro che ricorrere legittimamente allo strumento di cui all'art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990, sul presupposto che esso giustificasse ogni più ampia deroga all'art. 2112 Cod. Civ.

Con la prima decisione relativa a tale vicenda, il Tribunale di Roma statuiva che un accordo concluso ex art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990 potesse legittimamente limitare gli effetti dell'art. 2112 Cod. Civ. al solo personale a tempo indeterminato specificamente indicato nello stesso¹⁶⁰⁹, così ammettendo la possibilità che si potesse procedere, nell'ambito di un siffatto accordo sindacale, alla perimetrazione dei dipendenti afferenti all'azienda ceduta, disapplicando per intero il disposto dell'art. 2112 Cod. Civ.

Tale conclusione, sebbene astrattamente coerente con la portata letterale del co. 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, solleva, a dire il vero, parecchie perplessità. Infatti, come già sottolineato in apertura di paragrafo, il potenziale ambito di applicazione della deroga disegnato dalla disciplina italiana sembra essere molto più ampio di quello ammesso dal legislatore europeo che, a differenza di quello nostrano, ha consentito agli Stati membri, in caso di procedure concorsuali con finalità non liquidatorie che si svolgano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, soltanto di:

¹⁶⁰⁹ Sul punto, si veda Trib. Roma, ord., 27 maggio 2015, in *Il Giuslavorista*, 11 settembre 2015. La ricorrente chiedeva al Tribunale di Roma di essere reintegrata in Alitalia SAI, quale cessionaria dei beni e di tutto il personale di Alitalia CAI. Nel respingere il ricorso della dipendente dichiarando il difetto di legittimazione passiva in giudizio di Alitalia SAI, l'ordinanza del Tribunale di Roma non argomentava comunque in maniera diffusa le ragioni sottostanti alla soluzione ermeneutica adottata, secondo cui l'accordo sindacale potesse legittimamente limitare l'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ. Essa, infatti, si limitava a riportare il testo dell'art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990 e ad accertare che lo stato di «crisi aziendale» di Alitalia CAI fosse stato dichiarato dagli organi competenti e che fosse stato concluso un accordo avente ad oggetto il mantenimento anche parziale dell'occupazione.

Nel senso che le parti sindacali possano procedere a derogare all'art. 2112 Cod. Civ., selezionando il personale da trasferire e disapplicando il principio di continuità dei rapporti di lavoro con il cessionario, si pone anche Trib. Roma 6 maggio 2016, in *De Jure*. Tale decisione non si riferisce, comunque, alla vicenda Alitalia-Ethiad, bensì ad un trasferimento d'azienda avvenuto nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria che prevedeva la continuazione o la mancata cessazione dell'attività, ipotesi che trova anch'essa collocazione normativa nell'ambito del co. 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990.

a) ammettere che gli obblighi del cedente nei confronti dei lavoratori trasferiti, con riferimento al periodo antecedente al trasferimento o all'apertura della procedura di insolvenza, non siano trasferiti al cessionario (art. 5, par. 2, lett. a), dir. 2001/23/CE); e/o

b) prevedere che il cedente e il cessionario, da un lato, e ai rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire «modifiche delle condizioni di lavoro» (art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE).

Peraltro, occorre precisare che, nel caso di situazioni quale la «crisi aziendale» di cui al co. 4-*bis* di cui all'art. 47 l. n. 428 del 1990 in cui si trovava ai tempi Alitalia CAI, sarebbero ammissibili soltanto le deroghe di cui alla lett. b), ma non invece quelle di cui alla lett. a), proprio perché essa costituisce una di quelle situazioni di «grave crisi economica qual[i] definit[e] dal diritto nazionale» di cui all'art. 5, par. 3, dir. 2001/23/CE.

Tant'è che, proprio in ragione del dovere incombente sui giudici italiani di interpretare l'art. 47, co. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990 conformemente al diritto europeo¹⁶¹⁰, un secondo orientamento, ad oggi maggioritario, ha poi ribaltato la soluzione interpretativa inizialmente adottata dal Tribunale di Roma¹⁶¹¹. Tali decisioni, infatti, hanno accolto le doglianze dei dipendenti di Alitalia CAI licenziati nell'ambito delle procedure di licenziamento collettivo precedenti al trasferimento del suddetto complesso aziendale ad Alitalia SAI, ordinando la loro reintegrazione presso la cessionaria. Ciò sul presupposto che tali licenziamenti costituissero la condizione necessaria per il trasferimento dell'azienda, in quanto l'accordo quadro espressamente prevedeva che, se non fosse stato licenziato in certo numero di lavoratori in esubero, Ethiad non avrebbe accettato la *partnership*, Alitalia SAI non sarebbe stata costituita e il trasferimento della suddetta azienda non sarebbe mai avvenuto. Tale circostanza, pertanto, determinava la nullità dei licenziamenti intimati ai ricorrenti, proprio perché il motivo posto a fondamento degli stessi era costituito dalla necessità di Alitalia CAI di procedere al trasferimento della suddetta azienda, priva dei dipendenti in esubero, alla cessionaria Alitalia SAI, in violazione dell'art. 2112, co. 4, Cod. Civ.¹⁶¹².

Tali decisioni, dunque, sembrano aver chiarito l'effettiva portata del distinguo tra la disciplina derogatoria dei commi 4-*bis* e 5 dell'art. 47 l. n. 428 del 1990. Infatti, proprio in ragione dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo gravante sul giudice nazionale, «deve ritenersi che i due commi si riferiscano a situazioni tra loro diverse e stabiliscano una diversa disciplina e in particolare che: il co. 4-*bis*, per le aziende in stato di crisi, e le altre situazioni previste

¹⁶¹⁰ Evidenza per prima, con riferimento alla vicenda Alitalia-Ethiad, la necessità di un'interpretazione della disposizione italiana conforme al diritto europeo, Trib. Milano 15 ottobre 2015, disponibile su Wikilabour. Nello stesso senso, anche Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, in Il Giuslavorista, 13 Maggio 2016, con nota di G. BELLIGOLI, Deroga al divieto dei licenziamenti nei trasferimenti d'azienda: ambito di operatività e Trib. Milano 6 giugno 2016, in Pluris, che si distingue per chiarezza e puntualità delle argomentazioni. Tale necessità era comunque già stata sottolineata anche da Trib. Busto Arsizio 17 dicembre 2014, disponibile su Wikilabour.

¹⁶¹¹ Nell'ordine, Trib. Milano 15 ottobre 2015, cit.; Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, cit.; Trib. Milano 6 giugno 2016, cit.; Trib. Milano, 5 settembre 2016, in Pluris.

¹⁶¹² Sul punto, si rimanda a Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, cit., e Trib. Milano 6 giugno 2016, cit.

La sentenza "capostipite" di tale filone interpretativo, cioè Trib. Milano 15 ottobre 2015, cit., si distingue dalla successiva in quanto la reintegra della ricorrente viene ordinata sulla base di un licenziamento nullo non perché in violazione del divieto di licenziamento di cui all'art. 2112, co. 4, Cod. Civ., ma perché intimato nel periodo protetto di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 198 del 2006. La doglianza della nullità del licenziamento per violazione del divieto di licenziamento di cui all'art. 2112, co. 4, Cod. Civ. era comunque stata avanzata dal ricorrente. Il Giudice l'ha però ritenuta assorbita dall'altro vizio di nullità riscontrato.

dalla norma, consente solo una parziale deroga all'applicazione dell'art. 2112 c.c., con possibilità che l'accordo sindacale stabilisca modifiche peggiorative alle condizioni di lavoro dei lavoratori passati al cessionario e con esclusione della solidarietà tra cedente e cessionario per i debiti che i lavoratori avevano al momento del trasferimento, ma presuppone che i lavoratori transitino al cessionario; il co. 5 per le aziende in stato di insolvenza, e per gli altri casi indicati, prevede che l'accordo possa derogare all'art. 2112 c.c.»¹⁶¹³.

5. Procedure non liquidatorie e «crisi aziendale»: gli angusti confini della possibile deroga alla disciplina protettiva di cui all'art. 2112 Cod. Civ.

Tirando le somme e astraendo il discorso dall'ipotesi di «crisi aziendale» che ha riguardato la vicenda Alitalia-Ethiad, è ora possibile chiarire definitivamente quale siano le deroghe all'art. 2112 Cod. Civ. che le parti dell'accordo sindacale possano concordare nelle ipotesi enumerate dal comma 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990.

Da un lato, si è definitivamente chiarito che, in tali casi, non è sicuramente ammessa né la deroga al principio di automatica continuazione dei rapporti di lavoro in capo al cessionario¹⁶¹⁴ né, tantomeno, a quello del divieto di licenziamento per il solo motivo del trasferimento¹⁶¹⁵. Dall'altro, la giurisprudenza di merito ha precisato che è possibile derogare alla disciplina protettiva della direttiva 2001/23/CE con riferimento al trasferimento di alcuni obblighi pregressi del cedente al cessionario e che, in ogni caso, è ammessa la modifica delle «condizioni di lavoro» dei lavoratori interessati dal trasferimento¹⁶¹⁶.

Sul primo punto, le parti dell'accordo sindacale ben potranno prevedere che i crediti trasferiti possano essere vantati solo ed esclusivamente nei confronti del cedente e non del cessionario, con conseguente liberazione di quest'ultimo dalla responsabilità, solidale con il cedente, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento, prevista dall'art. 2112, co. 2, Cod. Civ.¹⁶¹⁷.

¹⁶¹³ Il virgolettato è un estratto della decisione del Trib. Milano 6 giugno 2016, cit.

In realtà, sebbene la statuizione di principio di tale decisione sia totalmente condivisibile, occorre ribadire che, nel caso «crisi aziendale» di cui al co. 4-bis di cui all'art. 47 l. n. 428 del 1990, le uniche deroghe possibili sono quelle relative alla modifica delle «condizioni di lavoro». Infatti, come rilevato poc'anzi, l'esclusione della responsabilità solidale tra cedente e cessionario può operare solo in presenza di un accordo sindacale, concluso nell'ambito di procedure concorsuali non liquidatorie, ma comunque soggette al controllo dell'autorità pubblica competente, di cui all'art. 5, par. 2, dir. 2001/23/CE.

¹⁶¹⁴ Sul punto, si veda la chiara statuizione di Trib. Milano 15 ottobre 2015, cit.

¹⁶¹⁵ Tra le sentenze già citate, si rimanda alle motivazioni di Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, cit.

¹⁶¹⁶ Si rimanda sempre, poiché si distingue positivamente per chiarezza espositiva e per correttezza delle argomentazioni, alla già citata Trib. Milano 6 giugno 2016, cit. Sembra adottare la stessa soluzione, seppur in obiter dictum, anche Trib. Busto Arsizio 17 dicembre 2014, cit.

¹⁶¹⁷ Sul punto, ammette espressamente tale possibilità, Trib. Milano 6 giugno 2016, cit.

In senso contrario, si pone Trib. Padova 27 marzo 2014, cit., secondo cui sarebbe stato necessario in ogni caso l'accordo stipulato con il singolo lavoratore interessato, ai sensi gli artt. 410 e 411 cod. proc. civ., per incidere sui diritti assicurati allo stesso dai co. 1 e 2 dell'art. 2112 Cod. Civ. In realtà, tale argomentazione non pare corretta: tale deroga può essere ammessa poiché il co. 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, recependo quanto previsto a livello europeo dall'art. 5, par. 2, dir. 2001/23/CE, ammette espressamente, alla lett. a), la possibilità di derogare al precetto di cui all'art. 3, par. 1, dir. 2001/23/CE che prevede l'automatico trasferimento dei crediti dal cedente al cessionario.

Sul secondo punto, la giurisprudenza italiana non sembra aver ancora avuto modo di chiarire in cosa possa consistere la modifica delle «condizioni di lavoro» ammessa dall'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE¹⁶¹⁸.

Ad una lettura più attenta delle disposizioni della direttiva calata nel contesto italiano, soprattutto alla luce di quanto precisato dalla Corte di Giustizia nel 2009 al termine della procedura di infrazione contro lo Stato italiano¹⁶¹⁹, pare che possano essere consentiti alle parti dell'accordo collettivo soltanto interventi di limitata importanza¹⁶²⁰. Tale conclusione è giustificata da due ordini di argomenti. Il primo è che, secondo i giudici di Lussemburgo, la direttiva «autorizza gli Stati membri a prevedere che le condizioni di lavoro possano essere modificate per salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, senza tuttavia privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23»¹⁶²¹. Pertanto, l'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE, stando alle parole della Corte di Giustizia, non costituirebbe nemmeno una vera e propria ipotesi derogatoria della disciplina protettiva prevista dalla direttiva stessa. In seconda battuta, la stessa disposizione precisa che tali modifiche possano essere convenute «nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano». La conseguenza del combinato disposto di tali argomenti è che le parti dell'accordo non potranno disporre alcuna deroga peggiorativa che abbia ad oggetto sia i diritti individuali dei lavoratori garantiti dall'art. 2112 Cod. Civ., sia quegli altri diritti che siano protetti da norme inderogabili previste dal legislatore italiano con riferimento ad una specifica materia. Ciò comporta, ad esempio, che le parti di un accordo collettivo ex art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990 non saranno affatto legittimate a modificare *in peius* la disciplina delle mansioni e qualifiche o, soprattutto, della retribuzione oltre i limiti imposti dalle dall'art. 2103 Cod. Civ., cosa che, invece, sarebbe stata molto appetibile per gli imprenditori in crisi in cerca di margini per flessibilizzare la gestione di un'azienda da ristrutturare e per ridurre il costo del lavoro *post* trasferimento. Concludendo sul punto, non è possibile disporre alcuna deroga peggiorativa al trattamento normativo e retributivo dei dipendenti coinvolti nel trasferimento, se non per quelle materie che siano disponibili alle parti dell'accordo collettivo. In concreto, però, ciò non sembra nulla aggiungere a quanto sarebbe comunque possibile mediante la conclusione dei c.d. «accordi di armonizzazione» o «contratti collettivi di ingresso»¹⁶²², che possono in ogni caso essere conclusi anche nell'ambito di un trasferimento d'azienda relativo ad una impresa cedente *in bonis*.

¹⁶¹⁸ Fatta eccezione per Trib. Padova 27 marzo 2014, cit., che ritiene, senza dare ulteriori specificazioni sul perché di una siffatta conclusione, che un accordo sindacale ex art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990, «possa riguardare ed incidere esclusivamente sulle modalità del rapporto di lavoro (p.e. mansioni, qualifica, orario di lavoro, ecc.)».

¹⁶¹⁹ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punti 44-46. La precisazione della Corte di Giustizia, in realtà, è stata fatta con riferimento specifico alla ipotesi di cui all'art. 5, par. 3, dir. 2001/23/CE che però richiama, per quanto concerne la portata delle deroghe, a quanto previsto dal par. 2, lett. b), dello stesso articolo. Pertanto, sembra che tali conclusioni della Corte di Giustizia possano essere generalizzate a qualsiasi ipotesi rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 2, dir. 2001/23/CE.

¹⁶²⁰ Sul punto, si rimanda a C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pagg. 243-244 e P. LAMBERTUCCI, Il trasferimento di azienda in crisi, op. cit., pagg. 70-71.

¹⁶²¹ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 44. Si veda anche quanto precisato alla nota 72.

¹⁶²² Sul punto, si rimanda a S. LIEBMAN, Disciplina applicabile ai lavoratori trasferiti, in Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, in (diretti da) F. CARINCI, Quaderni di Diritto del lavoro. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Milano, 2005, pag. 218 e segg., che, contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria - secondo cui la sostituzione fra contratti collettivi del

Ulteriori problemi relativi alla meccanica di tali possibili deroghe sorgono alla luce di un passaggio della medesima decisione della Corte di Giustizia, che ha statuito che la modifica delle condizioni di lavoro «presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo»¹⁶²³. Stando a questa giurisprudenza, infatti, la previsione di una siffatta deroga potrebbe essere eventualmente concordata solo in un momento successivo all'avvenuto trasferimento, così che pare davvero difficile immaginare come essa possa incidere, in concreto, sulla scelta delle parti di procedere effettivamente al trasferimento di un'azienda o di un suo ramo¹⁶²⁴.

Tirando le somme, la portata derogatoria della disposizione di cui all'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE che ammette la possibilità di modificare le condizioni di lavoro dei dipendenti coinvolti nel trasferimento sembra essere praticamente nulla.

Peraltro, sembra priva di un contenuto precettivo effettivo, nell'ambito delle procedure non liquidatorie, quella parte dell'art. 47 l. n. 428 del 1990 che - sia nelle ipotesi previste dal co. 4-*bis*, che in quelle enumerate al co. 5 del suddetto articolo - dispone che tale accordo sindacale debba riguardare il «mantenimento, anche parziale, dell'occupazione». Infatti, posto che nei casi previsti dal co. 4-*bis* non è possibile perimetrare la forza lavoro afferente all'azienda o al ramo ceduto, allora la circostanza per cui l'accordo con il sindacato debba garantire la continuazione dei rapporti di lavoro con il cessionario rende la condizione *de qua* sempre soddisfatta. Per converso, la conservazione parziale dei livelli occupazionali costituisce una effettiva ed ulteriore condizione di validità dell'accordo solo con riferimento a quegli accordi sindacali conclusi a norma del co. 5 dell'art. 47 l. n. 428 del 1990.

Alla luce di quanto sopra, sembra proprio che la sola ipotesi che garantisca agli operatori economici spazi di manovra effettivi in tema di deroghe alla disciplina dell'art. 2112 Cod. Civ. sia quella prevista dal co. 5 dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, perché permetterebbe loro la perimetrazione del personale afferente all'azienda o al ramo ceduto, in modo da poter dunque incidere favorevolmente sulla decisione di trasferire o meno un complesso aziendale. Per converso, quella prevista dal co. 4-*bis* non consente al potenziale cessionario, al di là della possibile deroga al regime di solidarietà con il cedente, di beneficiare di sensibili risparmi del costo del lavoro tali da poter indurre un potenziale acquirente a rilevare un complesso di beni in esercizio da un imprenditore in crisi.

6. Una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?

L'analisi fin qui condotta ha dimostrato che il percorso accidentato che ha portato alla genesi dell'attuale versione dell'art. 47, co. 4-*bis* e 5, l. n. 428 del 1990 in materia di trasferimento di

medesimo livello applicati da cedente e cessionario avvenga automaticamente, per il fatto stesso che il cessionario applichi un determinato contratto collettivo prima del trasferimento, cfr. tra le ultime, Cass. 29 settembre 2015, n. 19303, in Giust. Civ. Mass., 2015 - , ritiene necessaria, affinché si produca l'effetto sostitutivo tra contratti collettivi, la stipula di un apposito accordo con il sindacato. Ciò non toglie che, stante la posizione della giurisprudenza poc'anzi citata, cedente e cessionario possano decidere, come spesso accade nella pratica degli affari, di stipulare un siffatto accordo al fine di armonizzare lo specifico trattamento collettivo che sarà applicato dal cessionario ai lavoratori afferenti all'azienda o al ramo ceduto.

¹⁶²³ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 46. Si veda anche quanto precisato alla nota 72.

¹⁶²⁴ Sul punto, per le critiche mosse al ragionamento della Corte di Giustizia, si rimanda a C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 241 e M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pag. 346.

azienda di titolarità di un'impresa in crisi ha dato vita ad una disciplina che ha creato tanti dubbi interpretativi e poche certezze applicative.

Da un lato, la scelta del legislatore italiano, dopo la condanna da parte della Corte di Giustizia giunta nel 2009, di prevedere una disciplina derogatoria particolarmente ampia, perlomeno nel suo tenore letterale, per le ipotesi di cui al co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, ha creato una serie di incertezze sulla portata effettiva della possibile deroga alla disciplina di cui all'art. 2112 Cod. Civ., come testimoniato dalla lettura della giurisprudenza relativa alla vicenda Alitalia-Ethiad.

Infatti, con riferimento alle procedure non liquidatorie e all'ipotesi di «crisi aziendale» di cui all'art. 47, co. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990, le possibilità di deroga sono oggi molto limitate. Per converso, nelle ipotesi previste dall'art. 47, co. 5, l. n. 428 del 1990, le parti del trasferimento hanno sì la possibilità di concordare anche la totale disapplicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., ma la necessità, per il cedente e il cessionario, di concludere un accordo con il sindacato con riferimento sia all'*an* che al *quomodo* della deroga, rende tale strumento poco utilizzato nella prassi¹⁶²⁵, perché esso viene percepito come inidoneo, in concreto, ad attuare un programma di salvataggio dell'impresa in crisi che debba passare da una necessaria ristrutturazione del costo e dell'organizzazione del lavoro.

Ciò avviene, in particolare, per due ordini di motivi. In primo luogo, la necessità di concludere un siffatto accordo, così come i dubbi sulla «tenuta» giuridica dello stesso, posto che non vi sono certezze sulla sua effettiva idoneità a produrre effetti *erga omnes* nei confronti di tutti i lavoratori interessati dalla vicenda circolatoria dell'azienda¹⁶²⁶, hanno comportato la fuga, da parte degli imprenditori nostrani, dallo strumento offerto dall'art. 47, co. 4-*bis* e 5, l. n. 428 del 1990. Sembra, infatti, che l'obiettivo di realizzare trasferimenti d'azienda riducendo il costo del lavoro sia stato raggiunto, nella prassi, «attraverso vie "alternative", spesso tali da non richiedere come passaggio necessario l'accordo con la controparte sindacale»¹⁶²⁷, come, ad esempio, quella delle conciliazioni individuali plurime ex art. 2113 Cod. Civ.¹⁶²⁸. In seconda battuta, le organizzazioni sindacali sembrano essere dei soggetti strutturalmente inidonei a negoziare degli accordi che, per garantire la sopravvivenza di un complesso aziendale, prevedano il sacrificio attuale dei diritti individuali dei lavoratori coinvolti, soprattutto quando ciò comporta la perdita del posto di lavoro da parte di alcuni di essi. Infatti, esse hanno il ruolo di rappresentare e, dunque, proteggere gli interessi della totalità dei dipendenti dell'imprenditore potenziale cedente, ma, dall'altro, hanno il

¹⁶²⁵ Sul punto, si rimanda alle considerazioni di G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pagg. 608-610 e 632-634.

¹⁶²⁶ Si vedano i contributi citati, in primo luogo, alla nota 16 e, in seconda battuta, alla nota 14.

¹⁶²⁷ Sul punto, si veda l'analisi empirica, svolta comunque con riferimento ad un contesto normativo parzialmente difforme, da G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 609, secondo cui «l'imprenditore che intende cedere la propria azienda può attivare le procedure di mobilità e, una volta completate, cedere il complesso aziendale "alleggerito" dagli esuberi» oppure «può trasferire una parte dell'azienda, eventualmente mantenendo presso di sé parte del personale ad essa adibito». Inoltre, «l'accordo sindacale diventa necessario [solo] quando si vuole ottenere l'effetto di "novazione" del rapporto per i dipendenti trasferiti, ma anche in questo caso le parti tendono a non utilizzare esplicitamente la "procedura" prevista dall'art. 47, co. 5. Assai frequente è l'ipotesi in cui l'impresa cessa ogni attività e licenzia tutti i dipendenti, salvo poi accordarsi con il sindacato e con un'impresa terza per la riassunzione di tutti o parte degli stessi. Oggetto dell'accordo non è così il trasferimento, ma la quota dei lavoratori "disoccupati" da riassumere e le condizioni del loro "nuovo" impiego».

¹⁶²⁸ Si rimanda, sul punto, ai riferimenti di cui alla nota 19.

difficile compito di dover giustificare, dopo aver concordato il passaggio solo parziale della forza lavoro alle dipendenze del cessionario, la scelta di garantire, in concreto, soltanto i diritti individuali di una parte dei lavoratori rappresentanti, sacrificando, invece, quelli degli altri¹⁶²⁹. Quest'ultimo rischio, effettivo nelle ipotesi del co. 5, non sembra essere insormontabile, in realtà, nelle ipotesi previste dal co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1990. Infatti, non essendo possibile alcuna deroga al principio di continuità dei rapporti di lavoro con il cessionario, i sindacati potrebbero ben sedersi al tavolo delle trattative concordando sacrifici tendenzialmente distribuiti in modo equo sull'intera forza lavoro. In ogni caso, la circostanza per cui l'unica materia davvero negoziabile sembra essere quella della responsabilità solidale tra cedente e cessionario rende il ricorso a tale strumento poco utile per un imprenditore in crisi, posto che la disciplina derogatoria non gli permette, in concreto, di agire in maniera determinante né sul costo né sull'organizzazione del lavoro rispetto a quanto non sia già possibile nel caso di impresa *in bonis*.

In aggiunta a ciò, occorre segnalare che restano ancora dubbi sulla effettiva compatibilità del dato normativo italiano con quello europeo, poiché alcune delle ipotesi enumerate dall'art. 47, co. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990 potrebbero tuttora essere passibili di un giudizio di non conformità alla disciplina europea, con il rischio concreto che la Commissione possa prima o poi decidere di aprire una nuova procedura di infrazione contro lo Stato italiano. Ci si riferisce, in particolare, al caso in cui il trasferimento d'azienda riguardi imprese «per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti» o vi sia stato l'accertamento dello stato di «crisi aziendale» ai fini della concessione del trattamento di integrazione salariale.

Con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti, il controllo esercitato dall'autorità giudiziaria arriva solo a valle dell'accordo privatistico tra debitore e ceto creditorio. Per converso, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ribadito più volte che, ai fini dell'ammissibilità della deroga, tale controllo debba essere esercitato capillarmente, tanto sull'apertura quanto sullo svolgimento della procedura¹⁶³⁰, cosa che non sembra avvenire nel caso di specie. Infatti, nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 186-*bis* l. fall., il controllo pubblico viene esercitato solo in sede di omologa, non essendoci alcun intervento da parte di alcuna autorità, sia essa amministrativa o giudiziaria, al momento della negoziazione dell'accordo privatistico¹⁶³¹.

Dubbi analoghi sorgono, inoltre, con riguardo alla già problematica ipotesi dell'accertamento dello stato di «crisi aziendale». Infatti, sembra che permangano, anche dopo le novelle legislative,

¹⁶²⁹ Tant'è che «si richiede [...] al sindacato [...] di amministrare un difficile equilibrio tra gli stessi lavoratori [...] dovendo "governare" [...] una "guerra tra poveri", con non poche ripercussioni sul piano della stessa rappresentanza sindacale», come sottolineato da P. LAMBERTUCCI, Il trasferimento di azienda in crisi, op. cit., 2010, 11S, pt. 1, pag. 74.

¹⁶³⁰ Si rimanda, da ultimo, a quanto statuito da Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punti 53-57.

¹⁶³¹ Infatti, «a differenza di quanto previsto in caso di concordato preventivo, il tribunale non è chiamato ad emanare un provvedimento di "ammissione alla procedura", né a nominare un commissario giudiziale, chiamato ad effettuare verifiche ed a fornire ai creditori le opportune informazioni e valutazioni. L'accordo va semplicemente depositato ed un intervento del tribunale - salvo il caso di richiesta di provvedimento di divieto dei procedimenti cautelari ed esecutivi [n.d.r. di cui al co. 6 dell'art. 186-*bis* l. fall., nel qual caso un controllo del tribunale, comunque eventuale, è previsto a norma del co. 7 del medesimo articolo] - è previsto soltanto in sede di omologa», cfr. L. GUGLIELMUCCI, Diritto fallimentare, 2015, Torino, F. PADOVINI (a cura di), pagg. 356-357.

In senso contrario, ritiene compatibile tale ipotesi con il dettato normativo europeo, sul presupposto che il giudizio di omologazione abbia una mera funzione certificativa dell'avvenuta approvazione del piano, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 71.

parte di quelle incompatibilità che hanno portato alla condanna dello Stato italiano da parte della Corte di Giustizia nel 2009. Infatti, il legislatore italiano non sembra aver risolto la principale questione di contrasto di tale disciplina con quella europea, cioè quella relativa all'assenza di un adeguato controllo da parte dell'autorità giudiziaria¹⁶³². Tant'è che resta più che attuale la puntuale risposta dei giudici di Lussemburgo che, dinanzi alla difesa dello Stato italiano, che ha obiettato che le parti hanno comunque il diritto di adire l'autorità competente nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura, hanno chiuso lapidariamente la questione precisando che «tale diritto non può essere considerato come costitutivo del controllo giudiziario previsto dall'articolo citato [*n.d.r.* l'art. 5, par. 3, direttiva 2001/23/CE], dal momento che quest'ultimo presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente». Sul punto, pertanto, la disciplina italiana resta pericolosamente suscettibile di incompatibilità con quella europea¹⁶³³.

Insomma, la disciplina potenzialmente derogatoria dell'art. 2112 Cod. Civ. disegnata dal legislatore italiano per facilitare la circolazione dei complessi aziendali di titolarità di un imprenditore in crisi, che sembrerebbe voler riconoscere nel trasferimento d'azienda la via preferenziale per l'uscita dalla crisi, continua a sollevare parecchi dubbi interpretativi e pochissime certezze applicative.

Tale risultato è frutto, come precisato in apertura, del difficile dialogo tra legislatore e Corte di Giustizia europei, da un lato, e legislatore italiano, dall'altro, che hanno dato storicamente vita a due diverse discipline, relative alla medesima materia, fondate su delle scelte di politica del diritto tra loro parzialmente incompatibili¹⁶³⁴. Quella europea ha infatti perseguito l'obiettivo di una garanzia più forte dei diritti individuali dei dipendenti coinvolti nel trasferimento, anche a costo di disincentivare la circolazione di complessi di beni idonei all'esercizio di attività di impresa, limitando la possibilità di una ampia deroga alla disciplina di tutela dei lavoratori solo dinanzi ad ipotesi di irreversibilità della crisi dell'imprenditore. Quella italiana ha, invece, ammesso, in generale, la possibilità - mediata però dalla necessità per cedente e cessionario di concludere un accordo con il sindacato come condizione per accedere alla disciplina derogatoria¹⁶³⁵ - di un sacrificio dei

¹⁶³² Tale conclusione della Corte di Giustizia ha comunque sollevato qualche perplessità in dottrina. Sul punto, si rimanda ai rilievi di cui alla nota 52.

¹⁶³³ Nello stesso senso, M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pagg. 336 e 351-354. In senso contrario, ritiene coerente con il diritto comunitario la collocazione di tale ipotesi derogatoria nell'ambito della disciplina del co. 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, in quanto lo stato di crisi è dichiarato dal Ministero del Lavoro e sottoposto ad un controllo giudiziale, comunque solo eventuale, da parte dei giudici amministrativi e di quelli del lavoro, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 67.

Si badi, in ogni caso, che, alla luce dell'interpretazione conforme data dai giudici italiani (cfr. paragrafi 4 e 5 di questo contributo), pare che la portata derogatoria dell'accordo sindacale concluso nell'ambito di una crisi aziendale sia praticamente nulla. Ciò potrebbe rendere quindi inutile, dal punto di vista pratico, l'attivazione di una procedura di infrazione contro lo Stato italiano, posto che essa non avrebbe alcun effetto utile all'interno del nostro ordinamento.

¹⁶³⁴ Sottolinea la diversa impostazione del legislatore europeo e di quello italiano, C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 240; rileva tale diversa sensibilità della dir. 2001/23/CE rispetto alla normativa italiana anche M.L. VALLAURI, Il lavoro nella crisi dell'impresa, op. cit., pag. 123.

¹⁶³⁵ U. CARABELLI, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in op. cit., pag. 65; più recentemente, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 46. Sulle problematiche pratiche e giuridiche correlate alla necessità di concludere un siffatto accordo nell'ordinamento italiano, si veda quanto precisato supra nell'ambito del paragrafo 6 e, in particolare, quanto riferito alle note 79-82.

diritti individuali di alcuni lavoratori anche in ipotesi di crisi non definitiva dell'imprenditore potenziale cedente, dando maggior peso all'interesse superindividuale alla conservazione di un complesso di beni, soprattutto qualora esso sia ancora in esercizio, in modo da tutelare più incisivamente, seppur in via indiretta, i livelli occupazionali.

A ben vedere, la scelta di politica del diritto adottata storicamente dal legislatore italiano sarebbe stata coerente con il nuovo assetto sistematico approntato dalle riforme della legge fallimentare dal 2006 ad oggi¹⁶³⁶. Il legislatore fallimentare, infatti, ha tentato di favorire sempre di più soluzioni della crisi di impresa idonee ad evitare la liquidazione atomistica del patrimonio aziendale dell'impresa del debitore. Ciò sul presupposto per cui tale ultimo scenario, oltre a non tutelare al meglio l'interesse del ceto creditorio a monetizzare al meglio i beni di titolarità dell'imprenditore¹⁶³⁷, determini anche la scomparsa di un complesso di beni che sarebbe comunque potuto essere idoneo all'esercizio di attività d'impresa, con un *vulnus* indiretto per il sistema produttivo nel suo complesso¹⁶³⁸.

Alla luce di ciò, una disciplina del trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi, che tenti, a fronte di un arretramento della tutela dei diritti individuali della totalità dei lavoratori effettivamente coinvolti nel processo di vendita, di favorire la circolazione di complessi aziendali idonei all'esercizio di un'attività di impresa sarebbe perfettamente in linea con i nuovi obiettivi perseguiti dal legislatore fallimentare delle riforme e sarebbe inoltre capace di assicurare, a livello superindividuale, una tutela del lavoro più incisiva, per due ordini di motivi. A livello attuale, infatti, una siffatta disciplina sarebbe idonea a garantire che almeno una parte dei lavoratori afferenti ad una azienda o a un ramo ceduto possano effettivamente continuare ad avere un posto di lavoro. A livello potenziale, inoltre, la circostanza che un determinato complesso di beni, magari anche in esercizio, destinato verosimilmente a scomparire dal mercato, possa continuare ad essere funzionale all'esercizio di un'attività di impresa, potrebbe anche garantire, in un futuro più o meno immediato, che l'imprenditore che ne è titolare riesca a crescere e, di conseguenza, ad assumere nuovi lavoratori. Il rischio di un tale approccio, come osservato in apertura, è che una disciplina che permetta ampie ed automatiche deroghe alla disciplina protettiva potrebbe incentivare i datori di lavoro a ristrutturare la propria azienda a discapito dei lavoratori coinvolti. In ogni caso, ciò non pare costituire un vero e proprio rischio nell'ambito della disciplina italiana, perlomeno nel caso in cui tali deroghe vengano concordate con il sindacato utilizzando lo strumento di cui all'art.

¹⁶³⁶ M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 44.

¹⁶³⁷ Data l'assoluta impossibilità, in tale circostanza, di valorizzare componenti attive immateriali del patrimonio aziendale dell'impresa del debitore quale, ad esempio, l'avviamento.

¹⁶³⁸ Nel perseguire tale obiettivo, si è tentato, in prima battuta, di ricorrere a soluzione concordate della crisi d'impresa, tramite la rivisitazione dell'istituto del concordato preventivo e l'introduzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. La riforma di tale procedure fa sì che esse, sebbene comportino un arretramento nella tutela attuale del ceto creditorio, potrebbero essere poi funzionali a garantire, in una prospettiva di risanamento dell'impresa del debitore, un più probabile soddisfacimento dei creditori nel medio periodo. In secondo luogo, il legislatore fallimentare, soprattutto ove la strada della ristrutturazione dell'attività in capo al debitore non fosse percorribile, ha incentivato le ipotesi di circolazione dell'azienda o di suoi rami al fine di conservazione dell'organismo produttivo, sul presupposto che la cessione di un complesso di beni, soprattutto se in esercizio, garantisca non solo un più fruttuoso realizzo del patrimonio aziendale dell'impresa del debitore, con conseguente maggior beneficio per i creditori rispetto ad uno scenario di liquidazione atomistica dei suoi beni, ma anche una tutela maggiore di altri interessi coinvolti, quale quello della tutela, seppur parziale, dei livelli occupazionali.

47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990, cosa che, come osservato in precedenza, potrebbe comunque non essere la regola nella prassi invalsa nel mercato.

In ogni caso, stante l'insensibilità del legislatore europeo e della Corte di Giustizia a tali istanze¹⁶³⁹, si assiste, in concreto, ad una sorta di eterogenesi dei fini del legislatore italiano, che ha tentato di garantire, anche dopo l'ultima novella dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, dei margini di deroga all'art. 2112 Cod. Civ. più ampi rispetto a quelli ammessi dal diritto europeo, sia con riferimento al novero delle ipotesi derogatorie che alla portata delle possibili deroghe, senza però fare i conti, oltre che con il rischio che una nuova procedura di infrazione venga aperta a carico dello Stato italiano, con la spada di Damocle dell'interpretazione conforme della disciplina italiana ai dettami del diritto europeo¹⁶⁴⁰. Il risultato, dunque, è che gli operatori economici italiani si trovano a fare i conti con un apparato normativo che, nel suo tenore letterale, sembra garantire loro ampi margini di manovra i quali, però, finiscono per essere, una volta fatti i conti con il diritto europeo, molto più risicati.

Concludendo, lo scenario descritto dimostra come la disciplina di cui all'art. 47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990 continui ad essere uno strumento problematico. Infatti, allo stato attuale, esso non sembra né costituire un mezzo utile, in concreto, a perseguire gli obiettivi di politica del diritto cui sembra essersi storicamente ispirato il legislatore italiano, né garantire agli operatori economici uno schema normativo chiaro ed efficace nella gestione delle crisi d'impresa.

¹⁶³⁹ Peraltro, alla luce delle osservazioni di cui sopra, ci si dovrebbe iniziare a interrogare, anche a livello europeo, sul fatto che una disciplina così rigida possa dirsi davvero coerente con il mantra - utilizzato in apertura di ogni sentenza della Corte di Giustizia (cfr. da ultimo, Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punto 38) - secondo cui la dir. 2011/23/CE miri, in concreto, a tutelare i lavoratori nell'ambito di un trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi. Sembra, infatti, - così come già rilevato, mutatis mutandis, con riferimento alla disciplina del trasferimento d'azienda nell'impresa in bonis (si veda, sul punto, quanto precisato alla nota 2) - che, in determinate circostanze, l'applicazione delle regole di cui alla dir. 2011/23/CE possa essere contraria all'interesse dei lavoratori (se non tutti, almeno di alcuni) coinvolti nel trasferimento.

¹⁶⁴⁰ Sul punto, si veda ancora M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pag. 354, che, nel commentare la risposta italiana alla condanna da parte della Corte di Giustizia nel 2009, ha sottolineato «l'assenza di visione prospettica del legislatore italiano» che, nel limitarsi a un lieve ritocco della complessa disciplina, ha di fatto fallito «sia l'obiettivo della piena conformità al dettato comunitario sia quello alternativo della salvaguardia della ratio in base alla quale la norma era stata originariamente introdotta».

Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*

Mariella Magnani

1. Obiettivi ed interessi perseguiti nelle procedure concorsuali.	549
2. Le esigenze di riforma della normativa italiana su insolvenza e procedure concorsuali.	549
3. Il problematico rapporto tra disciplina della crisi e dell'insolvenza e diritto del lavoro.	551
4. L'evoluzione della normativa giuslavoristica relativa alle crisi d'impresa.	552
5. In particolare, l'evoluzione della normativa sulla cassa integrazione guadagni...	553
6. ...e sul trasferimento di azienda.	555
7. Gli incentivi all'esodo volontario dalle imprese in crisi.	556
8. Il (parziale) revirement attuato negli anni '90.	557
9. L'attuale riorientamento della normativa giuslavoristica anche relativamente alla crisi d'impresa: in particolare, il venir meno della cigs "concorsuale".	558
10. Disciplina del licenziamento collettivo e procedure concorsuali.	560
11. Il rebus del raccordo tra art. 72 l. fall. e art. 2119 Cod. Civ.	562
12. Dalla tutela del posto alla tutela dell'occupazione: la scommessa del reimpiego.	564
13. La legge delega n. 155 del 2017 quale occasione di raccordo tra normativa lavoristica e diritto delle procedure concorsuali.	564

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 348/2017

1. Obiettivi ed interessi perseguiti nelle procedure concorsuali.

Devo esprimere la mia soddisfazione per essere stata chiamata a svolgere una relazione in questo interessante convegno che tocca un tema tra economia e diritto, di solito appannaggio dei giuriscommercialisti, nonostante che la crisi dell'impresa, ed in particolare il dissesto o lo stato di insolvenza, tocchi particolarmente, possiamo dire due volte, una speciale categoria di creditori, i lavoratori subordinati: per i quali si pone, sì, un problema di tutela del credito, ma, anche, se non di più, di tutela dell'occupazione.

Occorre subito sgomberare il campo da qualsiasi equivoco circa la finalità prima delle procedure concorsuali: in generale, la tutela dei creditori, al fine di dare loro la massima probabilità di quanto loro spetta, in termine di capitale ed interessi ⁽¹⁶⁴¹⁾. La regolazione della crisi, ed in particolare dell'insolvenza, tramite le procedure concorsuali è posta a garanzia del buon funzionamento del mercato ed in definitiva della libertà di iniziativa economica privata. Come osserva Stanghellini ⁽¹⁶⁴²⁾, il sistema di mercato e la concorrenza funzionano se ci sono vincenti e perdenti e se il capitale che assorbono i perdenti viene rimesso in circolazione per nuovi utilizzi.

Posto questo, non necessariamente vi è contrapposizione tra i creditori e i portatori di interessi diversi, tra i quali, in particolare, i lavoratori dipendenti dell'impresa.

In questo caso, nel caso cioè in cui ci sia non contrapposizione ma coincidenza, non sono necessarie scelte da parte dell'ordinamento. Quando un'impresa abbia valore positivo in quanto produce ricchezza ⁽¹⁶⁴³⁾ la sua conservazione soddisfa tutti gli interessi (creditori che, come gruppo, possono monetizzare il valore di avviamento; dipendenti; fornitori; clienti e così via).

Là dove questo scenario non si verifichi è ancora possibile che l'impresa possa essere venduta in esercizio, mantenendo intatta la sua forza lavoro, perché si realizza un prezzo di vendita superiore a quello che si realizzerebbe dalla vendita disaggregata dei beni che la compongono. Tuttavia, v'è anche il caso in cui l'impresa valga più in esercizio rispetto a quanto valgano i singoli beni, ma richieda una ristrutturazione, con la riduzione del numero dei dipendenti; od, infine, il caso in cui l'impresa non possa essere venduta in esercizio perché genera perdite e non sia possibile ristrutturarla per farla tornare a produrre valore.

In questi ultimi due casi, gli interessi dei creditori e dei dipendenti sono in conflitto – non possono essere contemporaneamente soddisfatti – sicché serviranno delle scelte da parte dell'ordinamento. Ebbene, il tema cruciale è se l'interesse dei creditori al massimo realizzo può essere perseguito anche quando comporta la perdita dei posti di lavoro ⁽¹⁶⁴⁴⁾.

2. Le esigenze di riforma della normativa italiana su insolvenza e procedure concorsuali.

Delle scelte, per opinione comune, sono state compiute da parte dell'ordinamento, anche se, a

⁽¹⁶⁴¹⁾ Cfr. L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, pag. 30.

⁽¹⁶⁴²⁾ Cfr. L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, op. cit., pag. 370.

⁽¹⁶⁴³⁾ Si usa dire che essa è dotata di "un valore di going concern", nel senso che il suo valore in attività (mantenuta in esercizio) è superiore al suo valore di liquidazione.

⁽¹⁶⁴⁴⁾ Cfr. L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, op. cit., pag. 74.

causa della stratificazione normativa, il sistema è complesso e farraginoso, coesistendo elementi moderni ed antichi. Tanto che da tempo è ritenuta indifferibile una riforma organica dell'intera materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali.

E ciò, come si afferma nella relazione del Ministro della giustizia al d.d.l. delega Rordorf, finalmente approvato dal Parlamento¹⁶⁴⁵, almeno per due motivi: il primo è che ancora oggi la normativa di base è costituita dal r.d. 19 marzo 1942, n. 267 e, anche se sono state introdotte modifiche di ampio respiro – v. d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 –, esse si innestano su un impianto normativo nato in un contesto ben diverso dall'attuale. Si aggiunga che il continuo mutamento del dato normativo ha reso farraginoso il quadro complessivo, accentuando l'incertezza avvertita dagli operatori.

Il secondo motivo è rappresentato dall'esigenza di rispondere alle sollecitazioni provenienti dall'Unione europea ed in particolare dalla raccomandazione n. 2014/135/UE, oltre che dal novellato regolamento europeo dell'insolvenza transfrontaliera (¹⁶⁴⁶).

Ovviamente non è mio compito – né avrei le competenze per farlo – addentrarmi nella lettura analitica della legge di riforma. Vorrei solo ricordare i due obiettivi della raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 – particolarmente interessanti per il diritto del lavoro – sul nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, che poi si sono tradotti nell'articolato normativo, in particolare attraverso le misure di allerta e di composizione assistita della crisi (¹⁶⁴⁷): intervenire in una fase precoce, permettendo alle imprese di ristrutturarsi in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale; dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti che falliscono.

Gli effetti del fallimento, in particolare la stigmatizzazione sociale – sono le parole della Commissione Europea – sono un forte deterrente per gli imprenditori che intendono avviare un'attività o ottenere una seconda opportunità; e ciò anche se è dimostrato che gli imprenditori dichiarati falliti hanno maggiori probabilità di aver successo la seconda volta.

Stando alla relazione ministeriale, che ha accompagnato l'attuale riforma, si vorrebbe portare a compimento la trasformazione che ha investito tutte le procedure concorsuali e che le vede già oggi prevalentemente orientate, quando ciò sia possibile, alla salvaguardia della continuità aziendale (v. art. 105 l. fall.) e perciò tese a considerare la liquidazione dell'impresa come un approdo soltanto residuale (¹⁶⁴⁸). E la continuità aziendale è ovviamente in sintonia con la salvaguardia del profilo occupazionale.

(¹⁶⁴⁵) Cfr. la l. 10 ottobre 2017, n. 155 recante "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza". Essa trae origine dal d.d.l. n. 3671, presentato alla Camera l'11 marzo 2016.

(¹⁶⁴⁶) Si tratta del Regolamento UE n. 15414/15.

(¹⁶⁴⁷) Cfr. l'art. 4 della l. n. 155 del 2017. Ha sottolineato particolarmente la necessità di queste procedure di allerta, già previste dalla commissione Trevisanato, quale elemento di grande modernità di una riforma, A. JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, pag. 14.

(¹⁶⁴⁸) Il che avvicinerebbe due mondi che un tempo si potevano ritenere distanti e dissonanti, vale a dire le procedure ordinarie e l'amministrazione straordinaria.

3. Il problematico rapporto tra disciplina della crisi e dell'insolvenza e diritto del lavoro.

Svolte queste premesse generali e di quadro, è osservazione comune che, sotto diversi aspetti, è problematico il rapporto tra la disciplina commercialistica della crisi e dell'insolvenza e il diritto del lavoro. Tra l'altro, proprio con riferimento alle procedure concorsuali, è vero che il tema della sorte dei rapporti di lavoro e dei diritti ad essi connessi è difficile ed articolato, non esistendo nel nostro ordinamento una disciplina unitaria cui fare riferimento ⁽¹⁶⁴⁹⁾. Sono due mondi ad oggi separati.

Ciò è tanto vero che nella legge delega finalmente approvata vi è, tra i principi generali (art. 2), quello di "armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea...e nella direttiva 2008/94/CE ⁽¹⁶⁵⁰⁾ del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, nonché nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001⁽¹⁶⁵¹⁾, come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea". Mentre, nell'ambito dei principi e dei criteri direttivi per la riforma delle singole procedure, in particolare quella di "liquidazione giudiziale" ⁽¹⁶⁵²⁾ vi è la disposizione (art. 7, comma 7), per la verità piuttosto generica, per cui "la disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo".

Nella relazione ministeriale al d.d.l. presentato alla Camera è precisato che, per i rapporti di lavoro, è parso necessario contemplare una disciplina a sé stante. Si è considerato, infatti, che la maggior parte delle procedure fallimentari sono destinate ad una rapida chiusura per inesistenza o insufficienza dell'attivo da liquidare; il che contrasta con l'interesse dei dipendenti rimasti privi di emolumenti. Si è ritenuto, perciò, "nell'esplicitare la regola secondo cui l'avvio della procedura concorsuale non integra di per sé sola gli estremi di una causa legittima di licenziamento, di ipotizzare forme di semplificazione per la fruizione degli ammortizzatori sociali e di più efficace tutela

⁽¹⁶⁴⁹⁾ Cfr. R. PESSI, *Profili giuslavoristici delle procedure concorsuali*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2010, pag. 335. Altri parlano di un dialogo difficile tra diritto delle procedure concorsuali e diritto del lavoro: cfr. M. L. VALLAURI, *Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Milano, 2013, pag. 64 e segg.; EADEM, "Non guardarmi: non ti sento": diritto del lavoro e diritto fallimentare a confronto, in *Lav. Dir.*, 2016, pag. 859; P. TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, I, pag. 202. Parla di punti di frizione tra diritto del lavoro e diritto fallimentare, che non hanno indotto il legislatore ad intervenire, A. M. PERRINO, *Le relazioni tra il diritto del lavoro ed il diritto fallimentare*, in P. CELENTANO-E. FORGILLO (a cura di), *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, pag. 598. Eppure, avverte l'autore, nell'impianto della riforma del 2006, uno dei tratti di novità era dato dalla prospettiva non più soltanto liquidatoria, ma pure di conservazione delle componenti positive dell'impresa e, quindi, non solo dei suoi beni materiali ed immateriali, ma anche dei livelli occupazionali. Nonostante i reiterati tentativi (ricordati da A. RIVA, *Fallimento e rapporti di lavoro*, in S. SANZO, *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009, pag. 313 e segg.) di coordinare disciplina concorsuale e disciplina lavoristica, gran parte del compito è stato lasciato agli interpreti.

⁽¹⁶⁵⁰⁾ Si tratta della direttiva relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro.

⁽¹⁶⁵¹⁾ Si tratta della direttiva concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, su cui v., da ultimo, P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, in corso di pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*, 2018.

⁽¹⁶⁵²⁾ È la nuova denominazione riservata al fallimento: cfr. art. 2, comma 1, lett. a), che prevede espressamente, quale principio generale della delega, di "sostituire il termine fallimento e i suoi derivati con l'espressione liquidazione giudiziale adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose".

delle reali esigenze del dipendente che abbia ormai concluso un rapporto non più ripristinabile”⁽¹⁶⁵³⁾.

4. L'evoluzione della normativa giuslavoristica relativa alle crisi d'impresa.

Se si è già mosso (e si sta muovendo) il diritto della crisi e dell'insolvenza, neppure il diritto del lavoro è rimasto fermo, ch  anzi esso ha subito un riorientamento non marginale dapprima ad opera della cd. legge Fornero e, successivamente, ad opera del cd. Jobs Act. Appunto per questo   interessante verificare oggi quali sono i punti di contatto e gli elementi di congruenza/incongruenza tra la disciplina commercialistica e quella lavoristica.

Se nel diritto commerciale, almeno fino ad un certo punto, la crisi dell'impresa assumeva rilievo unicamente nel momento e nella misura in cui si traduceva nella impossibilit  o nella difficolt  dell'imprenditore di far fronte ai propri debiti, dal punto di vista del diritto del lavoro assumono piuttosto rilievo tutte quelle condizioni tecniche, produttive, organizzative capaci di incidere sulla attuazione e perfino continuit  dei rapporti di lavoro. La destinazione dei rapporti di lavoro a svolgersi in un'organizzazione produttiva fa s  che assumano rilievo tutte le situazioni di difficolt  di quest'ultima, indipendentemente dal manifestarsi di uno stato di insolvenza. Da questo punto di vista, pu  aversi crisi dell'impresa senza che si sia prodotta insolvenza, cos  come, d'altro canto, non sempre l'insolvenza coincide con una situazione di crisi (rilevante per il diritto del lavoro) anche se, in mancanza di strumenti per la sua soluzione, finir  necessariamente per determinarla⁽¹⁶⁵⁴⁾.

Da un certo momento in poi questa nozione pi  ampia (o comunque diversa) di crisi dell'impresa finisce per influenzare lo stesso diritto commerciale e fallimentare in particolare via via che “entra in crisi il concetto classico di economia di mercato e cresce la forza politica delle classi e delle categorie portatrici di interessi diversi da quelli dei creditori”⁽¹⁶⁵⁵⁾.

A partire dai primi anni settanta ha cominciato a diffondersi l'insoddisfazione circa l'adeguatezza della normativa fallimentare a rispondere alle esigenze poste da un sistema economico pi  complesso e indubbiamente nuovo rispetto a quello che essa originariamente visualizzava: un sistema economico caratterizzato dallo sviluppo di processi di concentrazione industriale, dall'accentuata interdipendenza delle attivit  economiche e dalla sempre pi  diffusa presenza di imprese di notevoli dimensioni, le cui situazioni di crisi determinavano pesanti ricadute sull'intera economia nazionale. L'esito di tale diffusa insoddisfazione si   tradotto poi, come   altrettanto noto, in operazioni dottrinali, giurisprudenziali e legislative che hanno condotto – a legislazione fallimentare di base invariata – a una tendenziale marginalizzazione, per le imprese medio-grandi, del fallimento e, nell'ambito del fallimento, delle finalit  liquidatorie-satisfattive, s  da rendere possibile, pur in presenza di uno stato di dissesto dell'impresa, il mantenimento dell'organizzazione produttiva in funzione di un (possibile o quanto meno auspicabile) risanamento. In questo contesto si sono iscritte, sul versante dottrinale e giurisprudenziale, una meno rigida lettura dei requisiti soggettivi previsti per l'ammissione al concordato preventivo e alla amministrazione controllata,

⁽¹⁶⁵³⁾ Cos  testualmente la relazione pubblicata in Atti della Camera, XVII legislatura, pag. 11.

⁽¹⁶⁵⁴⁾ Cfr. M. MAGNANI, Imprese in crisi nel diritto del lavoro, in *Digesto Sez. comm.*, VII, Torino, 1992, pag. 236.

⁽¹⁶⁵⁵⁾ Cos  G. CASELLI, La crisi aziendale, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, pag. 623 e segg.

nonché l'affermazione della piena utilizzabilità, nell'ambito della procedura fallimentare, dell'affitto e della vendita in blocco dell'azienda, in vista di consentire la sopravvivenza dell'organismo produttivo; sul versante legislativo, l'allungamento a due anni della durata massima dell'amministrazione controllata (l. 24 luglio 1978, n. 391), nonché, e soprattutto, l'introduzione della nuova procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (l. 3 aprile 1979, n. 95). Si è prodotto così un fenomeno largamente noto agli studiosi e che può compendiarsi nella marginalizzazione delle procedure concorsuali liquidatorie in generale e nella crescente attenzione prestata alla sorte dell'impresa (e non dell'imprenditore), intesa come organizzazione produttiva.

5. In particolare, l'evoluzione della normativa sulla cassa integrazione guadagni...

Del tutto solidale a questo quadro è stata, in quel periodo, l'evoluzione del diritto del lavoro, che si è arricchito, seppure disorganicamente, soprattutto nel decennio 1975-1985, di strumenti volti (innanzitutto, anche se non solo) a neutralizzare gli effetti negativi sulla continuità dei rapporti di lavoro delle situazioni di crisi dell'impresa.

Tra essi soprattutto la Cassa integrazione guadagni nella forma straordinaria. Come è a tutti noto, la sua disciplina ha subito una notevole evoluzione nel tempo, soprattutto a seguito dell'introduzione dell'intervento straordinario e della caratterizzazione normativamente assunta dal medesimo. A seguito dell'evoluzione normativa l'intervento della Cig, nella forma straordinaria, è stato ammesso, non solo a prescindere dalla certezza o probabilità, esaurito il periodo di sospensione dal lavoro e di riduzione dell'orario, della riammissione in servizio dei singoli lavoratori, ma persino indipendentemente dalla certezza o probabilità dell'attività dell'impresa nel suo complesso ⁽¹⁶⁵⁶⁾.

Questa evoluzione normativa ha trovato il suo culmine nella storica l. n. 675 del 1977 (e nei provvedimenti legislativi che attorno ad essa ruotavano). Il suo tratto più significativo è rappresentato - oltre che dallo sgravio degli oneri economici che il ricorso alla cassa integrazione comportava per l'impresa (cfr. art. 21, l. n. 675 del 1977) - dall'introduzione, accanto alle ipotesi di crisi economica settoriale o locale e di riconversione, ristrutturazione, riorganizzazione, di una nuova causa di intervento della cassa integrazione, che si rivelerà fondamentale nella prassi e nella successiva evoluzione normativa. Si tratta dell'ipotesi di "crisi aziendale di particolare rilevanza sociale in relazione alla situazione occupazionale locale ed alla situazione produttiva del settore", che dava ingresso, secondo l'interpretazione prevalsa nella prassi amministrativa, al trattamento di integrazione salariale senza alcun termine prestabilito di durata (salvi i limiti stabiliti dalla stessa prassi amministrativa).

Mentre precedentemente la crisi dell'impresa assumeva rilievo - ai fini dell'intervento straordinario della cassa integrazione - solo se correlata ad una crisi generalizzata (crisi economiche settoriali o locali) o se l'imprenditore si impegnasse in un progetto di riconversione, ristrutturazione o riorganizzazione aziendale, nella configurazione normativa della nuova causa di intervento, ad assumere rilievo non erano tanto le cause della situazione di crisi, quanto i suoi possibili effetti

⁽¹⁶⁵⁶⁾ Mi permetto di rinviare ancora a M. MAGNANI, *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, op. cit., pag. 238.

sotto il profilo occupazionale, considerata principalmente la difficoltà del mercato del lavoro locale di garantire il riassorbimento della manodopera eventualmente – in mancanza dell'intervento della cassa – espulsa dell'impresa in crisi. Insomma, secondo quanto giustamente è stato osservato ⁽¹⁶⁵⁷⁾, “la crisi aziendale, dal punto di vista del CIPI, non è tanto un concetto economico-gestionale, quanto un concetto socio-politico, giacché la valutazione non verte, se non in minima parte, su una verifica delle condizioni contabili dell'impresa, bensì su un accertamento composito che tiene conto, tra l'altro, del contesto sociale e produttivo in cui l'impresa opera, nonché delle prospettive di un utile intervento di risanamento o di salvataggio ai fini della tutela dell'occupazione”.

Proprio tale configurazione normativa della figura della “crisi aziendale di particolare rilevanza sociale” – in cui assumevano rilievo, come si è detto, non tanto le cause della crisi, quanto i suoi possibili effetti – l'ha resa estremamente duttile. Essa era in grado di coprire un'area di intervento quanto mai poliedrica ed articolata: dalle imprese sane impegnate in processi di ristrutturazione, alle imprese in difficoltà temporanee, finanziarie e tecnico-produttive, alle imprese in stato di insolvenza ma risanabili, sino a quelle in dissesto totale ed irreversibile. Tale figura aveva così un amplissimo spettro di possibilità di utilizzazione, potendo, da una parte, surrogare le altre cause di intervento straordinario della cassa integrazione, dall'altra consentendo di dare ingresso a tale intervento pur in presenza di una cessazione dell'attività produttiva dell'impresa nel suo complesso.

La costruzione di una causa di intervento della cassa caratterizzata nei termini sopraindicati si inseriva allora perfettamente nel quadro delle politiche e delle relative tecniche di salvataggio delle imprese, o quanto meno delle organizzazioni produttive medio-grandi (le naturali destinatarie della dichiarazione di crisi “di particolare rilevanza sociale”), consentendo il temporaneo mantenimento dei rapporti di lavoro in attesa che emergessero i rimedi più appropriati per far fronte alla crisi.

Un riscontro della accennata polivalenza e duttilità della figura si poteva trovare nel controverso art. 2 della l. n. 301 del 1979. Qui addirittura, con una disposizione invero singolare e fonte di notevoli problemi interpretativi ⁽¹⁶⁵⁸⁾, la fattispecie della crisi aziendale è stata utilizzata direttamente dal legislatore per consentire l'erogazione del trattamento di integrazione salariale ai lavoratori nel caso in cui, a causa del fallimento dell'imprenditore, ne fosse stato disposto il licenziamento, licenziamento di cui la legge stessa disponeva la sospensione dell'efficacia “ai soli fini” dell'intervento della cassa integrazione.

La figura della crisi aziendale di particolare rilevanza sociale, come si è già accennato, è stata valorizzata nella successiva evoluzione normativa. Alla dichiarazione di crisi aziendale sono stati connessi effetti ulteriori e diversi rispetto all'ammissione dei lavoratori sospesi ai benefici dell'integrazione salariale: in particolare, l'applicabilità di una speciale normativa volta ad agevolare un eventuale trasferimento dell'azienda in crisi e tramite esso il reimpiego dei lavoratori, la prorogabilità del trattamento di disoccupazione speciale previsto dagli artt. 8 e 9 l. n. 1115 del 1968 e

⁽¹⁶⁵⁷⁾ Cfr. G. FERRARO, Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori, in Riv. It. Dir. Lav., 1985, I, pag. 160.

⁽¹⁶⁵⁸⁾ Cfr., per i problemi applicativi, tra tutti, V. SPARANO, Fallimento e cassa integrazione guadagni, Padova, 1981; G. FERRARO, Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori, op. cit., pag. 165 e segg.; M. DE LUCA, I diritti dei lavoratori nel fallimento, in Riv. It. Dir. Lav., 1984, I, pag. 615 e segg.; M. CINELLI, Dissesto dell'impresa e tutela sociale dei lavoratori, in Riv. Giur. Lav., 1986, III, pag. 193 e segg.

corrisposto ai lavoratori eventualmente licenziati, l'applicabilità dell'istituto del pensionamento anticipato.

Si aggiunga che le imprese “dichiarate in crisi” sono state esonerate dalle anticipazioni sul trattamento di fine rapporto previste dalla l. n. 297 del 1982 (art. 4), hanno visto sospeso l'obbligo di reintegrare le percentuali di posti riservati alle categorie protette (art. 9 l. n. 78 del 1983) e potevano altresì essere esonerate dall'obbligo di anticipazione del trattamento di integrazione salariale ai propri dipendenti, alla cui corresponsione, in ipotesi di mancanza di liquidità, provvedeva direttamente l'INPS (art. 5, l. n. 215 del 1978) ⁽¹⁶⁵⁹⁾.

Gran parte di questi effetti erano collegati anche alle altre cause di intervento straordinario della cassa integrazione, ma nessuna di esse produceva tutti gli effetti generati dalla dichiarazione dello stato di crisi aziendale, che è divenuta così anche per questo motivo – oltre che per l'estrema dutilità della figura, come si è detto – lo strumento principale di gestione della crisi dell'impresa.

6. ...e sul trasferimento di azienda.

Nel quadro delle misure attraverso le quali l'ordinamento – nel quindicennio 1975-1990 – ha inteso sostenere la continuità dei rapporti di lavoro nell'impresa in crisi, si iscrive anche quel “microsistema normativo” ⁽¹⁶⁶⁰⁾ che regola il trasferimento dell'azienda in crisi secondo principi che si distaccano dalla normale disciplina lavoristica. Ed infatti il passaggio di mano dell'azienda, come rimedio che consente la conservazione del complesso dei valori tecnici, industriali e commerciali che pure un'impresa in gravi difficoltà può possedere, e dei posti di lavoro, è stato previsto e favorito in vari casi nella legislazione di quegli anni attraverso disposizioni derogatorie, sul versante del rapporto di lavoro, al principio di continuità di cui all'art. 2112 Cod. Civ.

Quando l'impresa fosse in crisi e il trasferimento dell'azienda potesse qualificarsi come strumento di salvataggio, si è ritenuto opportuno sgravare l'acquirente dagli oneri economici che indubbiamente dall'art. 2112 derivano, a causa del necessario riconoscimento dell'anzianità maturata e della continuazione dei rapporti di lavoro.

Lo sgravio per l'imprenditore acquirente è stato generalmente realizzato attraverso la previsione della risoluzione del precedente rapporto. Prevedendosi la costituzione di un nuovo rapporto con l'acquirente, si è “azzerata” l'anzianità di servizio del lavoratore. Non solo, ma per lo più, pur disponendosi l'obbligo per l'acquirente di assumere in via prioritaria i dipendenti dell'alienante, lo si è lasciato libero di assumere quanti lavoratori ritenesse opportuno. Così è avvenuto in particolare per la l. n. 62 del 1976, per la l. n. 39 del 1977, per la l. n. 215 del 1978. Giova peraltro avvertire che i modelli normativi seguiti non sono stati univoci ⁽¹⁶⁶¹⁾, e neppure univoci sono stati gli strumenti tecnici per dare ingresso alle modifiche dell'art. 2112 Cod. Civ.

⁽¹⁶⁵⁹⁾ Cfr. M. MAGNANI, *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, op. cit., pag. 239.

⁽¹⁶⁶⁰⁾ Cfr. R. COSIO, *Le vicende dei rapporti di lavoro nelle aziende in crisi: modelli normativi a confronto*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1987, I, pag. 93 e segg. e R. ROMEI, *Crisi di impresa e garanzie dei crediti di lavoro*, Milano, 1990, pag. 109 e segg. Più in generale v. A. VALLEBONA, *Il trasferimento d'azienda in crisi: agevolazioni per l'acquirente e tutela dei posti di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1980, pag. 269 e segg.

⁽¹⁶⁶¹⁾ Cfr., più diffusamente, sui precedenti dell'art. 47 della l. n. 428 del 1990, M. MAGNANI, *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, op. cit., pag. 239 e segg.

L'art. 47 della l. n. 428 del 1990, nel riformulare la disciplina generale sul trasferimento di azienda anche al fine di conformarla al diritto comunitario, ha consolidato il modello delineato nell'art. 1 della l. n. 215 del 1978 (con le correzioni interpretative operate dalla giurisprudenza: la disapplicazione riguarda l'intero art. 2112 Cod. Civ. e dunque anche la regola della responsabilità solidale dell'acquirente per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento), non solo rendendo stabile una disciplina che prima era da considerare comunque transitoria, ma estendendola anche all'ipotesi di trasferimento di azienda nell'ambito del fallimento, del concordato preventivo con cessione dei beni, della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria. La norma poi, come noto, è stata modificata, con le leggi 20 novembre 2009, n. 166 e 7 agosto 2012, n. 134, che hanno attuato una diversificazione – la cui portata non è facilmente intellegibile ⁽¹⁶⁶²⁾ – del regime della deroga: l'uno, riguardante la dichiarazione di fallimento, l'omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni, la liquidazione coatta amministrativa, la sottoposizione ad amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta ovvero sia cessata, là dove si è prevista la disapplicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore; l'altro, riguardante la crisi aziendale, l'amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, la dichiarazione di apertura del procedimento di concordato preventivo, l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, là dove si è previsto che l'art. 2112 Cod. Civ. trova applicazione nei termini e con le limitazioni contenuti nell'accordo sindacale.

7. Gli incentivi all'esodo volontario dalle imprese in crisi.

Mentre, dunque, la cassa integrazione, dilatata come si è visto nel suo ambito di applicazione, rappresenta lo strumento che consente di sostenere temporaneamente la continuità dei rapporti di lavoro nell'impresa in crisi, d'altro canto, la flessibilizzazione della normativa garantistica in ipotesi di trasferimento di azienda può agevolare, per questa via, il salvataggio dell'azienda (o comunque di parti di essa) e con essa dei posti di lavoro. È di immediata evidenza, tuttavia, che si tratta di risposte limitate rispetto ai problemi occupazionali causati dalla crisi dell'impresa, perché occorre mettere in conto la possibilità che essa finisca col determinare una contrazione definitiva del fabbisogno occupazionale dell'impresa. Ecco allora che alle misure per il sostegno della continuità dei rapporti di lavoro si affiancano misure che agevolano gli esodi volontari e, dunque, l'espulsione "indolore" dall'impresa. Tra questi, oltre ai prepensionamenti, i meccanismi di mobilità guidata dal vecchio al nuovo posto di lavoro, con sospensione, legislativamente prevista, dei licenziamenti collettivi, di cui alla l. n. 675 del 1977.

L'insieme di queste misure, sia quelle rivolte a sostenere la continuità dei rapporti di lavoro, sia quelle rivolte a favorire l'esodo volontario dei lavoratori delle imprese in crisi, ha contribuito, sia pure in modo diverso, a marginalizzare il licenziamento collettivo come normale reazione alla crisi dell'impresa, tanto da far ritenere secondaria nell'opinione comune, a quanto pare ricevuta dallo

⁽¹⁶⁶²⁾ Cfr. le analisi di P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, op. cit., e V. ANIBALLI, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, pag. 345 e segg.

stesso legislatore – che solo nel 1991 ha provveduto in materia nonostante le sollecitazioni provenienti in tal senso dalla Corte di giustizia delle Comunità europee – una normazione specifica sui licenziamenti collettivi ⁽¹⁶⁶³⁾.

8. Il (parziale) revirement attuato negli anni '90.

La legge n. 223 del 1991 ha attuato un primo tentativo di contenere sia dal punto di vista causale, sia dal punto di vista della durata, l'intervento straordinario della cassa integrazione, ristretto, per la verità, già dalla l. n. 160 del 1988 che aveva espunto dal novero delle cause di intervento le ipotesi di "crisi economica settoriale e/o locale". Ora l'intervento straordinario della Cig è previsto per crisi aziendale, ovvero ristrutturazione, riorganizzazione, conversione aziendale. Tuttavia, nonostante la valorizzazione da parte degli interpreti degli elementi di discontinuità col passato, la crisi aziendale resta fattispecie del tutto diversa da quella della ristrutturazione, riconversione o riorganizzazione, con la duttilità sopra segnalata, l'unica reale restrizione essendo rappresentata dalla limitazione della sua durata, pari, in questo caso, ad un anno.

È nella l. n. 223 che si consacra la fattispecie della Cigs "concorsuale" ⁽¹⁶⁶⁴⁾: vale a dire l'intervento straordinario della Cassa nei casi di dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di omologazione del concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, qualora la continuazione dell'attività non fosse stata disposta o fosse cessata. Il periodo massimo di intervento (12 mesi), poi, poteva essere prorogato per ulteriori 6 mesi, qualora sussistessero fondate prospettive di continuazione o ripresa dell'attività e di salvaguardia anche parziale dei livelli di occupazione tramite la cessione, a qualunque titolo, dell'azienda o di sue parti.

E quando non fosse possibile la continuazione dell'attività anche tramite cessione dell'azienda o di sue parti o quando i livelli potessero essere salvaguardati solo parzialmente, il curatore, il liquidatore o il commissario avevano la facoltà di collocare in mobilità, ai sensi dell'art. 4 ovvero dell'art. 24, i lavoratori eccedenti ⁽¹⁶⁶⁵⁾.

La disciplina dei licenziamenti collettivi è l'altra faccia del contenimento della cassa straordinaria: anche sotto l'impulso della duplice condanna da parte della Corte di Giustizia, si prende atto che

⁽¹⁶⁶³⁾ Anzi, una normazione specifica in materia è apparsa talora, e specialmente nel periodo in cui più si nutriva fiducia negli utopistici meccanismi di mobilità "da posto di lavoro a posto di lavoro" istituiti dalla l. n. 675 del 1977, perfino inopportuna, quasi che, regolando il licenziamento collettivo, si finisse in realtà per incentivarlo: sulla singolarità di questa opinione cfr. il mio *Imprese in crisi nel diritto del lavoro*, op. cit., pag. 244.

⁽¹⁶⁶⁴⁾ V. però precedentemente il già citato art. 2 della l. n. 301 del 1979. Giustamente P. G. ALLEVA, *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2001, I, pag. 684 ha osservato che la disposizione, che ha incontrato nella dottrina e nella giurisprudenza fallimentare ostilità e ripetuti tentativi di disapplicazione, è stata "frutto dei lavoristi" e della evoluzione normativa e concettuale degli anni '70.

⁽¹⁶⁶⁵⁾ In tali casi il termine di cui all'art. 4, comma 6° – cioè il termine per la procedura di consultazione sindacale pari a 45 giorni – era ridotto a trenta giorni. E il contributo a carico dell'impresa previsto dall'art. 5, comma 4°, non era dovuto. Affronta specificamente il problema della applicazione dell'art. 3, l. n. 223 del 1991 a fronte dell'evoluzione della configurazione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti A. M. PERRINO, *La cassa integrazione straordinaria e le procedure concorsuali*, in P. CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe e prospettive*, Bari, 2009, spec. pag. 130 e segg.

occorre sanare questa lacuna, respingendo il curioso argomento del Governo per cui se si fossero disciplinati i licenziamenti collettivi, si sarebbe in realtà finito per incentivarli ⁽¹⁶⁶⁶⁾.

Come tutti sanno, nessuna sostanziale differenza vi è tra la cd. messa in mobilità (di cui all'art. 4) e licenziamento collettivo (di cui all'art. 24): la prima essendo il licenziamento collettivo attuato dalle imprese ammesse all'intervento straordinario della Cassa integrazione. Ma il licenziamento collettivo dei lavoratori ammessi al trattamento Cigs porta con sé uno statuto di miglior favore, innanzitutto per quanto riguarda il sostegno al reddito (l'indennità di mobilità) incomparabilmente superiore per entità e durata rispetto all'ordinaria indennità di disoccupazione. Senza contare le misure per agevolare il reimpiego. Vi è in sostanza un'enclave di imprese e lavoratori assoggettati ad un regime di favore, a fronte della riduzione del personale in una situazione di "crisi" dell'impresa ⁽¹⁶⁶⁷⁾.

Sono le "grandi" imprese del settore industriale, bisognose di ristrutturazione, a beneficiare della Cassa integrazione straordinaria, così come prima del trattamento speciale di disoccupazione, poi dell'indennità di mobilità. Si tratta di imprese e di lavoratori dotati di particolare forza sociale: ciò che guida, dunque, il legislatore non è la situazione di bisogno del singolo lavoratore ma la rilevanza dell'intensità della minaccia di conflitto sociale derivante dalle situazioni di crisi dell'impresa.

Poi, con una vicenda nota a tutti, questo tentativo, operato dalla l. n. 223 del 1991, di ricondurre la Cig – anche nella forma straordinaria – alla sua finalità originaria non ha retto alla prova dei fatti. Le estensioni "*ad personam*" ⁽¹⁶⁶⁸⁾, ma soprattutto la cd. Cassa integrazione in deroga, introdotta per la prima volta con la legge finanziaria per il 2003 e via via riproposta con le successive leggi finanziarie, hanno consentito l'intervento dell'integrazione salariale appunto in deroga a qualunque requisito di natura sostanziale e temporale ⁽¹⁶⁶⁹⁾.

Contestualmente alla Cassa integrazione in deroga si è, peraltro, proceduto all'estensione dei trattamenti di integrazione salariale a categorie escluse dal campo di applicazione della relativa normativa tramite l'istituzione di appositi Fondi presso gli Enti bilaterali.

9. L'attuale riorientamento della normativa giuslavoristica anche relativamente alla crisi d'impresa: in particolare, il venir meno della cigs "concorsuale".

Ed è su questo contesto che si innestano le nuove riforme: prima la cd. legge Fornero, poi il cd. Jobs Act.

⁽¹⁶⁶⁶⁾ Cfr. M. MAGNANI, Imprese in crisi nel diritto del lavoro, op. cit., pag. 244.

⁽¹⁶⁶⁷⁾ V. il mio L'uso allargato della Cassa integrazione tra emergenza e ricerca di una logica di sistema, in An. Giur. Ec., 2010, pag. 409 e segg. ed ivi ulteriori citazioni dottrinali.

⁽¹⁶⁶⁸⁾ Basti ricordare i casi Maserati, i cui dipendenti sono rimasti in Cig per almeno 10 anni, Pirelli, Enichem, ma, nel novero, si può includere anche il cd. decreto Alitalia del 2008.

⁽¹⁶⁶⁹⁾ Cfr. M. MAGNANI, L'uso allargato della Cassa integrazione tra emergenza e ricerca di una logica di sistema, op. cit., pag. 409 e segg.; F. LISO, Gli ammortizzatori sociali. Percorsi evolutivi e incerte prospettive di riforma, in P. CURZIO (a cura di), Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe e prospettive, op. cit., pag. 26 e segg.; D. GAROFALO, Gli ammortizzatori sociali in deroga, Milano, 2010; F. SANTONI, Ammortizzatori sociali in deroga e canale bilaterale, in AA. VV., Studi in onore di Tiziano Treu, Napoli, 2011, vol. III, pag. 1259 e segg.; M. BARBIERI, Ammortizzatori in deroga e modelli di welfare negli Accordi Stato-Regioni e Regioni-parti sociali, in Riv. Giur. Lav., 2011, I, pag. 379 e segg.

La l. n. 92 del 2012, nel porre fine – sia pure gradualmente – al sistema della Cassa integrazione in deroga, modifica il comma 1 dell'art. 3 della l. n. 223 del 1991: ora la Cigs "concorsuale" è concessa in caso di dichiarazione di fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa e di sottoposizione alla amministrazione straordinaria "quando sussistono prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività o di salvaguardia anche parziale dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali" ⁽¹⁶⁷⁰⁾. Un capovolgimento di prospettiva che preannuncia il venir meno di questa misura di accompagnamento nella versione più assistenziale.

Della norma infatti è prevista l'abrogazione a decorrere dal 1° gennaio 2016. Ed è appena il caso di ricordare che, attraverso l'Aspi, è omogeneizzato il trattamento di disoccupazione, venendo meno definitivamente, entro il 2016, l'indennità di mobilità e il sistema che attorno ad esso ruota.

Con il cd. Jobs Act, e in particolare con il d.lgs. n. 148 del 2015, si è provveduto al completo rioridino dei cd. ammortizzatori sociali, tentando, secondo quanto più volte cercato di effettuare in sede riformatrice – devo dire, peraltro, senza successo (si ricordi proprio il contenimento operato dalla l. n. 223 del 1991 ed il suo travolgimento con l'esperienza della Cigs in deroga) – di ricondurre la Cassa integrazione alle sue finalità originaria. Come sappiamo, le causali della Cig sono quelle ordinarie, ovvero, per quelle straordinarie, unicamente la riorganizzazione aziendale e la crisi aziendale ad esclusione - così dispone l'art. 21, 1° comma, lett. b), del d.lgs. n. 148 del 2015 - "dal 1° gennaio 2016, dei casi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa" ⁽¹⁶⁷¹⁾.

Ciò in perfetta aderenza con l'eliminazione della cd. Cigs concorsuale, disposta dalla l. n. 92 del 2012, a decorrere dal 1° gennaio 2016, anche se transitoriamente, per il triennio 2016-2018, è previsto un intervento Cigs per le imprese cessate, quando sussistono concrete prospettive di

⁽¹⁶⁷⁰⁾ Cfr. art. 2, comma 70, l. n. 92 del 2012. Il d.m. 4 dicembre 2012, n. 70750, ha delineato poi una serie di indicatori disomogenei, tra cui l'esistenza di "tavoli, in sede governativa o regionale, finalizzati all'individuazione di soluzioni operative tese alla continuazione o alla ripresa dell'attività...". L'essere capovolto il presupposto della Cigs concorsuale, dalla cessazione dell'attività alle prospettive di ripresa con mantenimento anche parziale dei livelli occupazionali, ha chiuso la questione della obbligatorietà ovvero facoltatività del ricorso ad essa: così, giustamente, C. ZOLI-L. RATTI, La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento, in *Mass. Giur. Lav.*, 2017, pag. 202.

⁽¹⁶⁷¹⁾ Illustra le nuove causali e in particolare, per quanto qui interessa, la nuova caratterizzazione della crisi aziendale, la circolare ministeriale 5 ottobre 2015, n. 24.

Il d.lgs. n. 148 del 2015, nell'ottica di estendere la tutela del reddito dei lavoratori nei casi di riduzione o sospensione dell'attività anche nei settori attualmente non coperti dalla Cassa integrazione, è intervenuto anche sulla disciplina dei fondi bilaterali, sulla scorta di quanto già previsto in materia nell'art. 3 della l. n. 92 del 2012. Sul tema, che qui non si può analizzare, cfr., tra i molti, G. FERRARO, Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2012, n. 143, pag. 7 e segg.; M. CINELLI, Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro. A proposito degli artt. 2-4 della legge n. 92/2012, op. cit., pag. 227 e segg.; S. SPATTINI, Il nuovo sistema degli ammortizzatori sociali dopo la legge 28 giugno 2012, n. 92, Milano, 2012, pag. 99 e segg.; F. LISO, I fondi bilaterali alternativi, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2013, pag. 521 e segg.; A. TURSI, I fondi di solidarietà bilaterali, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), op. cit., pag. 475 e segg.; S. GIUBBONI, I fondi bilaterali di solidarietà nel prisma della riforma degli ammortizzatori sociali, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, pag. 715 e segg.; P. SANDULLI, La tutela del reddito in costanza di rapporto di lavoro attraverso i nuovi fondi di solidarietà, in G. FERRARO (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Torino, 2014, pag. 64 e segg.; M. FAIOLI, Il sostegno al reddito attuato mediante fondi bilaterali di solidarietà, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, pag. 407 e segg.

rapida cessione dell'azienda e di un conseguente riassorbimento occupazionale (cfr. art. 21, comma 4, d.lgs. n. 148 del 2015) ⁽¹⁶⁷²⁾.

Un ambiguo collegamento dell'intervento della cassa integrazione con le cd. politiche attive permea la nuova disciplina: la più evidente manifestazione di tale collegamento è rappresentata dai cd. obblighi di condizionalità ⁽¹⁶⁷³⁾ orientati al mantenimento e allo sviluppo delle competenze professionali non solo in vista della ripresa dell'attività lavorativa, ma anche di una possibile diversa collocazione "in connessione con la domanda di lavoro espressa dal territorio" (cfr. art. 22, d.lgs. n. 150 del 2015).

10. Disciplina del licenziamento collettivo e procedure concorsuali.

Qui interessa discutere non tanto delle ragioni a sostegno della compressione dell'utilizzazione della Cassa integrazione e della sua tenuta ⁽¹⁶⁷⁴⁾, su cui già l'accordo Confindustria-sindacati del 2016 consente di avanzare qualche dubbio, quanto degli esiti che essa produce. La prospettiva del licenziamento collettivo si fa più concreta ed immediata seppur controbilanciata dalle misure di sostegno, oltre che del reddito, del reimpiego dei lavoratori, fortemente improntate ad un regime di autoresponsabilità ⁽¹⁶⁷⁵⁾.

Sulla disciplina sostanziale del licenziamento collettivo né la legge Fornero, né il Jobs Act intervengono. Il licenziamento collettivo è sempre quello dovuto a "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro" e che coinvolge almeno 5 lavoratori nell'arco di 120 giorni; quanto al profilo della disciplina, esso richiede le preventive procedure di informazione e consultazione sindacale, nonché, in caso di mancato accordo sindacale, il coinvolgimento della autorità amministrativa (le articolazioni periferiche o centrali del Ministero del lavoro). Restano le previsioni dei criteri di scelta, ovviamente nel caso in cui non si tratti di licenziamento cd. totale.

Ciò che viene modificato è il regime sanzionatorio per il licenziamento collettivo viziato: a parte il caso di inosservanza della forma scritta nella comunicazione del licenziamento, per cui continua ad applicarsi il regime reintegratorio, a seguito della legge Fornero solo nel caso di violazione dei criteri di scelta esso si applica (nella versione attenuata), non invece nel caso di violazione della

⁽¹⁶⁷²⁾ Il che significa che le imprese soggette a procedura concorsuale con continuazione dell'esercizio dell'impresa potranno accedere all'integrazione salariale secondo le regole comuni: v. circolare ministeriale 22 gennaio 2016, n. 1 e 26 luglio 2016, n. 24 (quest'ultima con specifico riferimento alle imprese fallite, con esercizio provvisorio volto alla cessione di attività e in concordato con continuità aziendale). Per la disciplina della cigs in presenza di amministrazione straordinaria cfr. D. GAROFALO, La riforma della cigs, in E. BALLETTI-D. GAROFALO (a cura di), La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Jobs Act 2, Bari, 2016, pag. 80.

⁽¹⁶⁷³⁾ Cfr. art. 8, d.lgs. n. 148 del 2015. In sostanza i lavoratori beneficiari di integrazioni salariali per i quali è programmata una sospensione o riduzione superiore al 50 per cento dell'orario di lavoro, calcolati in un periodo di 12 mesi, devono essere convocati dal Centro per l'impiego per stipulare un patto di servizio personalizzato che può prevedere sia iniziative di formazione o di riqualificazione professionale, sia l'avviamento a servizi di pubblica utilità. A parte l'incongruenza logica sopra evidenziata, l'idoneità di queste misure di politica attiva per il reimpiego è, ovviamente, tutta da verificare: v. D. GAROFALO, La nuova disciplina della cassa integrazione guadagni (d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148), in F. SANTONI-M. RICCI-R. SANTUCCI (a cura di), Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act, Napoli, 2016, pag. 309 e segg.

⁽¹⁶⁷⁴⁾ V. l'interessante dibattito aperto da M. LEONARDI e T. NANNICINI, Crisi aziendali, uno sguardo al futuro, ne Il Sole 24 ore, 25 maggio 2017.

⁽¹⁶⁷⁵⁾ Cfr. B. CARUSO-M. CUTTONE, Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni, in Dir. Rel. Ind., 2016, pag. 63 e segg.; B. CARUSO, "The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale, in Riv. It. Dir. Lav., 2016, I, pag. 177 e segg.

procedura di informazione e consultazione sindacale, in presenza della quale si applica il regime indennitario. Il che depotenzia, sicuramente, le procedure di informazione e consultazione sindacale, da sempre viste, sia pure in modo enfatico e probabilmente non corretto, come sostitutive del controllo giurisdizionale (che, in effetti, è ampiamente recuperato nel momento della verifica dei criteri di scelta). A seguito del d.lgs. n. 23 del 2015, ma, come è noto, solo per i contratti di lavoro stipulati a partire dal 7 marzo 2015, anche in caso di violazione dei criteri di scelta si applica unicamente il regime indennitario. Con i problemi, oltre che di legittimità, di gestione concreta delle procedure di riduzione di personale che questa differenziazione di regime comporta⁽¹⁶⁷⁶⁾.

L'abrogazione dell'art. 3, comma 3°, della l. n. 223 del 1991 potrebbe far sorgere il problema della persistenza dell'obbligo di esperire la procedura di licenziamento collettivo nel caso in cui il curatore ritenga necessario procedere al licenziamento.

La Corte di Cassazione, anche recentemente, ha ribadito che i licenziamenti collettivi conseguenti alla chiusura dell'insediamento produttivo sono soggetti alla gran parte⁽¹⁶⁷⁷⁾ delle norme previste in materia di procedure di mobilità. Più precisamente è ad oggi *ius receptum* che la disciplina prevista dalla l. 23 luglio 1991, n. 223, avrebbe portata generale e (sarebbe) obbligatoria anche nell'ipotesi in cui, nell'ambito di una procedura concorsuale, risulti impossibile la continuazione dell'attività aziendale e, nelle condizioni normativamente previste, si intenda procedere ai licenziamenti⁽¹⁶⁷⁸⁾. Tuttavia poiché, nel pervenire a queste conclusioni, il peso dell'art. 3, comma 3°, della l. n. 223 era significativo, almeno nelle elaborazioni dottrinali⁽¹⁶⁷⁹⁾, la questione va quanto meno esaminata. Ma, a cospirare per la necessaria applicazione della procedura, sta anche la modifica intervenuta nella disciplina comunitaria dei licenziamenti collettivi e precisamente il venir meno dall'esclusione dal suo ambito di applicazione, "in linea di massima", dei licenziamenti derivanti da una cessazione di attività conseguente a decisione giudiziaria⁽¹⁶⁸⁰⁾.

⁽¹⁶⁷⁶⁾ Cfr. il mio *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 256, pag. 9 e segg.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pag. 315.

⁽¹⁶⁷⁷⁾ Cfr. Cass. 28 dicembre 2016, n. 27211, inedita a quanto consta, che, in un caso di liquidazione di società, ritiene inapplicabile l'art. 4, comma 3, l. n. 223 del 1991, relativo all'obbligo di specificare, nella comunicazione preventiva alle rappresentanze sindacali aziendali, i motivi del mancato ricorso ad altre forme occupazionali.

⁽¹⁶⁷⁸⁾ Cfr. Cass. 23 settembre 2011, n. 19405, in *Mass. Giur. Civ.*, 2011, 9, pag. 1330, per la quale "la disciplina prevista dalla legge 23 luglio 1991, n. 223 ha portata generale ed obbligatoria anche nell'ipotesi in cui, nell'ambito di una procedura concorsuale, risulti impossibile la continuazione della attività aziendale e, nelle condizioni normativamente previste, si intenda procedere ai licenziamenti...Né, ai fini di cui trattasi...può non venire in considerazione che dopo il fallimento l'azienda nella sua unitarietà sopravvive e, nel suo ambito, anche il rapporto di lavoro (art. 2119 c.c.);...questa perdurante vigenza del rapporto, pur in uno stato di quiescenza, rende ipotizzabile la futura ripresa dell'attività lavorativa, per iniziativa del curatore o con successivo provvedimento del tribunale fallimentare (il quale può autorizzare l'esercizio provvisorio anche dopo il decreto di esecutività dello stato passivo) o con la cessione dell'azienda o con la ripresa dell'attività lavorativa da parte dello stesso datore a seguito di concordato". In senso conforme, Cass. 11 novembre 2011, n. 23665, in *Dir. e Giust.*, 2011, pag. 484 e segg.; Cass. 2 marzo 2009, n. 5033, in *Guida al Dir.*, 2009, 14, pag. 59; Cass., 8 luglio 2004, n. 12645, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 217 e segg.

⁽¹⁶⁷⁹⁾ V. ad es. M. MARAZZA, *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, in M. MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, 2015, pag. 20. E difatti ritengono problematico impostare una ricostruzione di sistema sull'art. 3, comma 3°, ora che è stato abrogato, F. APRILE-R. BELLÉ, *Diritto concorsuale del lavoro*, Milano, 2013, pag. 16.

⁽¹⁶⁸⁰⁾ Cfr. la direttiva CEE n. 92/56 del 24 giugno 1992. La Corte di Giustizia ha interpretato la locuzione "cessazione dell'attività dello stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria" come riferita alla cessazione dell'attività risultante "ad esempio, da sentenze che pronunciano il fallimento o lo scioglimento di un'impresa" (Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, cause riunite da C-187/05 a C-190/05, Agorastoudis e altri, in *Foro It.*, 2007, IV, col. 270 e segg.).

Ad ogni modo, anche chi dà per scontata tale applicazione ⁽¹⁶⁸¹⁾ – e sono la grande maggioranza – sottolinea una doppia *incongruità*: dover aprire una procedura di licenziamento collettivo subito, per cercare di chiuderla rapidamente con un accordo sindacale – stante l'assenza di retribuzione per i lavoratori – al fine di far godere loro, rimasti privi di reddito, l'indennità di disoccupazione; con la conseguenza di dover arrivare a vendere le aziende, previo esperimento delle procedure competitive, senza il capitale umano. Tant'è che è stata proposta una reintroduzione della Cigs concorsuale, scomputando eventualmente dal periodo di fruizione dell'indennità di disoccupazione quanto percepito in forza della Cassa ⁽¹⁶⁸²⁾.

11. Il rebus del raccordo tra art. 72 l. fall. e art. 2119 Cod. Civ.

E qui veniamo inevitabilmente alla ricostruzione di uno dei punti centrali – cui il venir meno della Cigs concorsuale fa riacquisire grande peso pratico – vale a dire quello dei rapporti tra la normativa fallimentare e la disciplina lavoristica dei licenziamenti.

In tema di rapporti pendenti, nel caso di fallimento l'art. 72 l. fall. dispone la sospensione dell'esecuzione dei contratti fino alla eventuale dichiarazione del curatore di voler subentrare. Applicata questa norma ai contratti di lavoro, il curatore può scegliere di subentrare o meno, potendo, fino a che non venga assunta la sua decisione, restare per così dire riparato dall'ombrello della sospensione del rapporto contrattuale, sì da evitare la maturazione di oneri a carico della massa.

All'applicazione indifferenziata dell'art. 72 l. fall. ai rapporti di lavoro si è mossa, come noto, l'obiezione di scarsa coerenza col sistema lavoristico e, forse, col sistema civilistico in generale.

L'art. 2119 Cod. Civ., rubricato "recesso per giusta causa", nell'escludere che il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda costituiscano giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro, qualifica implicitamente, ma necessariamente, in termini di licenziamento il recesso dal rapporto in concomitanza col fallimento. La norma perderebbe infatti di significato se il legislatore avesse contestualmente ammesso la possibilità per il curatore di sciogliersi immediatamente dai rapporti di lavoro all'apertura del fallimento.

Dalla necessità che fosse intimato un licenziamento discendeva poi, secondo un primo orientamento, la prosecuzione del rapporto senza soluzione di continuità con il permanere delle relative obbligazioni ⁽¹⁶⁸³⁾.

⁽¹⁶⁸¹⁾ Cfr. A. RIVA, Tramonto della CIGS: il silenzio assordante del legislatore e l'apatia delle forze sociali, ne *ilfallimentarista.it*, 23 settembre 2015, pag. 4; A. CORRADO-D. CORRADO, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Milano, 2016, pag. 287.

⁽¹⁶⁸²⁾ Cfr. la proposta formulata da A. RIVA il 29 marzo 2016 in un carteggio con P. ICHINO, Sul divieto di attivare la cassa integrazione per i dipendenti dell'impresa fallita, in <http://www.pietroichino.it>; A. CORRADO-D. CORRADO, L'abrogazione della CIGS per le procedure concorsuali: tra rischi di disparità di trattamento e inefficienza del punto di equilibrio, ne *ilfallimentarista.it*, 4 maggio 2016, pag. 4.

⁽¹⁶⁸³⁾ Cfr., per la dottrina lavoristica, P. G. ALLEVA, La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali, op. cit., pag. 674 e segg.; M. L. VALLAURI, Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo, op. cit., pag. 64 e segg.; EAD., "Non guardarmi: non ti sento": diritto del lavoro e diritto fallimentare a confronto, op. cit., pag. 862; P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, op. cit., pag. 222; L. MENGHINI, I contratti di lavoro, in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali, Padova, 2006, pag. 505 ss.; per la dottrina fallimentarista, L. GUGLIELMUCCI, Diritto fallimentare, Torino, 2017, pag. 132.

Proprio la non sostenibilità dell'interpretazione "abrogante" dell'art. 2119 Cod. Civ., ma neppure della soluzione del permanere dell'obbligazione retributiva, con depauperamento della massa, ha propiziato la prospettazione di una tesi intermedia per cui l'art. 72 riguarderebbe solo gli aspetti, per così dire, economici ma non riguarderebbe gli aspetti relativi ai presupposti legittimanti il recesso del curatore, con la conseguenza che quest'ultimo potrebbe recedere dal contratto, ma soltanto in presenza di una causale legittimante secondo la normativa lavoristica ⁽¹⁶⁸⁴⁾.

In sostanza, combinando gli artt. 2119 Cod. Civ. e 72 l. fall., il rapporto di lavoro non si risolve di diritto, ma può integrare il giustificato motivo di recesso: il rapporto entra in una sorta di quiescenza fino a che il curatore decida di subentrare o di recedere dal rapporto ⁽¹⁶⁸⁵⁾.

La soluzione appare in linea con le esigenze del fallimento, in quanto consente, da una parte, di evitare la maturazione di crediti prededucibili sorti dopo la sentenza dichiarativa di fallimento e, d'altra parte, di risolvere il contratto nelle forme di legge mediante il licenziamento, il cui effetto retroagisce al momento del fallimento ⁽¹⁶⁸⁶⁾.

In sostanza, al netto dei problemi tecnici che il meccanismo divisato dall'art. 72 l. fall. fa sorgere per i rapporti di lavoro, cui si vuole continuare ad applicare la disciplina del licenziamento, l'applicazione della specifica procedura sui licenziamenti collettivi pure in caso di licenziamento disposto da imprese sottoposte a procedure concorsuali può avere una sua utilità per l'esame di soluzioni almeno in parte alternative o comunque di accompagnamento alla programmata riduzione di personale, talora intrecciandosi con la procedura per il trasferimento di azienda o di un ramo della stessa ⁽¹⁶⁸⁷⁾.

⁽¹⁶⁸⁴⁾ Così la recente dottrina fallimentarista: cfr. B. MEOLI-S. SICA, Effetti sui rapporti giuridici preesistenti, in V. BUONOCORE-A. BASSI (diretto da), Trattato di diritto fallimentare, vol. II, Padova, 2010, pag. 489; A. M. PERRINO, Le relazioni tra il diritto del lavoro ed il diritto fallimentare, op. cit., pag. 600 e segg.; A. CORRADO-D. CORRADO, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, op. cit., pag. 26 e segg. Tra i giuslavoristi, sembrano propensi a ritenere che anche la disciplina del licenziamento subisca adattamenti in presenza di procedure concorsuali, C. ZOLI-L. RATTI, La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento, op. cit., pag. 201; L. DE ANGELIS, Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006, in Foro It., 2007, V, col. 87; M. MARAZZA-V. ANIBALLI, Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente, in M. PERSIANI - F. CARINCI (diretto da), Trattato di diritto del lavoro, op. cit., pag. 2235; F. APRILE-R. BELLÈ, Diritto concorsuale del lavoro, op. cit., pag. 15 e segg. Critica è altra parte della dottrina giuslavoristica: cfr. M. L. VALLAURI, Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo, op. cit., pag. 64 e segg.; P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, op. cit., pag. 219 e segg.; P. G. ALLEVA, La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali, op. cit., pag. 678 e segg.

⁽¹⁶⁸⁵⁾ Sintetizza gli orientamenti giurisprudenziali L. DE ANGELIS, Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006, op. cit., col. 88 e segg. V. inoltre Cass. 14 maggio 2012, n. 7473, in Foro It., 2012, I, col. 2357 e segg. e Trib. Milano 5 maggio 2015, n. 5571, in Riv. It. Dir. Lav., 2015, II, pag. 941 e segg.

⁽¹⁶⁸⁶⁾ Il preavviso è considerato credito prededucibile ove sia stato disposto l'esercizio provvisorio e il lavoratore abbia svolto l'attività lavorativa nel corso dello stesso. Diversamente, tale credito è concorsuale e gode solo del privilegio generale ex art. 2751 bis Cod. Civ.: cfr. Cass. n. 18 giugno 2010, n. 14758, in Mass. Giur. Civ., 2010, pag. 930; Cass. 7 luglio 2008, n. 18565, in Giust. Civ., 2009, I, pag. 673 e segg.; Cass. 12 maggio 2004, n. 8984, in Dir. Fall., 2005, II, pag. 637 e segg.; Cass. 7 febbraio 2003, n. 1832, in Not. Giur. Lav., 2003, pag. 532 e segg.; Corte app. Roma, 17 ottobre 2011, n. 4301, inedita a quanto consta; nello stesso senso in dottrina cfr. M. MARAZZA-D. GAROFALO, Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore, op. cit., pag. 103; M. MARAZZA-V. ANIBALLI, Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente, op. cit., pag. 2273 e segg.; C. ZOLI-L. RATTI (a cura di), La disciplina dei rapporti di lavoro e l'esercizio provvisorio nel fallimento, op. cit., pag. 211; F. APRILE-R. BELLÈ, Diritto concorsuale del lavoro, op. cit., pag. 28 e segg.

⁽¹⁶⁸⁷⁾ L'eventuale esito negoziale della trattativa, ovvero la conclusione di un accordo, comporta un risparmio economico per il datore di lavoro, derivante dalla mancata triplicazione del contributo dovuto per il finanziamento della Naspi a partire dal 1° gennaio 2017 (art. 2, comma 35, l. n. 92 del 2012).

12. Dalla tutela del posto alla tutela dell'occupazione: la scommessa del reimpiego.

È stato detto che, abrogato l'istituto della mobilità, i licenziamenti si presentano “nudi e crudi”⁽¹⁶⁸⁸⁾, con la tutela della Naspi. La presentazione della domanda della indennità di disoccupazione, denominata Naspi, all'INPS, equivale poi a rendere la dichiarazione di immediata disponibilità all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, istituita con d.lgs. n. 150 del 2015, ai fini dell'inserimento nel sistema informatico unitario delle politiche del lavoro. Il disoccupato che abbia presentato domanda di indennità Naspi è tenuto a contattare il centro per l'impiego entro i successivi quindici giorni ai fini della stipulazione del patto di servizio personalizzato. Con il patto di servizio, l'amministrazione definisce le specifiche attività costituenti oggetto dell'intervento di ricollocamento ed il disoccupato si impegna a partecipare ad iniziative formative di riqualificazione, nonché ad accettare una congrua offerta di lavoro.

Si instaura una forte relazione funzionale tra le cd. politiche passive, come si dice con un'espressione di comodo ma datata (quindi l'erogazione, nel nostro caso, dell'indennità di disoccupazione) e le cd. politiche attive del lavoro.

Qui il cambio di passo, prefigurato dalla legge Fornero, ma poi compiuto con il Jobs Act, è evidente: così come nel sostegno del reddito, anche nelle misure di reimpiego non vi sono più statuti privilegiati per (alcune categorie di) i lavoratori licenziati per riduzione di personale: la scommessa del reimpiego si basa sul ruolo attivo delle strutture preposte al mercato del lavoro e, come già accennato, sull'autoresponsabilità.

L'istituto che più simboleggia questo cambiamento è quel che oggi si chiama assegno di ricollocazione⁽¹⁶⁸⁹⁾, di cui si è avviata la sperimentazione. Il legislatore prevede la corresponsione di una somma a favore dei soggetti disoccupati da almeno quattro mesi, percettori della NASPI, subordinata alla richiesta volontaria del percettore. La normativa definisce con chiarezza l'obiettivo finale che lo strumento si prefigge: il reinserimento del disoccupato all'interno dei diversi segmenti del mercato del lavoro.

13. La legge delega n. 155 del 2017 quale occasione di raccordo tra normativa lavoristica e diritto delle procedure concorsuali.

Sarà questo sufficiente? Naturalmente nessuno può pensare che i ritardi atavici accumulati nelle politiche attive per l'impiego possano essere improvvisamente annientati, così come non si può ignorare che l'economia italiana ha ancora un passo lento e diseguale fra i suoi comparti. Tant'è che nell'accordo Confindustria-sindacati del 1° settembre 2016 si sono avanzate proposte – oltre che per anticipare, condivisibilmente, il trattamento occupazionale delle situazioni di crisi – per

⁽¹⁶⁸⁸⁾ Cfr. G. FERRARO, *Crisi occupazionali e tecniche di tutela*, in ID. (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi di impresa*, Torino, 2014, pag. 94.

⁽¹⁶⁸⁹⁾ Sul quale v., oltre agli autori citati retro nt. 35, L. VALENTE, *Il contratto di ricollocazione*, in E. GHERA - D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, pag. 329 e segg.; e, per l'esperienza applicativa, EAD., *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, pag. 729 e segg.; L. CASANO, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della “nuova geografia del lavoro”*, ivi, pag. 634 e segg. e spec. pag. 656 e segg.

accrescere la “fruibilità degli ammortizzatori sociali”, in particolare la Cassa integrazione, che proprio in questi giorni stanno suscitando un vivace dibattito ⁽¹⁶⁹⁰⁾. Non sembra tuttavia che ci siano i presupposti per modifiche dell’impianto riformatore scaturente dal cd. Jobs Act ⁽¹⁶⁹¹⁾. Il diritto del lavoro ha compiuto le sue riforme nell’ottica della *flexicurity* europea; tocca ora al diritto delle procedure concorsuali risolvere i problemi tecnici (e no) che affliggono il rapporto tra le due discipline, in modo da consentire loro di dialogare più efficacemente.

⁽¹⁶⁹⁰⁾ Cfr. retro, nt. 34.

⁽¹⁶⁹¹⁾ All’ordine del giorno pare esservi solo la proroga della cigs, sino al limite massimo di 12 mesi, per le imprese di “rilevanza economica strategica” in stato di crisi, in presenza di un programma di riorganizzazione aziendale che preveda investimenti complessi o piani di recupero occupazionale, nonché per le imprese rientranti nelle “aree di crisi industriale complessa”, ex l. n. 134 del 2012, per le quali la possibilità di proroga era stata già prevista per l’anno 2017 (cfr. d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, convertito nella l. 27 febbraio 2017, n. 19).

Access to Justice and Legal Clinics: Developing a Reflective Lawyering Space. Some Insights from the Italian Experience*

Marzia Barbera- Venera Protopapa¹⁶⁹²

Introduction.	567
1. The Italian system: a subsidiary model of public legal aid.	568
2. The enforcement of the Workers' Statute: a utilitarian approach to access to justice.	572
3. A different story: litigation on gender discrimination.	574
4. New struggles and new actors: litigation on discrimination based on race and national or ethnic origin.	575
5. Empowering or disempowering individuals and communities?	578
6. Clinics as a public interest law actor.	580
7. Clinics as a reflective lawyering space.	583
8. Clinic as a catalyst for change.	584

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 141/2017

¹⁶⁹² Marzia Barbera is a Professor of Labour and Antidiscrimination Law at the University of Brescia and Venera Protopapa is a Labour Law Researcher at the University of Verona. The paper is the product of a shared reflection and elaboration. However, sections 1, 2, 3, 7 and 8 were drafted by Marzia Barbera; sections 4, 5, 6 and the introduction were drafted by Venera Protopapa.

Introduction.

The paper will explore the potential of legal clinics in contributing to making access to justice more effective. It intends to do so in the light of a critical assessment of the Italian system of access to justice, while taking into account the peculiarities of legal clinics as a public interest law actor.

To this end, the paper will move along a double dimension of access to justice and the different approaches to the issue of effective access to justice associated with each dimension. The first approach relies on an individualistic conceptualization of access to justice and focuses on providing legal services to those unable to afford a lawyer.¹⁶⁹³ The second one looks at access to justice as a collective right and, rather than focusing on the need for legal services of specific individuals, aims to address the problem of legal representation in court of group and collective interests.¹⁶⁹⁴

This considered, the paper will analyze the Italian system of access to justice with the aim of highlighting its shortcomings. It will provide a brief description of the institutional context of legal aid in Italy and assess its effectiveness in terms of granting legal assistance to those unable to afford a lawyer. It will then offer an account of the mechanisms aiming to ensure effective access to justice, at the individual and/or collective level that have been put in place by private and governmental actors, focusing first on the court enforcement of the Workers' Statute,¹⁶⁹⁵ then on gender equality legislation and finally on the more recent experience of enforcement of antidiscrimination law provisions concerning, race, ethnic origin and nationality.

The enforcement of the Workers' Statute (one of the main pillars of Italian labor law) provides probably the most important example of engagement of private actors in making access to justice effective. Along with other national experiences, where the limitations of public legal aid have encouraged the emergence of private actors aiming to guarantee access to justice for the poor and the marginalized, in the Italian, case effective access to justice has moved through a subsidiary model of legal representation and advice set up by trade union organizations, which have acted, in the area of labor rights, as catalysts of access to justice demands.

The litigation on gender equality will instead offer the chance to analyze an example of the "governmental approach", according to which public institutions, in line with their traditional role in protecting the public interest, assume the burden of defending new "diffuse rights" (i.e. collective and group rights) in court.¹⁶⁹⁶

The analysis will then turn to the enforcement of the prohibition of discrimination on ground of race, ethnic origin and nationality, where new actors have showed up taking charge of effective access to justice. Case law allows identifying the emergence of purposive strategic action by a

¹⁶⁹³ See Mauro Cappelletti et al, Access to Justice. Comparative General Report, 40 RABEL J. COMP. & INT'L PRIV. L. 669, 684 (1979). (The author refers to this approach as the "legal aid solution" and distinguishes between the European experience of the so called "judicare system", according to which the state pays a private lawyer to all those qualifying for legal aid and the US "public salaried attorney model", according to which legal services are provided by "neighborhood law offices" staffed with attorneys paid by the state.)

¹⁶⁹⁴ Id. at 693.

¹⁶⁹⁵ Legge 20 maggio 1970, n. 300, G.U. May 27, 1970, n. 131 (It.) [hereinafter the Workers' Statute]

¹⁶⁹⁶ Cappelletti, supra note 1, at 694.

group of human rights lawyers in collaboration with civil society organizations advocating for migrants' rights. Such lawyers, that have a sophisticated expertise in antidiscrimination law, quite unusual in the professional community of lawyers, strategically select cases, file claims (on behalf of the victims or in the organization's name), guarantee access to court to victims of discrimination and provide effective arguments to judges for legally founded decisions.

The paper will explore these experiences trying to go beyond their success or failure in enforcing rights in court as to enlarge the field of enquiry to the relation between legal strategies and political mobilization. It will thus discuss the danger that institutions and strategies designed to strengthen access to justice might disempower rather than empower individuals and communities that they aim to serve, fitting their individual and collective needs into pre-established frameworks and strategies. The analysis, moving from research carried out by the authors on each of these experiences, will highlight how many criticalities in the traditional model of public interest law litigation and challenges posed by old and alternative models of lawyering for social change are still largely unexplored and will suggest the need for European scholars and activists to fill this gap.

This part of the paper will set the ground for a context-sensitive assessment of the type of contribution legal clinics can provide in moving forward a critical reflection on public interest law practices in the Italian and more broadly in the European context, and in making access to justice more effective.

Such assessment will start by considering the constraints which hinder, in the national context, the role of legal clinics as providers of legal services and will highlight the peculiarities of legal clinics as a public interest law actor. Special attention will be dedicated to the implications resulting from the academic nature of legal clinics and the coexistence in clinics of educational and social justice aims.

We will argue that it is precisely the existence of this dual purpose that makes clinics a unique forum to better understand the nature of legal knowledge and legal practice and to reflect critically on how the right to access to justice is actually enforced. Clinicians are not only a community of practice but also a (world-wide) epistemic community. Legal clinics are therefore both a way to practice access to justice and a way to rethink and in case change such a practice and even to influence policies on access to justice issues of public actors and non-governmental organizations (advocacy coalitions, among others).

Providing a reflective space on existing practices of public interest law and promoting alternative practices of the law might thus represent the major contribution of legal clinics in making access to justice more effective.

1. The Italian system: a subsidiary model of public legal aid.

The Italian system of access to justice provides a remarkable example of subsidiarity, where social actors have supported and in some areas replaced the state in ensuring effective access to justice. The construction of this model dates back to the early '70s and has its roots in the enactment and

failure of the reform of the Italian legal aid system, in force since the '20s¹⁶⁹⁷, in the area of labor disputes¹⁶⁹⁸. The most innovative feature of the reform (which was included in a more general reform of labor law proceedings) was the rejection of the idea of legal representation for the poor as an '*onorificum munus*' i.e. an honorary and compulsory office provided free of charge by lawyers as part of their professional duties. Following the example of other European countries, the law established a system of public legal aid, according to which legal representation in court was provided by private lawyers that were compensated by the state. Moreover, the law replaced the requirement of the "state of poverty" with the provision of an income threshold and a preliminary assessment of the legal basis of the claim by the same judge who had to decide it.

At the time of its enactment, this new model of legal aid was expected to shortly replace the old one, giving a boost to a general reform of the entire system. In fact, the prediction did not come true. The expected general reform had to wait for another thirty years¹⁶⁹⁹, not only because of the difficulties of reaching political agreement about its content but also because of the failure of the reform adopted in 1973, which made it impossible to take advantage of that experience. Its failure was marked by the provision of a cumbersome and imperfect mechanism for admission to state legal aid. The income threshold was too low and the law did not allow for an assessment of the social and family situation of the applicant, while the preliminary assessment of the claim implied a risky anticipation of the outcome of the dispute. However, the most serious shortcoming was the lack of any form of extrajudicial legal advice and assistance. Such services may fulfill a preventive function by avoiding unnecessary litigation but, as Cappelletti has rightly pointed out, they are primarily an essential element of any sound system of legal protection, as they are a way of empowering the weaker party of the proceedings.¹⁷⁰⁰ Access to knowledge of the law and advice on one's rights and obligations provides a reliable criterion of conduct that contributes to rebalance the inequality of power affecting parties in judicial proceedings in terms of asymmetric information and capacity of foreseeing the outcome of the dispute. The lack of such services in the '70s reform was probably related to the idea that their functioning would have put into question one of the basic features of the traditional model of legal aid, namely the choice to entrust the solution to the problem of fair access to justice to legal élites. Such a choice, on the contrary, remains unchallenged when advisory activities are offered by lawyers, before and after the trial, and are functionally linked to legal representation in court.

As anticipated, the shortcomings of public legal aid created room for trade union organizations to dominate the scene, putting in place a parallel system of legal representation and advice for workers that would aggressively compete with and even replace public legal aid.¹⁷⁰¹ The role of

¹⁶⁹⁷ For a critical description of that system see Mauro Cappelletti, *The Emergence of a Modern Theme*, in *TOWARD EQUAL JUSTICE: A COMPARATIVE STUDY OF LEGAL AID IN MODERN SOCIETIES* 33-36 (Cappelletti et al eds., 1981)

¹⁶⁹⁸ Legge 11 agosto 1973, n. 33, G.U. Sept. 13, n. 237 (It.)

¹⁶⁹⁹ Following a ruling by the European Court of Human Rights Court (*Artico v. Italy*, 37 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1980) stating that the Republic of Italy had violated the right to legal assistance guaranteed by art. 6 (3) of the European Convention, in 1990 Legge 30 luglio 1990, n. 217, G.U. Aug. 8, n. 182 (It.) granted legal aid (with several limitations) in criminal proceedings. A general reform of the system was enacted only in 2002 (see further).

¹⁷⁰⁰ Mauro Cappelletti, *Gratuito patrocinio. Le cavie della giustizia*, L'ASTROLABIO, May 12, 1968, at 31, 33.

¹⁷⁰¹ Giuseppe Tucci, *L'accesso dei non abbienti alla giustizia: dal patrocinio gratuito al patrocinio retribuito dallo Stato*, 29 RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE [RIV. GIUR. LAV. PREV.], no. 2, 1978, at 145.

Italian trade unions had greatly expanded in the late '60s during the period of industrial unrest and workers' struggles. Coping with the new demands of justice produced by those social struggles was a way to further strengthen that role.

The system worked to some extent as an informal contingency fee system: unions offered their affiliates extrajudicial legal aid through their officers, while legal assistance and representation in court was provided through a mandate *ad litem* given by the employee to a private lawyer that collaborated with the union. Legal assistance was completely free and lawyers received their fees and recovered the incurred expenses from the losing party only in case of victory of their client.¹⁷⁰²

The status and role of lawyers were strongly affected by these arrangements, becoming at one time less autonomous and more political. On the one hand, the relationship with the union represented an almost exclusive channel of their professional activity, since "trade union lawyers" were expected not to represent employers. This meant that their professional income depended on the continuity and amount of assignments they received through the unions. In addition, in cases of collective disputes of major relevance, unions played a decisive role in deciding whether to go to court. On the other hand, the collaboration between the lawyer and the union relied on mutual trust and was sensitive to the lawyers' political orientation. As a fact, most of the lawyers' providing legal representation through such mechanism were also left-wing activists.

It has been underlined that, in this context, "the involvement of the union, was the only means that ensured legal protection to workers, so that in sectors where such intervention did not occur access to justice was virtually non-existent".¹⁷⁰³ The entry into force of D.P.R. n. 115/2002¹⁷⁰⁴, which extended public legal aid to all types of litigation, was expected to fill this gap.¹⁷⁰⁵ Yet despite the long-awaited general reform of legal aid, the system did not improve. Its effectiveness has been undermined over the years by several factors, such as the irrational and meaningless complexity of the bureaucratic application procedure (for example: foreigners have also to prove their income in their own home country, a requirement often impossible to fulfill)¹⁷⁰⁶, the low

¹⁷⁰² On the crisis of this model, due to the new rules on costs related to access to courts and fees, see further, § 2.

¹⁷⁰³ Tucci, *supra* note 9, at 162.

¹⁷⁰⁴ Decreto Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, G.U. June 15, n. 126 (It.).

¹⁷⁰⁵ Legal aid is now available for Italian, non-Italian citizens, and stateless individuals who satisfy the specific requirements established by the law. In criminal cases, applications for legal aid are addressed to the court before which the case is pending. In all other cases the request is addressed to the local Bar Council, which must also assess that the claim is not manifestly unfounded. Once the application has been accepted, the beneficiary can appoint the attorney of his or her choice, choosing among lawyers listed in a special register. For an in-depth analysis of the system see Grazia Macri, *Difesa d'ufficio e gratuito patrocinio. Aspetti sociologici e giuridici*, L'ALTRO DIRITTO (Nov. 9, 2017 17:37AM), <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/marginal/macri/>.

¹⁷⁰⁶ According to some initial reading of the law, while in criminal cases legal aid was available to non-citizens regardless of their migrant status, in civil and administrative cases legal aid was granted only to migrants with regular residency status. The issue has been addressed by the Constitutional Court in Corte Cost. 14 maggio 2004, n. 144 which ruled that the right to access to justice guaranteed by art. 24 of the Constitution is an inviolable human right, which cannot be denied on the basis of the regular or irregular presence of the alien on the national territory. However, the fact that Legge 15 luglio 2009, n. 94, G.U. Jul. 24, 2009, n. 170 (It.) criminalizes unauthorized entry and permanence makes it unlikely for undocumented migrants to apply for legal aid in civil procedures.

income threshold established by the law,¹⁷⁰⁷ and the significant discrepancy between “legal aid fees” and ordinary fees.¹⁷⁰⁸ Finally, D.P.R. n.115/2002, in line with previous legislation, failed to cover any activity other than litigation, extrajudicial legal advice and assistance included. All these have strongly limited the ability of public legal aid to respond effectively to the need for legal services of the poor, while casting serious doubts on the quality of the legal services. There are no data on the number of those in need of legal services and therefore it is impossible to estimate the extent to which legal aid covers the justice demand of the poor. However, if we consider the number of individuals who would meet the income requirements of the law¹⁷⁰⁹ and the number of those actually admitted to the benefit, it is reasonable to conclude that the latter represents only a small (although slowly growing) percentage of those unable to afford a lawyer.¹⁷¹⁰ The crisis of the system is all the more evident if we consider that, starting from 2014, data show a decrease of the total cost of legal aid, contrary to what would have been logical to expect, considering the before mentioned growing trend in the number of people admitted to the benefit.¹⁷¹¹

By contrast, legal services provided by trade unions have always been easier to access, in most cases of a good professional quality and have included, unlike public legal aid, pre-trial legal advice and assistance.¹⁷¹²

It is therefore easy to understand why sociological and legal studies on the judicial use of the law and the defense in the courts of individual and collective interests have mainly focused on the particular subsidiary mechanism of access to justice earlier described. The next paragraph will give an account of the legal actions brought under the Workers’ Statute, which constitutes the most significant part of this experience, both from a political and a legal point of view.

¹⁷⁰⁷ The threshold is adjusted every two years. In 2017 the income threshold was established in 11.528,00 Euro. In case of criminal proceedings the income threshold is increased by approximately 1.000,00 Euro for each member of the family. With regard to civil proceedings this provision does not apply and therefore in order to qualify for legal aid the applicant should have a family income lower than 960,00 Euro per month.

¹⁷⁰⁸ D.P.R. n. 115/2002 (It.) provides that legal aid fees in civil proceedings are reduced by half. Further pressure to limit the costs of the system has resulted in 2014 in a reduction also for criminal proceedings. Poor profitability has generated a tendency among lawyers to enroll in the special legal aid register only during the first phase of their career or in absence of wealthier clients, ultimately affecting to a certain extent the quality of legal aid.

¹⁷⁰⁹ In 2016, the number of families living under the threshold of absolute poverty (that is with a monthly income of about 1.000,00 Euro) was 1.619.000, for a total of 4.742.000 individuals who were in the position of satisfying the income requirement. While it is obvious that not all of them were in need for legal services, these figures shed some light on the potential dimension of the access to justice demand in Italy.

¹⁷¹⁰ In 2014, the number of applicants in criminal proceedings was 157.074 and the number of beneficiaries 133.250. During the same year, with regard to civil proceedings, the number of applicants and of those benefiting from legal aid reached respectively, 134.580 and 124.884. For further data see RELAZIONE AL PARLAMENTO SULL’APPLICAZIONE DEL D.P.R. 115/02, TESTO UNICO DELLE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE E REGOLAMENTARI IN MATERIA DI SPESE DI GIUSTIZIA (2015) and RELAZIONE SULL’APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI PATROCINIO A SPESE DELLO STATO, RIFERITA AI PROCEDIMENTI CIVILI (2015).

¹⁷¹¹ In 2014, despite a growth in the number of beneficiaries, there was a decline in the cost of legal aid. Such variation can be explained by the reform providing for a reduction of fees and, more generally, by the tendency to contain attorneys’ compensation. As already noted, poor profitability has affected over the years the quality of the legal assistance under public aid. The current trend raises even more serious concerns on the future financial sustainability of the system and the quality of the services it provides.

¹⁷¹² Also consumer’s groups and tenants’ organizations provide legal services to their members. Usually, these organizations offer a preliminary advice through their lay personnel and then refer clients who need it to lawyers specialized in the relevant area of law, with whom they have an arrangement concerning fees. It should be noted that, compared to unions, they are significantly less known to those that might potentially benefit from their activity.

2. The enforcement of the Workers' Statute: a utilitarian approach to access to justice.

The first research on the enforcement of the Workers' Statute covered the years immediately following its entry into force. It was carried out by a group of well-known sociologists and legal scholars and had a wide impact on the Italian literature on law and society issues.¹⁷¹³ It was the first time that scholars analyzed the demand of justice and the judicial response by large aggregates, highlighting the relations existing between the behavior of the actors of the judicial process and the social and political structure in which they were situated.

The study moved from the conceptual assumption that access to justice is mainly an actor-driven process. In this regard, the research's findings showed the inadequacy of any deterministic interpretation of the relationship between the political and social framework and the quantitative and qualitative trends of the demand for justice and judicial response. During this first phase of enforcement of the Workers' Statute, each of the actors appeared to be guided in their decisions more by a utilitarian logic, not dissimilar from that governing political negotiation, rather than by the turns of social conflict. On the input side (the demand of justice), unions carried out a role of gatekeepers of the quality and quantity of individual and collective claims,¹⁷¹⁴ as to maximize the benefits and minimize the losses arising from litigation for the trade unions themselves. On the output side (the answers given by the judiciary), the judges (apart from some examples of judicial progressive activism) showed to shape their decisions so as to strengthen and legitimize their role, avoiding overly radical readings of the law as well as abstract hermeneutic approaches, typical of traditional formalism. In conclusion, the study led the authors to describe the management of the right to access to justice by social and institutional actors as an example of "judicial lobbying". Despite the persistence of traditional legal practices, the practice of using the judicial process as an institutional realm where to deal with social conflicts transformed the structure of the civil dispute and the same judicial function, by giving space to a negotiation of individual and collective interests over which the court often played a function more similar to mediation than to jurisdiction.

If we look at how trade unions managed individual and collective access to justice, we can see that the "organizational risk" variable played a different role over the years, depending from each trade union's strength and the characteristics of the context in which they operated. During the first years of enforcement of the Workers' Statute, the use of the law as a tool to solve collective conflicts was particularly aggressive in those areas where trade unions were still organizationally weaker and therefore the risks of losing space for action related to demanding the conflict to a third party were lower. On the contrary, individual claims prevailed in those areas where unions were already consolidated and therefore not affected by possible negative outcomes as legal aid providers. In the same areas, collective claims decreased, provided that trade unions had a lot to lose in case of unfavorable outcome of collective disputes and were much more exposed to risks associated with that event, since they were involved in the proceedings in their own name.

¹⁷¹³ SINDACATO E MAGISTRATURA NEI CONFLITTI DI LAVORO (Tiziano Treu ed., 1975/1976); Tiziano Treu, Una ricerca empirica sullo Statuto dei lavoratori negli anni '80, 6 *GIORNALE DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI* 497(1984); Marzia Barbera, Vecchi e nuovi attori sulla scena dello Statuto, *RIV. GIUR. LAV. PREV.*, no. 1, 1995, at 11.

¹⁷¹⁴ Article 28 of the Workers' Statute, *supra* note 3, gives trade unions standing before the courts for defending their collective interest in cases of trade union discriminatory conduct.

The last research on the enforcement of the Statute was carried out in the '90s and showed a different scenario. On the one hand, the ability of trade unions to control and accommodate conflicts had progressively weakened, on the other the very fragmentation of the labor market and subordinate worker's status had translated in a fragmentation of the workers' interests and representation, ultimately resulting in a variety of attitudes with respect to judicial action. One of the main novelties of this period was precisely the emergence of new trade union organizations that placed themselves in clear opposition to historical trade unions. The collapse of individual claims and the increase of collective claims by independent unions were nothing but symptoms of these developments. The same developments meant that often labor courts had to deal with conflicts, which were no longer bipolar but multipolar. Cases such as those relating to reductions of working time or collective dismissals involved, at the same time, the limits of the employers' power to pursue their economic interest and the limits of the union's power to dispose of the positions of the individuals in court. The attitude of the judges towards trade unions became ambivalent: sometimes they decided in favor of the individual, sometimes in favor of the collective actor. The consequence was a changed perception of the role of the judiciary by the same trade unions, which produced a general lack of propensity to resort to the judicial path and channel individual disputes to it. In summary, at the end of the '80s, the attitudes of the trade unions towards litigation reveal less reliance on the judicial resolution of conflicts, resulting also in a decrease of individual claims, while the new, so called "autonomous trade unions" were more ready to play this card.

In conclusion, research on the enforcement of the Workers' Statute acknowledges the political nature of the role of trade unions as gatekeepers of the quality and quantity of legal claims, providing a clear example in which litigation is used in support of political mobilization rather than as its substitute. The approach of trade unions towards law and courts appears guided by considerations on the political implications of legal action. While the relation between legal and political strategies is clearly stated, no account is provided of the weight of the individuals' preferences and voice within the strategies put in place by trade unions. Nevertheless, it is not difficult to discern a marked dependence of individual access to justice from the strategic choices of trade union organizations, which raises at the very least, the issue of how trade union representatives interacted with the workers, individually and as a community, and to what extent they gave weight to the individuals' personal choices.

What is certain, however, is that also this system of legal representation and advice shows clear signs of crisis and it is unlikely that it will continue to work as it did in the past. The first reason for this crisis is related to the abolishment of the full or partial exemptions from court fees applied to employment and welfare proceedings since the enactment of Law n. 533/1973. The second one is related to the weakening of the general exceptions to the standard "loser pays all" rule under the Codice di procedura civile and the specific exceptions established by the Law n. 533/1973 in relation to social security claims.¹⁷¹⁵ Fee shifting is mostly considered as a key re-

¹⁷¹⁵ According to the original version of the relevant provision, the judge could deviate from the general rule in two different cases: a "split outcome" or the presence of a "good cause". The wording of the clause allowed judges, especially in employment and welfare

source for claimants that do not have the financial capacity to afford the cost of litigation. However, it can play also as a barrier to access to justice, provided that it implies a higher risk if the claim is dismissed, namely the risk to pay the cost for both sides. Both developments have re-balanced the allocation of the costs of the proceedings in favor of the employer and jammed the representation model put in place by trade unions and “trade union lawyers”, confirming that the idea that rules governing costs and fee allocation are not only an incentive or a deterrent to litigation, but also a way of removing or rebuilding barriers to access to justice, is all but far from the true.

3. A different story: litigation on gender discrimination.

Scholarly comments on the Italian gender equality legislation adopted to transpose the European Gender Equality Directives of the '70¹⁷¹⁶ have been almost unanimous in lamenting a very low level of litigation. This figure is somehow surprising if we consider the high number of claims filed under Article 28 of the Workers' Statute, which, as previously mentioned, grants trade unions legal standing to act in cases of trade union discrimination. Such difference has been explained through the fact that, while under art. 28 of the Workers' Statute, trade unions defend their own rights as collective organizations, equality rights are conceptualized in the Gender Equality Directives as individual rights, hence the low level of litigation based on these different grounds.¹⁷¹⁷ This conclusion, however, is in same way contradicted by the huge volume of litigation on individual employment rights that has strongly relied on the support of trade union organizations.

A different account has been given in a well-known essay on multilevel gender equality litigation.¹⁷¹⁸ First of all, it has been argued that, while the percentage of litigation on gender equality rights represents a small percentage of the overall litigation figures regarding labor law disputes (usually considerably high), the number of gender equality cases decided by Italian courts has been nonetheless significant. They went unnoticed by scholars for specific, path-dependent reasons. Legal doctrine did not pay much attention to antidiscrimination litigation, neither supported its strategic use before the European Court of Justice, because academics channeled their expertise and experience on legislative reform as a way to incorporate EU law within the Italian system.¹⁷¹⁹ Secondly, in order to explain the comparatively lower litigation levels on gender equality, the author stresses the importance of mobilization efforts by actors interested in fighting discrimination. If we consider the role played by Italian trade unions organizations in this context, we could

proceedings, enough discretion to decide that each party would have to pay its own attorney. The provision was amended in 2005 requiring the judge to explicitly state in the decision the “good cause”, in 2009 allowing the judge to derogate to the general rule only for “serious and exceptional reasons” and in 2014 only for “serious and exceptional reasons” related to the “absolute novelty of the issues” considered or an “overruling of precedents”. Moreover, also the provision of the Law n. 533/1973 (It.) providing that in disputes concerning social security benefits, the losing worker would not reimburse the costs of the social security agency, unless his/her claim was proved to be manifestly unfounded and frivolous, has been rewritten and an income eligibility requirement introduced.

¹⁷¹⁶ Legge 9 dicembre 1977, n. 903, G.U. Dec. 17, 1977, n. 343 (It.) and Legge 10 aprile 1991, n. 125, G.U. Apr. 15, 1991, n. 88 (It.), now merged in Codice per le pari opportunità, Legge 11 aprile 2006, n. 198, G.U. May 31, 1991, n. 125 (It.).

¹⁷¹⁷ Dagmar Schieck, Enforcing (EU) Non-discrimination Law: Mutual Learning between British and Italian Labour Law?, 28 INT'L J. COMP. LAB. & INDUS. REL. 489 (2012).

¹⁷¹⁸ Claire Kilpatrick, Gender Equality: A Fundamental Dialogue, in LABOUR LAW IN THE COURTS: NATIONAL JUDGES AND THE ECJ, 31 (Silvana Sciarra ed., 2001).

¹⁷¹⁹ This attitude can be explained if we consider that in Italy there has traditionally been a huge crossover between the academic and the governmental spheres, sometimes with a tragic outcome. Given the political weight of their advisory activity, in the past, at a time when terrorist groups still had a considerable strength and popular support, several academic experts were killed in terrorist attacks.

argue that they did not support and even less promote gender equality litigation (according to the law, they could act on behalf of the individual) not only because they privileged more traditional, class conflict-based disputes, but also because it was not clear what benefits the organization could expect from such litigation.

It is true that other actors, the Gender Equality Advisors set up in 1991, were supposed to be the main characters of the story, but in fact litigation levels were not affected in substantial way by their activity, partly because of the scarce resources allocated to them and partly because of their preference for alternative means of dispute resolution (although they have not proved to be particularly effective), mostly related to the fear that failures in court would undermine their institutional status.

The problem is that the “governmental approach” has been nowhere very successful. Both in common law and civil law countries, traditional public institutions, which, according to their role in protecting the public interest, should assume the defence of new emerging “diffuse rights” are by their natures unable to do so.¹⁷²⁰ They are too susceptible to political pressure, whereas “diffuse rights” frequently have to be vindicated against political entities, and incapable, by training or expertise, to vindicate effectively the new rights. On the other hand, other governmental solutions to the problem - in particular, the creation of highly specialized public agencies - have shown, for a number of reasons, apparently unavoidable weaknesses. Public agencies tend to be responsive to organized interests with a stake in the outcome of an agency’s decision, and those interests tend to be predominantly those of the very entities, which the agency is supposed to control.

Such considerations find further support if we compare the experience of enforcement of gender equality legislation with that concerning discrimination based on race, ethnic origin and nationality. Litigation levels in this different area of antidiscrimination law in which collective enforcement has been entrusted to private actors, in particular civil society organizations, appear to confirm the constraints of governmental actors in ensuring effective access to justice. While, the limited efficacy of Gender Equality Advisors in enforcing gender equality rights overshadows the issue of the implications of legal strategies for other forms of mobilization, it highlights the crucial role accountability mechanisms can play in balancing, to some extent, pressures from political counterparts of marginalized groups.

4. New struggles and new actors: litigation on discrimination based on race and national or ethnic origin.

If we compare the enforcement of gender equality legislation with the most recent litigation on the subject of race, ethnic origin and nationality, the picture changes again.

Reports on the enforcement of the prohibition of discrimination under the Racial Equality Directive¹⁷²¹ and the prohibition of discrimination provided by the Consolidated Immigration Act

¹⁷²⁰ Cappelletti, *supra* note 1, at 695.

¹⁷²¹ Council Directive 43/2000 O.J. (L 180) 22 [hereinafter RED].

1998¹⁷²² (raced, ethnic origin, nationality) show that initially litigation around such provisions was almost exceptional. Indeed, in its first report on Italy (2001) the European Commission against Racism (ECRI) noted that the 1998 antidiscrimination provisions on racial discrimination had been very rarely applied.¹⁷²³ However, the figures regarding the enforcement of the same legislation over the last ten years show a substantial rise in litigation (still mainly aimed to challenge institutional discrimination). This different trend appears to be related to the fact that more recently new actors have entered the frame. Case law shows there is a well-established network of civil society organizations systematically engaged in litigation on discrimination on grounds of race, ethnic origin, and nationality, in particular with regard to employment and social security issues.¹⁷²⁴ Compared to civil society organizations, trade union organizations appear to have had a minor role, although an in depth analysis allows to identify forms of coordination and in some cases also the existence of organizational and political ties between the former and the latter.

The increasing engagement of civil society organizations in litigation can be explained as the result of two distinctive factors.¹⁷²⁵

On the one hand higher levels of litigation can be related to legal-institutional factors, such as the growing opportunities for litigation resulting from the domestic implementation of the RED, and in particular to the possibility provided under the implementing decree of the RED for civil society organizations to act on behalf or in support of individual victims and in their own name in instances of collective discrimination. Relying on the provisions concerning legal standing, activist lawyers in collaboration with civil society organizations have promoted and helped to consolidate in courts an interpretation of the legislation implementing the RED such as to include within the reach of the prohibition of discrimination on grounds of race and ethnic origin also nationality-based differential treatment, expanding opportunities to challenge in court discriminations affecting third country nationals. In doing so, they have enhanced access to courts for migrants, both at the individual and collective level, thus replicating the same subsidiary mechanisms that have been described above, and set the ground also for a more effective enforcement of the prohibition of discrimination in general. All the groundbreaking legal concepts provided by the new European antidiscrimination legislation have been firstly tested in litigation promoted by civil

¹⁷²² Decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, G.U. Aug. 18, 1998, n. 191 (It.).

¹⁷²³ European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), 2001 Report on racism and discrimination in Italy (June 2001).

¹⁷²⁴ Among the organizations that have played a prominent role in this regard, it is worth mentioning Associazione Studi Giuridici sull'immigrazione (ASGI), an association of lawyers and university professors with very high expertise on migration law and very influential on issues concerning migration, asylum and citizenship and most recently on discrimination. Besides litigation, the association is particularly active in lobbying activities ranging from issuing reasoned opinions in cases of violation of the prohibition of discrimination, to lobbying national and EU institutions. Another association quite active in this field is Avvocati per niente (APN), a pro-bono lawyers' association promoted by CARITAS. It is a faith-based association aimed to providing free legal assistance to socially disadvantaged individuals. Finally, litigation has been promoted in a significant number of case by Fondazione Guido Piccini, a partner of the trade union Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), which is aimed at "promoting culture, solidarity and equal protection of human dignity" mainly through training initiatives, education and social assistance projects and human rights protection activities.

¹⁷²⁵ For an analysis of litigation on the prohibition of discrimination, the conditions that encouraged such litigation and its consequences in terms of policy response see Venera Protopapa, *Antidiscrimination Law and Legal Mobilisation in Italy. Shaping Equality for Migrants* (Oct. 26, 2016) (unpublished Ph.D dissertation, University of Milan) (on file with author).

society organizations.¹⁷²⁶

On the other hand, the engagement in litigation by civil society organizations can be explained by the escalation of exclusion and intolerance towards migrants that followed the significant electoral success of the center-right in the 2008 general election and the local elections held between 2008 and 2009 in a number of northern Italy municipalities and the policy developments that ensued. Following its victory, the center-right majority, in line with its electoral campaign strongly focused on security and fight against illegal migration, provided municipalities with extended powers concerning “public safety” and “urban security”.¹⁷²⁷ Such extended powers translated into the adoption of a number of local ordinances, in particular in Northern Italian municipalities governed by the center-right majority that directly or indirectly targeted migrants.¹⁷²⁸ These ordinances were integrated by a number of welfare measures adopted at the local level aiming to selectively support the resident population. This considered, the turn to the courts by civil society organizations can be understood in light of the pressures felt by organizations advocating for migrants’ rights to provide “adequate” responses to the set of measures above mentioned, the so called “local policies of exclusion”¹⁷²⁹ and challenge their legitimacy in the eyes of the general public.

Civil society organizations would find in the judiciary a particularly receptive interlocutor. Judges would show themselves, at least during the first years of enactment of such litigation strategies, very open to the claims brought by civil society organizations, in line with an understanding of their role as an anti-majoritarian institution. While supporting the view of litigation as a promising strategy to counter “local policies of exclusion”, early successes in court have provided valuable precedents, improving therefore chances of success, and strong incentives for extending the scope of litigation strategies to other exclusionary policies, such as those concerning access to employment in the public sector (left mostly to individual enforcement) and access to social security (until then almost an exclusive domain of constitutional review).

Finally, litigation around antidiscrimination law provisions appears to have strongly counted, in terms of resources, on fee shifting. As we have previously noted, reforms of civil procedure rules

¹⁷²⁶ The RED provides definitions of discrimination that are characterized by an objective approach to discrimination that explicitly exclude any relevance of intent; broadens, as far as direct discrimination is concerned the area of available comparators; refers, as far as indirect discrimination is concerned, to “a particular disadvantage” rather than disproportionate impact; allows a shift of the burden of proof once the complainant has established a *prima facie* case; includes a prohibition of victimization. For an analysis of the policy-making process and potential impact of the adoption of the RED in terms of creating better opportunities for litigation at the national and EU level see Evans Case & Terry Givens, *Re-Engineering Legal Opportunity Structures in the European Union? The Starting Line Group and the Politics of the Racial Equality Directive*, 48 J. COMMON MKT. STUD. 221 (2010); Marzia Barbera, *Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context*, 31 IND. L. J. 82 (2002).

¹⁷²⁷ L. n. 94/2009 (It.) LE ORDINANZE SINDACALI IN MATERIA DI INCOLUMITÀ PUBBLICA E SICUREZZA URBANA. ORIGINI, CONTENUTI, LIMITI (Anna Lorenzetti & Stefano Rossi eds., 2009); Nazzarena Zorzella, *I nuovi poteri dei sindaci nel pacchetto sicurezza e la loro ricaduta sugli stranieri*, DIRITTO, IMMIGRAZIONE E CITTADINANZA, no. 3/4, 2008 at 57.

¹⁷²⁸ Ordinances on population registration providing additional conditions for the registration of migrants, such as a certain income or a passport with an entry visa or limiting registration only to certain categories of migrants such as holders of a long-term resident permit, represent the most classical example in this regard. For a collection of such ordinances, see CITTALIA, *Oltre le ordinanze: I sindaci e la sicurezza urbana* (March 9, 2009).

¹⁷²⁹ Maurizio Ambrosini, *We are against a multi-ethnic society: policies of exclusion at the urban level in Italy*, 36 ETHNIC & RACIAL STUD. 143 (2013); Maurizio Ambrosini & Elena Caneva, *Local policies of exclusion: the Italian case* (Robert Schuman Centre For Advanced Studies, 2012).

have over the years limited the possibility to depart from the general rule under which the losing party should reimburse all his or her opponent's expenses including court fees and lawyer's fees in view to prevent frivolous litigation and abuse of procedural rights.¹⁷³⁰ However, an analysis of the case law focusing on the way the general rule and its exceptions have played for civil society organizations and individual victims shows that, not only the defender has been condemned to pay all the cost incurred by civil society organizations and individual victims in the overwhelming majority of cases in which they have been successful as to the merits of the claim, but also that the latter have continued to benefit in a significant number of unsuccessful claims from decisions departing from the general rule, due to the "peculiarity of the issues under review", to the "complexity of legal framework" or to the "novelty of the issues addressed by the court".

While, at least for the moment, it can be said that the bet of the European legislature to entrust the enforcement of the prohibition of discrimination not only to individual victims but also to civil society organizations, has been a winning bet, it is important to notice that the effects of this strategy on the long run are hard to predict.

Given the absence of stable links between these NGOs and grassroots' organizations and movements representing the groups whose rights are litigated, there is a risk litigation strategies will hinder collective action and fail to channel victories in courts in the political discourse. In this case, resorting to the courts to overcome situations of social and political weakness, instead of being an auxiliary instrument of social mobilization and collective action, might become their substitute.

The risks of such strategy are all the more serious if we add to the picture the particular vulnerability of migrants as individuals and the lack of strong organizations in the migrants' community. In other words, there are enough reasons to fear migrants themselves will end having a minor role and no voice in shaping strategies.

5. Empowering or disempowering individuals and communities?

The involvement of new actors in litigation activities aimed to enhance access to justice for vulnerable communities, such as migrants, brings, once again, the issue of the role played by private actors in lobbying courts in defense of individual and collective interests to the attention of legal scholars and social scientists.

To some extent, the impact of litigation strategies promoted by civil society organizations in defense of migrants' rights might raise even stronger concerns, provided that, unlike in the case of trade union organizations providing legal services for their own members, the above mentioned civil society organizations lack significant numbers of migrants among their membership, and have no stable links with migrants' organizations. And still, to this day, the issue is hugely unexplored.

Those interested in starting a critical reflection on such practices would clearly benefit from a stimulating dialogue with US public interest law scholars. Indeed trade-offs between legal and

¹⁷³⁰ See *supra* note 19.

political mobilization, as well as risks of lawyers' domination of marginalized clients have been widely analyzed by the latter.¹⁷³¹

As to trade-offs between legal and political mobilization, research on the impact of litigation strategies across several areas of practice of public interest law has extensively illustrated the limits of litigation as a reform strategy. Stressing the complexities of the relation between rights, remedies and social change, several scholars have observed that litigation strategies are likely to atomize collective claims and drain movement resources, from more promising strategies.¹⁷³²

Along with the critique of litigation as social reform strategy, research has highlighted dangers of lawyer domination of individuals and affected communities. Scholars concerned with lawyer domination have warned against lawyers ignoring the preferences and contributing to disempower poor and marginalized individuals and communities, reinforcing their feeling of powerlessness, rather than challenging it.¹⁷³³

Nevertheless, the US scholarship on public interest law has not missed to emphasize the potential of litigation strategies when integrated within a larger campaign.¹⁷³⁴

More recently research has provided empirical support to such considerations and developed a theoretical model for explaining how law matters for social reform focusing in particular on the relevance of litigation during the different stages of development of movement activity and the contextual factors (legal or extra-legal) that encourage the use of legal tactics and determine their effectiveness.¹⁷³⁵

Criticism towards the existing model of public interest law and increasing empirical findings supporting the idea of law as “politics by other means”¹⁷³⁶ have determined a shift of paradigm in public interest law. In this new paradigm lawyers cease to play the “main characters” assuming the role of “supporting players”. As supporting players their expertise is instrumental to facilitate the mobilization of the affected constituencies. Examples of alternative practices of public interest lawyering show lawyers might facilitate mobilization to translate information about the law and make it intelligible to community groups as they make decisions on their strategic choices, legal tactics included, as well as translate community needs and organizational claims into legal causes of action, use legal tactics to support and protect community organizations, and pursue legal change as a route to opening up spaces for community voice.¹⁷³⁷

Lopez was among the first to articulate an alternative vision of lawyering consistent with this

¹⁷³¹ Scott L. Cummings & Deborah L. Rhode, *Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice*, 36 *FORDHAM URB. L.J.* 603, 608 (2009).

¹⁷³² JOEL F. HANDLER, *SOCIAL MOVEMENTS AND THE LEGAL SYSTEM: A THEORY OF LAW REFORM AND SOCIAL CHANGE* (1978); STUART A. SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL CHANGE* (1974).

¹⁷³³ Derrick A. Bell, *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 *YALE L. J.* 470 (1976); GERALD P. LÓPEZ, *REBELLIOUS LAWYERING: ONE CHICANO'S VISION OF PROGRESSIVE LAW PRACTICE* (1992).

¹⁷³⁴ HANDLER, *supra* note 33; SCHEINGOLD, *supra* note 33.

¹⁷³⁵ Michael McCann, *Law and Social Movements: Contemporary Perspectives*, 1 *ANN. REV. L. & SOC. SCI.*, 17 (2006).

¹⁷³⁶ RICHARD L. ABEL, *POLITICS BY OTHER MEANS: LAW IN THE STRUGGLE AGAINST APARTHEID, 1980–1994* (2015).

¹⁷³⁷ Jennifer Gordon, *Concluding Essay: The Lawyer Is Not the Protagonist: Community Campaigns, Law, and Social Change*, 95 *CAL. L. REV.* 2133 (2007).

paradigm-shift. Lawyering in itself, he argues, “has to be remade as part of any effort to transform the world”. His “rebellious” idea of lawyering, as he calls it, demands lawyers and those with whom they work to “nurture sensibilities and skills compatible with a collective fight for social change”.¹⁷³⁸

In order to do so lawyers must be able to evaluate the likely interaction between legal and “non-legal” approaches to problems, know how to work with others in designing, and pursuing strategies aimed at responding immediately to particular problems and, more generally, at fighting social and political subordination. They must understand as Lopez concludes “how to be part of coalitions, as well as how to build them, and not just for purposes of filing or ‘proving up’ a lawsuit”.

At bottom the rebellious idea of lawyering recalls a view of the “client and lawyer as part of a larger network of cooperating problem-solvers”. This view relies according to Lopez on two convictions: that “the lawyer is not necessarily better than the client or others (professional or lay) to serve as representative” and that the “law is not necessarily better able than other remedial cultures (formal and informal) to respond meaningfully to any particular problem”.

Yet, while the benefits of the shift of paradigm in public interest law practice have been largely documented and theorized, its critical aspects have been discussed much less in comparison.¹⁷³⁹

In a context of absolute inadequacy of public legal aid, where private actors have played and probably will play in the future an even more central role in the effort to make access to justice effective, the criticalities of the subsidiary mechanisms of access to justice that have been put in place by such actors and the challenges posed by traditional and alternative models of public interest law practices are becoming urgent to address.

This is all the more evident if we consider that, though litigation levels are not comparable to those concerning migrant rights, litigation strategies are increasingly attracting the attention of civil society organizations operating in other areas of antidiscrimination law, such as LGBTI rights and disability rights.¹⁷⁴⁰ Ultimately, a rich body of research providing detailed accounts of the involvement of civil society organizations in litigation strategies, especially as far as gender equality, disability rights and environmental protection are concerned, in other EU countries and at the EU level, shows the relevance of such issues goes well beyond the Italian case.¹⁷⁴¹

6. Clinics as a public interest law actor.

¹⁷³⁸ Lopez, *supra* note 34.

¹⁷³⁹ It has been rightly observed that there are inevitable tensions between lawyering and organizing as components of an integrated model, pointing in particular to trade-offs between organizing and conventional legal practice, to the confusion of roles affecting the lawyer-organizer, and the risks of domination of clients in the law and organizing context. See Scott L. Cummings & Ingrid V. Eagli, *A Critical Reflection on Law and Organizing*, 48 *UCLA L. REV.* 443, (2001).

¹⁷⁴⁰ See in particular litigation concerning the prohibition of discrimination promoted by Rete Lenford, an organization of lawyers aiming to provide judicial protection for homosexual, transsexual and inter-sexual persons’ rights.

¹⁷⁴¹ With no claim of exhaustiveness, see RACHEL A. CICHOWSKI, *THE EUROPEAN COURT AND CIVIL SOCIETY LITIGATION, MOBILIZATION AND GOVERNANCE* (2007); Alter, J. Karen & Jeanette Vargas, *Explaining Variation in the Use of European Litigation Strategies European Community Law and British Gender Equality Policy*, 33 *COMP. POL. STUD.* 452 (2000); Tania A. Börzel, *Participation Through Law Enforcement: The Case of the European Union*, 39 *COMP. POL. STUD.* 128 (2006); LISA VANHALA, *MAKING RIGHTS A REALITY?: DISABILITY RIGHTS ACTIVISTS AND LEGAL MOBILIZATION* (2011); Lisa Vanhala, *Legal opportunity structures and the paradox of legal mobilization by the environmental movement in the UK*, 46 *L. & Soc’y REV.* 523 (2012).

As we have seen in the first part of this paper, criticalities in the traditional model of public interest law litigation and challenges posed by old and alternative models of lawyering for social change represent two main areas urging for investigation in the Italian, and more broadly in the European context. The identification of this gap in research sets the ground for reflecting on the role legal clinics can play to make the right to access to justice more effective.

We argue that clinics can enhance access to justice by creating a space where a critical reflection on actual practices of the law is promoted and tensions arising from different models of representation are explored.

This reflective inquiry moves from a self – reflective exercise on clinics as a public interest law actor. Access to justice plays an essential part in legal clinics. Indeed, it has been noted that access to justice is “inherent in the clinical methodology, which seeks to prepare students for the practice of law as competent and professionally responsible lawyers while delivering legal services and promoting social justice”.¹⁷⁴²

Though a lot has changed over the years, in the US, where the clinical movement started, clinics were established out of concern for a large unmet need for legal representation and began at many law schools “primarily as programs to enable law students to provide free legal services to the poor or to bring important impact litigation, under the supervision of practicing attorneys”.¹⁷⁴³

Access to justice was anything but irrelevant in the Italian experience as well. While providing an alternative to formalist conceptions of law and way of teaching, clinics were viewed also as a way to offer an answer to entrenched problems of social conflicts in an era of declining effectiveness and scope of public legal aid.¹⁷⁴⁴

Looking at how the clinical movement has evolved over the years, can we still imagine a future in which clinics are able to significantly affect access to justice?

While it is open for discussion whether the clinical movement is meeting its full potential in this regard, it should be noted that it is very unlikely it will ever be able to provide a subsidiary mechanism of legal aid similar to those described in the first part of this paper.

There are many institutional and financial constraints that hinder this development, first and foremost, the fact that the Italian academic system does not recognize the position of the clinical professor.¹⁷⁴⁵ Supervision in clinics is usually carried out by faculty members in collaboration with lawyers. While the former have no expectation to receive any additional remuneration as clinicians, the latter, often hired as adjunct professor, are in most cases remunerated only for a small part of their working hours. The rigidities stemming from of a system of university curricula that

¹⁷⁴² Frank S. Bloch, *Access to Justice and the Global Clinical Movement*, 28 WASH. J. L. & POL'Y 111, 111 (2008).

¹⁷⁴³ Stephen Wizner & Jane Aiken, *Teaching and Doing: The Role of Law School Clinics in Enhancing Access to Justice*, 73 FORDHAM L. REV. 997, 998 (2004).

¹⁷⁴⁴ Marzia Barbera, *The emergence of Italian Clinical Legal Education movement*, in *REINVENTING LEGAL EDUCATION IN EUROPE: HOW CLINICAL EDUCATION IS REFORMING THE TEACHING AND PRACTICE OF LAW* (Alberto Alemanno & Lamin Khadar eds., forthcoming 2018).

¹⁷⁴⁵ *Id.*

is state controlled significantly constrain efforts to promote clinics as an ordinary law school course and claim official status for clinical supervisors. All these casts serious doubts on the ability of clinics to effectively respond as a public interest law actor to the unmet need for legal representation.

But even if such constraints did not exist, there is an intrinsic tension between the clinics' objective to promote access to justice and its educational focus.¹⁷⁴⁶ We argue that this very tension distinguishes legal clinics from any other actor providing legal services for the poor or pursuing through courts the interest of marginalized communities but also provides clinics with a number of comparative advantages that are likely to qualify their contribution to effective access to justice in terms of innovativeness and effectiveness.

Such advantages are related, first of all, to the academic component of legal clinics and more specifically to the fact that clinics enjoy the same guarantees of freedom applying to traditional teaching activities and research. As it has been noted, this has two main consequences.¹⁷⁴⁷ On the one hand, academic freedom puts clinicians and students in a privileged position, compared to other public law actors, to choose free from interferences the issues they intend to deal with and the methodology they consider more appropriate for doing so. It follows that clinics can decide to focus on the issues that are considered more relevant by affected communities, that can entail support to already existing efforts to deal with a specific problem or to build together with such communities the available strategies to address it, being free to opt for legal or non-legal approaches to the problem. On the other, it extends to clinical activity the same credibility that is generally associated with academic research. This perceived credibility of the clinic is likely to facilitate the relationship with public authorities that might have a role in the process of dealing with a specific problem or other actors actively engaged in finding a solution to it, while conferring salience and legitimacy to the social justice claims the clinics support and opening up space for clients to be heard.¹⁷⁴⁸

These are without doubt major points to take into consideration when exploring the potential of clinics as a public interest law actor. Yet, there is another aspect of clinics that makes them inherently different from any other actor in public interest law. It is related to the clinical methodology itself and finds expression in the ability of legal clinics to reflect critically on how clinics themselves affect access to justice and in general on public interest law practices. This is not to say that other public interest law actors do not reflect critically about what they do and on the impact of their

¹⁷⁴⁶ Wizner & Aiken, *supra* note 44.

¹⁷⁴⁷ Arturo J. Carrillo, *Bringing International Law Home: The Innovative Role of Human Rights Clinics in the Transnational Legal Process*, 35 COLUM. HUM. RTS. L. REV., 527, 575-80 (2003).

¹⁷⁴⁸ As part of university, the clinic is likely to be less subject to pressure coming from outside funding. While it true that, like in the case of NGOs, donors might exercise pressure to influence the choice of issues the clinic is going to deal with and the strategies that will be deployed for this purpose, it should be considered that the possibility to use university resources protect clinics from having outside donors establish its agenda. The previous paragraph highlighted civil society organizations have relied of fee shifting for obtaining the necessary resources for litigation. While fee shifting compared to outside funding might ensure better autonomy, it is also true that reliance on fee shifting is likely to push such organizations away from non-fee-generating activities (See Laura B. Nielsen & Catherine R. Albiston, *The organization of public interest practice: 1975-2004*, NEWCASTLE L. REV. 1591 (2005).

activities. The difference between legal clinics and other actors in this regard stands in the fact that clinics are *by design* a reflective lawyering space.

7. Clinics as a reflective lawyering space.

The uniqueness of legal clinics in this regard once again goes back to the coexistence in clinics of social justice aim and educational aims. The existence of this dual purpose makes clinics a forum that facilitates a better understanding of the nature of legal knowledge and legal practice and a critical reflection on how the right to access to justice is actually enforced.

It is because clinics put together the knowledge of the law and the practice of the law that students experiment that there is no law in the abstract. *All law is embedded in facts; all law is contextual.*¹⁷⁴⁹ In clinics students learn that the meaning of the law is only revealed by the practice of the law, where the order of abstract and objective principles give way to the disorder of the reality, which appears confused, subjective, indefinite, contradictory.¹⁷⁵⁰ Experiential learning, thus, complements the learning “in the books”, allowing the student to comprehend and reach out and touch the economic, social, ideological, political and institutional contexts in which the “objective” legal principles operate.¹⁷⁵¹ Cases handled by legal clinics concern real people and not abstract legal subjects. The starting point is therefore not the fiction of a legal entity but the materiality of life, its indivisible substratum and the relations of power that shape the social structure¹⁷⁵².

Furthermore, “reflective observation” is an essential part of the constructivist model of learning, on which clinics are grounded. In this context, reflexivity denotes the ability to recognize one’s epistemic relationship with reality, one’s way of knowing and interpreting reality, the reference patterns, the tacit assumptions used in the attribution of meaning to facts.

Clinical methodology is therefore a pedagogy that promotes an active and autonomous research and construction of knowledge and not a passive reception of content and techniques. Students can learn through the elaboration of preexisting schemes of meaning, without altering those schemes; or can transform meaning patterns, either dysfunctional or inadequate to new situations, through a reorganization of meaning. It is what Bateson calls “deutero-learning” or “learning how to learn”, which allows a subject who learns not only to solve particular problems, but also to be able to solve problems in general.¹⁷⁵³ Reflexivity is a necessary element of deutero-learning: experience alone is not enough, reflection is needed, as to transform knowledge in conscious thought. And reflection needs to be activated both in relation to the problem setting phase as it is in relation to the problem solving phase.

It must not be hidden that the specificities of the genesis of clinics in the European context are likely to represent a constraint, both with regard to the innovative and critical role of clinics. In

¹⁷⁴⁹ PAUL W. KAHN, MAKING THE CASE. THE ART OF JUDICIAL OPINION 3 (2016).

¹⁷⁵⁰ Jeremy Perelman, Penser la pratique, théoriser le droit en action: des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit, REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUE 133 (2014).

¹⁷⁵¹ Jerome Frank, Why Not a Clinical Lawyer-School?, U. Pa. L. Rev., 907 (1933).

¹⁷⁵² Enrica Rigo, Introduction at the Workshop Le Cliniche Legali come Prospettiva sul Diritto: le sfide teoriche e concettuali (Feb. 13 2017).

¹⁷⁵³ GREGORY BATESON, STEPS TO AN ECOLOGY OF MIND: COLLECTED ESSAYS IN ANTHROPOLOGY, PSYCHIATRY, EVOLUTION, AND EPISTEMOLOGY (1972).

the United States, clinics were promoted strongly by public interest lawyers that had long experience into public interest law practice and were part of a larger network of organizations promoting access to justice, often in conflict with members of the academia. By contrast, in Italy clinics have been mainly promoted by academics. Though often moved by the desire to contribute to communities they were embedded as researchers and teachers, academics contributing to the establishment of legal clinics had generally no experience in public interest law practice or even other experiences different from scientific research or any past history of working with poor and marginalized communities. Such consideration suggests caution in imagining clinics as radically different from traditional teaching classes, detached from positivist conceptions of law, and bridging between universities as elitist institutions and society. This is all the more true if we consider the role Bar Associations have played in the establishment of clinics. Though support from Bar Associations, whether political or in terms of human resources, has proved to be very important for the consolidation of clinical programs, it is true at the same time that it has often brought in the clinic lawyers with no experience of public interest law and a conception of legal practice that is exactly the one clinics should aim to challenge.

This picture however does miss the impact that the clinical methodology can have in promoting a reflection on the views of all those participating in the clinic, be they students, professors or lawyers. Reflective practice concerns not only those who learn but also those who teach: questioning the meaning of one's teaching allows the teacher to tie "the art of practicing in conditions of uncertainty with the uniqueness of the art of the research typical of the scientist"¹⁷⁵⁴ and to give way to actions that modify the ordinary sense attributed to consolidated patterns of action. Clinics push those participating in it to explicit and challenge implied assumptions, avoid automatic associations and overconfidence in deploying a specific strategy, in favor of a continuous reflection on the best ways to affect the life of those the clinic is seeking to help. The results of this process are constantly confronted with empirical evidence the clinic itself makes available and can generate a continuous activity of rethinking and refinement of the way it operates.

8. Clinic as a catalyst for change.

Though such reflection is primarily focused on the clinic itself, it can reasonably aim to serve more broadly all actors interested in making access to justice more effective. Besides training competent and ethical lawyers with a more critical understanding of their role as public interest advocates, clinics can play a "catalyst for change" role in the development of the movement of public interest law itself.¹⁷⁵⁵

On this regard, clinics can be seen as an epistemic community, capable of rethinking, and in case changing, public interest law practices, and of influencing policies on justice issues of public actors and non-governmental organizations (advocacy coalitions, among others).¹⁷⁵⁶

¹⁷⁵⁴ DONALD A. SCHÖN, *THE REFLECTIVE PRACTITIONER: HOW PROFESSIONALS THINK IN ACTION* (1983).

¹⁷⁵⁵ Deena R. Hurwitz, *Lawyering for Justice and the Inevitability of International Human Rights Clinics*, 28 *YALE J. INT'L L.* 505, 531 (2003). See also Carrillo, *supra* note 41, 584.

¹⁷⁵⁶ The concept of epistemic community has been developed mainly by international relations

Epistemic communities are held together by shared intentions, expectations, symbols, behavioural rules, and points of reference. The *episteme*, “delimits...the proper construction of social reality for its members”.¹⁷⁵⁷ But expertise and authoritative knowledge are above all a product of social context. Society confers the authority and recognition that make epistemic communities influential.¹⁷⁵⁸

The diffusion of legal clinics in the Italian and in other European universities has taken place mainly through an epistemic community composed by academic and professional élites, operating in different legal systems and connected on the basis of a variety of inclinations: field of interests, ideology, methodological approaches, shared legal policies, and so on. Such networks do not operate in a formal or targeted manner, but are the result of a series of migrations of student and scholars who take part in doctoral or master programs or are involved in academic or research project exchanges. They are then brought to review their training and their teaching in the light of that experience and to transfer it into their legal system. Through these fluid networks, different conceptions and approaches circulate from one system to another and influence local legal education, profession models and public policies.¹⁷⁵⁹

These developments can be seen as an example of how, in a globalised world, transnational circulation of legal models influences every aspects of the law, including structures of legal expertise and education.¹⁷⁶⁰ However, the globalisation of the legal education and profession is not only a market-driven process. In spite of a sweeping marketization of the intellectual labour and the production of knowledge¹⁷⁶¹, and in spite of the differences between national legal systems, the legal clinic movement is reorienting the training of lawyers towards a public/social perspective, bringing law students within a broader, transnational, justice oriented advocacy community.¹⁷⁶²

As we have seen, research on public interest law practices has extensively highlighted the limits of public interest litigation. Among such limits, there is also a danger of cultural elitism: public interest litigation is a technical tool that requires specialist skills to be mastered. And if it is mastered, it is mastered by few people. The number of actors is inevitably limited. Social change becomes an affair of the few people who can participate in the conversation. Providing a reflective space on existing practices of public interest law and promoting alternative practices of the law

scholarship to describe “a network of professionals with recognized expertise and competence in a particular domain and domain and an authoritative claim to policy-relevant knowledge within that domain or issue area.” Peter M. Haas, Introduction: epistemic communities and international policy coordination, 46 INT’L ORG. (SPECIAL ISSUE) 1, 3 (1992). Epistemic communities have played a significant role in transnational processes and scholars have used this concept to interpret phenomena ranging from EU integration to policies dealing with climate change or with AIDS in Africa. On the role of epistemic communities in the creation of transnational legal regimes see, more generally, Knowledge, Power and International Policy Coordination, INT’L ORG. (SPECIAL ISSUE) (1992).

¹⁷⁵⁷ John G. Ruggie, International responses to technology: Concepts and trends, 29 INT’L ORG 557, 570 (1975); Mai’a K. Davis Cross, Re-thinking Epistemic Communities Twenty Years Later, 39 REV. INT’L STUD. 137, 160 (2013).

¹⁷⁵⁸ See Peter Haas, When does power listen to truth? A constructivist approach to the policy process, 11 J. EUR. PUB. POL’Y 575 (2004).

¹⁷⁵⁹ See Giacomo Capuzzo, «In mani esperte»: il ruolo della legal expertise nei sistemi transnazionali, 32 RIVISTA CRITICA DI DIRITTO PRIVATO, 497 (2014).

¹⁷⁶⁰ DANIEL E. BONILLA MALDONADO, El trabajo jurídico pro bono en perspectiva comparada, in LOS MANDARINES DEL DERECHO: TRASPLANTES JURÍDICOS, ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO Y TRABAJO PRO BONO, 29 (2017) (The author argues, “el mercado de las ideas jurídicas tiene una dimensión global”).

¹⁷⁶¹ Max Weber had already analysed this kind of processes a century ago. See MAX WEBER, Science as Vocation, in THE VOCATION LECTURES (David Owen & Tracy Strong eds., Rodney Livingstone trans., Illinois: Hackett Books, 2004) (1918).

¹⁷⁶² See Frank S. Bloch & N.R. Madava Menon, The Global Clinical Movement, in THE GLOBAL CLINICAL MOVEMENT. EDUCATING LAWYERS FOR SOCIAL JUSTICE, 267 (Bloch ed., 2011).

by making use of their expertise and authoritative knowledge might represent the major contribution of legal clinics community in making access to justice more effective and enhance the autonomy of those seeking redress for the violation of their rights.